

UNIVERSITE DE DSCHANG

-----  
Faculté des Sciences Juridiques et  
Politiques  
-----



THE UNIVERSITY OF DSCHANG

-----  
Faculty of Law and Political Science  
-----

UNITE DE FORMATION DOCTORALE

# LE DROIT COMMUN DES CONTRATS FACE A L'EMERGENCE DES DROITS COMMUNAUTAIRES AFRICAINS

Thèse de Doctorat / Ph.D présentée et soutenue publiquement par :

*Mme WATCHO née KEUGONG NGUEKEN Rolande Saurelle*

*D.E.A. Droit communautaire et comparé CEMAC*

*Matricule : 94D006*

Devant le Jury composé de :

**Président:** Pr. ANOUKAHA François, *Doyen de la F.S.J.P. de l'Université de Dschang*

**Rapporteurs:**

- Pr. MODI KOKO Henri, *Doyen de la F.S.J.P. de l'Université de Douala*

- Pr. KALIEU ELONGO Yvette R., *Vice-Doyen Chargé de la scolarité à la F.S.J.P. de l'Université de Dschang*

**Membres:**

- Pr. BOKALLI Victor-Emmanuel, *Doyen de la F.S.J.P. de l'Université de Yaoundé II (co-directeur)*

- Pr. MBA-OWONO Charles, *Doyen de la F.D.S.E.G. de l'Université Omar Bongo de Libreville (co-directeur)*

- Pr. JIOGUE Grégoire, *Université de Yaoundé II*

Janvier 2009

*L'Université de Dschang n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.*

## DEDICACE

*A Mon Mari WATCHO Pierre*

## REMERCIEMENTS

Au moment où ce travail s'achève, il nous est particulièrement agréable d'exprimer notre reconnaissance à tous ceux qui, de près ou de loin, nous ont aidé dans son élaboration.

Notre gratitude va tout d'abord à l'endroit de notre Seigneur Dieu, Tout puissant, qui nous a accompagné et protégé dans toutes les phases d'élaboration de ce travail.

Nos remerciements vont ensuite à l'endroit des Professeurs Victor-Emmanuel BOKALLI et Charles MBA-OWONO qui, en dépit de leurs occupations académiques et administratives, ont accepté de guider nos pas tout au long de ce travail. C'est grâce à leurs critiques, conseils et suggestions que ce travail a pu avancer normalement. Qu'ils reçoivent une fois de plus ici l'expression de notre profonde reconnaissance.

Nous remercions également Mesdames le Professeur Yvette Rachel KALIEU ELONGO et le Docteur Brigitte DJUIDJE, enseignantes à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, qui nous ont initié dans le monde de la recherche. C'est sous leur direction que nous avons fait nos premiers pas dans la recherche et depuis lors, elles n'ont jamais cessé de nous encadrer et de nous encourager dans tout ce que nous avons entrepris. Plus particulièrement, nous adressons notre profonde gratitude à Mme le Professeur KALIEU ELONGO pour le suivi et l'encadrement de ce travail depuis le choix du sujet de thèse jusqu'à sa finalisation.

Nous adressons aussi notre gratitude à l'endroit du Professeur Fidèle MENGUE ME ENGOUANG, Directeur du Centre de Recherche en Droit et Institutions Politiques (CERDIP) de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université Omar Bongo de Libreville, et à tous les membres du CERDIP, notamment, les Professeurs Jean Claude JAMES et Etienne NSIE et le Docteur Alexis ESSONO OVONO pour leurs accueil et convivialité au CERDIP. En nous mettant dans une ambiance quasi familiale, ils ont apporté une contribution inestimable à l'évolution de ce travail. En outre, pendant tous les séjours effectués à Libreville, ils n'ont cessé de suivre l'évolution de ce travail

en nous donnant tout autant des conseils et suggestions qui nous ont permis d'améliorer jour après jour ce travail.

Il nous échoit en outre d'adresser nos remerciements à l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), qui, par son programme de bourse « Formation à la Recherche », a procédé au financement de ce travail rendant ainsi sa réalisation possible. Nous souhaitons longue vie à ce programme afin que beaucoup d'autres jeunes chercheurs puissent en bénéficier.

Notre pensée va enfin vers tous les camarades doctorants de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang et ceux ayant déjà soutenu pour leur esprit d'équipe et à tous ceux qui nous ont soutenu, encouragé et aidé de quelle que manière que ce soit tout au long de ce travail.

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<b>A. :</b>	Arrêt
<b>A. J. :</b>	Actualité Jurisprudentielle
<b>al. :</b>	alinéa
<b>ann. :</b>	annales
<b>art. :</b>	article
<b>AUCTMR :</b>	Acte uniforme OHADA relatif au contrat de transport des marchandises par route
<b>AUDCG :</b>	Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général
<b>AUDSC :</b>	Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
<b>AUPCAP :</b>	Acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives d'apurement du passif
<b>AUPSRVE :</b>	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
<b>AUS :</b>	Acte uniforme portant organisation des sûretés
<b>Banque :</b>	Revue Banque
<b>Bull. :</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<b>Bull. civ. :</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
<b>Bull. Joly :</b>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
<b>C.A. :</b>	Cour d'appel
<b>Cah. Dr. Entr. :</b>	Cahier du Droit de l'Entreprise
<b>Cass. Ass. Plén. :</b>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<b>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> :</b>	Première, deuxième ou troisième chambre de la Cour de cassation
<b>Cass. com. :</b>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<b>Cass. req. :</b>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<b>Cass. soc. :</b>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<b>C. civ. :</b>	Code civil
<b>C.C.J.A. :</b>	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

<b>C. com. :</b>	Code de commerce
<b>C. E. :</b>	Conseil d'Etat
<b>CEEAC. :</b>	Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale
<b>CEMAC :</b>	Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale
<b>Cf :</b>	Confère
<b>Ch. :</b>	Chambre
<b>Ch. jud. :</b>	Chambre judiciaire
<b>Chron. :</b>	Chronique
<b>CIMA. :</b>	Conférence interafricaine des Marchés des Assurances
<b>C.J.C.E. :</b>	Cour de Justice des Communautés Européennes
<b>Coll. :</b>	Collection
<b>Comm. :</b>	Commentaire
<b>Comp. :</b>	Comparer
<b>Concl. :</b>	Conclusion
<b>Cons. Conc. :</b>	Conseil de la Concurrence (France)
<b>Contrats, conc. consom. :</b>	Revue Contrats, concurrence, Consommation
<b>Crit. :</b>	Critique (note)
<b>C.S. :</b>	Cour suprême du Cameroun
<b>CVIM :</b>	Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises
<b>D. :</b>	Recueil Dalloz-Sirey
<b>D. aff. :</b>	Recueil Dalloz, cahiers de droit des affaires
<b>Déc. :</b>	Décision
<b>Defrénois :</b>	Répertoire du notariat Defrénois
<b>D.H. :</b>	Recueil Dalloz Hebdomadaire
<b>D.P. :</b>	Recueil Dalloz Périodique
<b>D.U.A. :</b>	Droit Uniforme Africain
<b>éd. :</b>	édition
<b>ex. :</b>	exemple
<b>Fasc. :</b>	Fascicule
<b>Gaz. Pal. :</b>	Gazette du Palais
<b>Ibid. :</b>	Ici même

<b>Infra. :</b>	plus bas
<b>IR :</b>	Informations rapides du Recueil Dalloz
<b>J.-Cl. :</b>	Jurisclasseur
<b>J.C.P. :</b>	Jurisclasseur Périodique ou la Semaine Juridique
<b>J.C.P. éd. E. :</b>	Jurisclasseur Périodique, édition Entreprise
<b>J.C.P. éd. G. :</b>	Jurisclasseur Périodique, édition Générale
<b>J.C.P. éd. N. :</b>	Jurisclasseur périodique, édition Nouvelle
<b>J.O. :</b>	Journal Officiel
<b>J.O.C.E. :</b>	Journal Officiel des Communautés Européennes
<b>Jur. ou Jurisp. :</b>	Jurisprudence
<b>L.G.D.J. :</b>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<b>L.U.V.I. :</b>	Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers
<b>n° :</b>	numéro
<b>OAPI :</b>	Organisation Africaine pour la Propriété Intellectuelle
<b>Obs. :</b>	observations
<b>OHADA :</b>	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<b>op. cit. :</b>	précité
<b>p. :</b>	page
<b>P. A. :</b>	Les Petites Affiches
<b>PDEC :</b>	Principes du Droit Européen des Contrats
<b>Préc. :</b>	précité
<b>P.U.A. :</b>	Presses Universitaires d'Afrique
<b>P.U.A.M. :</b>	Presses Universitaires d'AIX Marseille
<b>P.U.F. :</b>	Presses Universitaires de France
<b>P.U.G. :</b>	Presses Universitaires de Grenoble
<b>R.D.C. :</b>	Revue de Droit Comparé
<b>Rec. :</b>	Recueils
<b>Rép. not. :</b>	Répertoire notarial
<b>Rev. Conc. Consomm. :</b>	Revue Concurrence et Consommation
<b>Rev. Dr. Banc. :</b>	Revue de Droit Bancaire
<b>Rev. Dr. Imm. :</b>	Revue de Droit Immobilier



<b>Rev. Dr. Unif. :</b>	Revue de droit uniforme
<b>Rev. Eur. Dr. Consumm. :</b>	Revue Européenne du Droit de la Consommation
<b>Rev. Gén. Dr. Ass. :</b>	Revue Générale du Droit des Assurances
<b>Rev. Int. Dr. Comp. :</b>	Revue Internationale de Droit Comparé
<b>Rev. Internat. Dr. Eco. :</b>	Revue Internationale de Droit Economique
<b>Rev. Jur. Com. :</b>	Revue de Jurisprudence Commerciale
<b>Rev. proc. Coll. :</b>	Revue des procédures collectives
<b>Rev. soc. :</b>	Revue de droit des sociétés
<b>R.J.A. :</b>	Revue juridique Africaine
<b>RJDA :</b>	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
<b>R.J.P.I.C. :</b>	Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération
<b>R.T.D.Civ. :</b>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>R.T.D.Com. :</b>	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
<b>R.T.D.E. :</b>	Revue Trimestrielle de Droit Européen
<b>S. :</b>	Recueil Sirey
<b>ss. :</b>	suivants
<b>SARL :</b>	Société à responsabilité limitée
<b>SNC :</b>	Société en nom collectif
<b>Somm. :</b>	Sommaires commentés
<b>Supra :</b>	plus haut
<b>t. :</b>	tome
<b>TGI :</b>	Tribunal de grande instance
<b>TPI :</b>	Tribunal de première instance
<b>UEAC :</b>	Union Economique de l'Afrique Centrale
<b>UEMOA :</b>	Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
<b>UNIDROIT :</b>	Institut international de l'unification du droit privé
<b>V. :</b>	Voir
<b>Vol. :</b>	Volume

## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION GENERALE.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : LE DROIT DES CONTRATS PERTURBE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>28</b>
<b>TITRE I : LE REcul DU PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE.....</b>	<b>33</b>
CHAPITRE I : LE CONTRAT IMPOSE.....	36
CHAPITRE II : LE CONTRAT INTERDIT.....	95
<b>TITRE II : LE REcul DU PRINCIPE DE L'INTANGIBILITE DES CONTRATS.....</b>	<b>135</b>
CHAPITRE I : L'ANEANTISSEMENT DE CERTAINES CLAUSES CONTRACTUELLES.....	138
CHAPITRE II : L'AUGMENTATION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.....	186
<b>DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DES CONTRATS DYNAMISE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>246</b>
<b>TITRE I : LA GENERALISATION DES PRINCIPES NOVATEURS.....</b>	<b>250</b>
CHAPITRE I : LA TRANSPARENCE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES.....	254
CHAPITRE II: LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES.....	304
<b>TITRE II : L'ASSOUPPLISSEMENT DES SANCTIONS EN MATIERE CONTRACTUELLE.....</b>	<b>376</b>
CHAPITRE I : LES SANCTIONS DE L'INOBSERVATION DES CONDITIONS DE FORMATION DES CONTRATS.....	379
CHAPITRE II : LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT.....	419
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>487</b>

## RESUME

L'émergence des espaces d'intégration devant aider au renforcement des structures d'intégration économique et politique créées en Afrique au lendemain des indépendances a eu pour conséquence, l'apparition d'un droit matériel essentiellement économique. L'objectif affiché par les différents législateurs communautaires est de moderniser les règles juridiques applicables dans le domaine économique afin de les rendre conformes aux exigences du commerce international et favoriser la sécurité juridique propice au développement des investissements. Or, parce que les contrats constituent les mécanismes juridiques par excellence de l'organisation de la vie économique, ces nouvelles réglementations ne pouvaient manquer d'influencer directement ou indirectement le droit des contrats.

L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats s'observe en premier lieu dans les réglementations éparses, adoptées aussi bien dans le cadre de l'OHADA, de la CEMAC que de la CIMA. Ces institutions harmonisent en les modernisant les contrats spéciaux dont la plupart ont été hérités du législateur colonial par les Etats membres. C'est ainsi que les perturbations à la théorie générale des contrats relevées dans ces contrats étaient déjà connues dans les Etats membres bien avant l'avènement du droit communautaire.

Cependant, cette réaction face aux insuffisances de la théorie générale des contrats ne pouvait s'éterniser au risque de voir celle-ci se vider de sa substance. C'est pourquoi, en second lieu, par un avant-projet d'Acte uniforme, le législateur OHADA offre de s'aligner sur la voie déjà tracée depuis les années 1990 par de nombreux pays ayant adopté le code civil de 1804, en révisant sa partie réservée au droit des contrats. Sans toutefois remettre en cause les principes fondamentaux de la théorie générale des contrats, l'auteur de ce avant-projet propose d'offrir un droit des contrats moderne, moins antagoniste, intégrant les principes de transparence et d'équilibre. Il est question d'apporter des correctifs nécessaires à la rigueur à laquelle a abouti l'interprétation libérale des règles du code civil à l'aune de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Prenant en compte la diversité du droit communautaire applicable au Cameroun, ce travail met en exergue les transformations que connaît le droit des contrats actuellement applicable et propose les voies et moyens par lesquels la théorie générale du droit des contrats peut évoluer grâce à l'avènement des nouvelles réglementations.

## ABSTRACT

The emergence of regional institutions in Africa has helped to enhance the creation of regional economic and political organizations during the area of post independence. Consequently, this has led to the enactment of economic laws. The different legislators have as objective to modernize legal rules touching on economic matters in order to render them compatible with international commerce. It has also helped to enhance judicial security necessary for the promotion of investment. However, since contracts entail legal rules par excellence suitable for the functioning of business life, these new rules certainly have direct or indirect influence on contract law.

The influence of community law on the law of contracts is recognized in different rules, adopted within OHADA, CEMAC and CIMA. These institutions modernize and harmonized some special contracts most of which were inherited from colonial legislator by member States. This is why some uncertainties on the general theory of contract contained in these special contracts were already familiar to member States well before the advent of community law.

However, this reply to the deficiencies of the general theory of contract law could not remain unresolved to see that the general theory is extinct. It is in this light that the OHADA legislator opted to follow the pathway already laid down since the years 1990 by several civil law system countries. He put in place a draft project of a Uniform Act which revises the part of the 1804 civil code reserved to the law of contracts. Without any doubt, the author of this draft of the Uniform Act aims at putting in place a modern and comprehensive law of contract that recognizes the principles of transparency and equilibrium. Therefore, this draft provided useful solutions relaxing the rigid interpretation of the civil code.

Taking into consideration the application of diverse community laws in Cameroon, this work highlights the changes of the currently applicable law of contracts and also recommends ways in which the general theory of contract law can be ameliorated with the advent of new rules.

# **INTRODUCTION GENERALE**

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

1. Le contrat est traditionnellement défini comme un accord des volontés effectué en vue de produire des effets juridiques. C'est un acte juridique qui reçoit la sanction du droit. En droit romain, le contrat est l'acte créateur d'obligations par excellence<sup>1</sup>. Dans un contrat en effet, une personne au moins, le débiteur s'engage envers une autre, le créancier, à faire ou ne pas faire quelque chose avec ou sans contrepartie. Le contrat peut donc être appréhendé sous deux angles. Parce qu'il est avant tout un accord des volontés, le contrat repose sur le concept de l'autonomie de la volonté car sa formation suppose une intention, une volonté libre, voire un libre arbitre. Par ailleurs, contracter signifie aussi création d'une obligation contractuelle qui est contenue dans une norme nouvelle dans l'ordre juridique<sup>2</sup>. Le contrat revêt donc un aspect subjectif que lui confère la première définition et un aspect normatif qui résulte de la seconde.

2. Le contrat ainsi défini constitue le principal mécanisme d'organisation de la vie courante. Comme le disait Karl Marx dans le *Capital*, la société contemporaine se pense et se présente comme une immense accumulation de contrats. Pour certains, elle est sur la voie de se dissoudre dans une « *contractualité généralisée* »<sup>3</sup>. Cela se comprend. Le contrat constitue « *l'un des rouages essentiels de la vie en société* »<sup>4</sup>. L'épanouissement individuel ainsi que le développement social n'est possible qu'à travers des multiples contrats que les uns et les autres passent chaque jour pour satisfaire aussi bien leurs besoins élémentaires que professionnels. Le droit des contrats, branche du droit des obligations qui étudie uniquement celles des obligations issues d'un accord des volontés, a pour objectif de décrire comment se

---

<sup>1</sup> BREGI (J.-F.), *Droit Romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p.113.

<sup>2</sup> COPPENS (Ph.), « De l'intention et de la volonté dans les contrats », in *Mélanges M. Fontaine, Larcier*, Bruxelles, 2003, p. 83.

<sup>3</sup> CAILLE (A.), « De l'idée de contrat, le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *Actes du colloque sur la Nouvelle crise du contrat organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II*, D. 2003, p. 27.

<sup>4</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., D. 2005, n° 17.

forment ces actes juridiques et quels sont exactement les effets qu'ils produisent.

3. Cependant, le droit des contrats ne constitue pas une matière unique. Si le code civil présente un ensemble de règles qui sont censées s'appliquer aux conventions, ce même texte contient de nombreuses autres dispositions relatives à certains contrats particuliers. De même, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur a adopté de nombreux textes dérogatoires aux règles du code civil et dont le domaine d'application se limite à certains contrats spécifiés. Par conséquent, les règles du code civil ne sont plus appliquées qu'aux contrats qui n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation spéciale. Elles peuvent également servir à compléter ou interpréter les règles spéciales. Ainsi, à côté du droit commun des contrats, s'est construit un droit des contrats spéciaux.

4. Le droit commun des contrats issu du droit romain a permis la construction d'une théorie générale des contrats<sup>5</sup>. Celle-ci a été dominée pendant le XIX<sup>e</sup> siècle par la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais depuis quelques décennies, des voies se lèvent en doctrine pour décrier les insuffisances de la théorie générale des contrats contenue dans les articles 1101 et suivants du code civil. Face à l'évolution socio-économique, le principe de l'autonomie de la volonté qui a longtemps été sacralisé comme la pierre angulaire du droit commun des contrats, se présente comme un frein à l'évolution de la théorie générale des contrats. Pour contourner la rigueur de ce principe, le législateur est intervenu par la réglementation progressive de nombreux contrats spéciaux qui dérogent sur bien de points aux conséquences de l'autonomie de la volonté que sont les principes de la liberté contractuelle et de l'intangibilité des contrats. Or, en tant que norme générale, le droit commun des contrats devrait se présenter comme une norme de référence, celle qui correspond aux idées philosophiques et économiques à une époque donnée. Pourtant, on note aujourd'hui une prolifération des contrats spéciaux dont les principes directoires s'éloignent

---

<sup>5</sup> BREGI (J.-F.), op. cit., p. 5.

de plus en plus des principes traditionnels du code civil. Certains auteurs ont ainsi pu affirmer que les droits spéciaux « *relèguent le droit commun au second plan* »<sup>6</sup> ou encore que celui-ci subit « *les assauts* »<sup>7</sup> des droits spéciaux qui constituent « *une machine de guerre dirigée contre lui* »<sup>8</sup>. D'autres sont encore plus alarmistes et trouvent que les droits spéciaux conduisent à une « *entreprise de démantèlement du droit commun* »<sup>9</sup>, sont un ferment de dissolution, « *de dilution* »<sup>10</sup> de celui-ci. Bien qu'un tel pessimisme ne puisse être partagé entièrement<sup>11</sup>, ces affirmations invitent les uns et les autres à se pencher sérieusement sur ce phénomène que constitue l'émiettement du droit des contrats.

5. Au Cameroun en particulier et en Afrique en général, la question de la multiplication des droits spéciaux est plus que jamais d'actualité depuis l'émergence des institutions régionales ou sous-régionales qui investissent le système juridique avec des textes qui reçoivent un effet direct, c'est-à-dire « *la possibilité pour les particuliers d'en tirer des droits subjectifs et de s'en prévaloir devant leur juge national* »<sup>12</sup> ou devant un juge supranational ayant reçu mandat à cet effet. Ces nouvelles sources du droit qui interfèrent peu ou prou sur le droit commun des contrats sont la résultante d'un long processus d'intégration engagé depuis les indépendances par les Etats africains.

---

<sup>6</sup> PIZZIO (J.-P.), « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, n° 4.

<sup>7</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 13.

<sup>8</sup> MAZEAUD (D.), « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, p. 73.

<sup>9</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 13.

<sup>10</sup> MOLFESSIS (N.), « Le code civil et le pullulement des codes », in 1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir, D. 2004, p. 309 et ss., n° 29.

<sup>11</sup> V. par ex. MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, n° 20, pour qui, les droits spéciaux renforcent, dynamisent et réactivent le droit commun des obligations.

<sup>12</sup> ANCEL (M.-E.), « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, p. 122.



6. En effet la création des espaces d'intégration économique et/ou monétaire au lendemain de la seconde guerre mondiale notamment en Europe avec la Communauté Economique de Charbon et d'Acier (CECA) puis la Communauté Economique Européenne (CEE) qui deviendra en 1993 l'Union Européenne a été suivie dans les autres régions du monde et particulièrement en Afrique. Ici plus qu'ailleurs, les espaces d'intégration vont proliférer au lendemain des indépendances avec des objectifs certes modestes par rapport à ceux de l'exemple européen. Les premiers espaces d'intégration régionale voire sous-régionale en Afrique n'ont cependant pas connu le succès qu'a eu l'Union Européenne. Face à l'échec constaté de ces institutions chargées au départ d'assurer le développement harmonisé du continent le plus pauvre de la planète, des réformes de grandes envergures ont été entamées dès le début des années 1990. Des institutions d'intégration avec de grandes ambitions ont vu le jour. A la recherche d'un simple développement harmonisé poursuivi au lendemain des indépendances, il est désormais question de créer de véritables espaces d'intégration économique, monétaire et juridique.

7. En ce qui concerne les organisations d'intégration économique et/ou monétaire, elles se sont constituées sur des bases sous-régionales. Il s'agit notamment de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et de la Communauté de Développement Economique de l'Afrique de l'Ouest (CDEAO) pour l'Afrique occidentale, de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)<sup>13</sup> et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC) pour l'Afrique centrale, et de la *South African Development Corporation* (SADC) pour l'Afrique australe et orientale. L'intégration juridique quant à elle s'est faite sur un espace plus large qui couvre un grand nombre d'Etats africains à travers l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)<sup>14</sup>, la Conférence

---

<sup>13</sup> Traité de N'Djamena du 16 mars 1994 complété par son additif du 5 juillet 1996 et des trois conventions de Libreville du 5 juillet 1996.

<sup>14</sup> Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port Louis le 17 octobre 1993 regroupant 16 pays dont les six Etats membres de la CEMAC et le Bénin, le Burkina Faso, les Comores, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo ; la République Démocratique du Congo a adhéré au Traité OHADA depuis 2004.

Interafricaine des Marchés des Assurances (CIMA)<sup>15</sup>, l'Organisation Africaine pour la Propriété Intellectuelle (OAPI)<sup>16</sup>. On note aussi la Conférence interafricaine de la Prévoyance Sociale (CIPRES.) dont l'objectif est de fixer des règles communes de gestion des organismes de prévoyance sociale, de réaliser des études et de faire des propositions tendant à l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires applicables aux organismes et aux régimes de sécurité sociale.

8. Ces différentes structures d'intégration sont à l'origine des textes qui, contrairement au droit traditionnel issu des traités internationaux, s'imposent aux individus, en vertu d'une part du principe de l'effet direct, qui dispense les Etats signataires du traité instituant l'espace d'intégration d'une autre procédure de ratification après adoption du texte, et d'autre part du principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national qui a comme conséquence l'abrogation de toute disposition interne contraire, antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur du droit communautaire<sup>17</sup>. Les règles adoptées dans le cadre de ces différentes institutions d'intégration sont des règles communautaires. Elles s'imposent directement aux Etats et aux individus et leur respect est assuré non par les juridictions nationales mais par des juridictions communautaires<sup>18</sup> pour éviter des divergences dans leur interprétation. Le droit communautaire se présente ainsi à la fois comme un droit interne parce qu'il s'applique directement comme une loi dès son adoption par les instances communautaires<sup>19</sup>, et comme un droit international parce qu'il est issu d'un traité, le traité fondateur de l'institution qui délimite le domaine d'intervention des instances communautaires.

---

<sup>15</sup> Traité signé le 10 juillet 1990 à Yaoundé au Cameroun créant une organisation intégrée de l'industrie des assurances et instituant une réglementation unique des entreprises et des opérations d'assurance dans les Etats membres.

<sup>16</sup> Accord du portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle.

<sup>17</sup> KDHIR (M.), « Le droit communautaire dans le droit interne », Defrénois, 1994, p. 513.

<sup>18</sup> Leur compétence n'est cependant pas exclusive. En ce qui concerne l'OHADA, les Actes uniformes sont appliqués par les juridictions de fond des Etats membres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage n'étant qu'une juridiction de cassation devant assurer l'uniformité de leur interprétation.

<sup>19</sup> Du moins son entrée en vigueur qui est du reste fixée par les autorités communautaires sans qu'un Etat ait la possibilité de la différer.

9. Bien que la plupart des institutions africaines d'intégration soient calquées sur le modèle européen<sup>20</sup>, le droit communautaire qui en est résulté est toutefois loin d'être un simple effet de mode<sup>21</sup>. Aux droits communautaires inhérents aux institutions d'intégration économique et monétaire qui parsèment le continent<sup>22</sup>, se sont greffés de droits unifiés dont l'originalité est frappante car ne pouvant couler dans les moules connus de droit d'un espace économique, ni dans celui d'un droit simplement harmonisé. Tel est notamment le cas de droits issus de l'OHADA, de la CIMA, voire de l'OAPI.

Le domaine d'intervention du droit communautaire est donc large et diversifié parce que les institutions d'intégration sont aussi nombreuses. Pour ne rester qu'en Afrique centrale, il est à noter que la CEMAC qui est une institution d'intégration essentiellement économique et monétaire<sup>23</sup>, vient en concours sur son espace territorial avec d'autres institutions d'intégration régionale ou sous-régionale. Tous les Etats membres de la CEMAC sont en effet également membres des institutions d'intégration juridique que sont l'OHADA dont le but est de doter les Etats membres d'un droit des Affaires moderne, de la CIMA dont le but est de doter les Etats membres d'une législation des assurances et promouvoir l'industrie de l'assurance<sup>24</sup>. Ils sont également membres de l'OAPI qui régleme principalement le droit de la propriété industrielle et promeut le respect des droits d'auteurs en Afrique et aussi d'une institution qui poursuit plus ou moins le même but, en l'occurrence la CEEAC.

---

<sup>20</sup> Ce qui peut être en soi un obstacle à sa réalisation parce que les institutions et les politiques adoptées ne sont pas la résultante d'une réelle volonté politique ; v. NOMVETE (B.), « Intégration régionale en Afrique : une route pleine d'obstacles », in Les enjeux de l'intégration régionale en Afrique Centrale, t.1, Actes du séminaire organisé à Yaoundé les 25 et 26 juillet 1995 en collaboration avec le Secrétariat Général de l'U.D.E.A.C., Fondation Friedrich Ebert au Cameroun, p. 40 et ss.

<sup>21</sup> Dans le même sens, KENFACK (J.), « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », Actes de la journée d'études du 18 juin 2004 à l'ENAM, Juridis Périodique, n° 63, juillet-sept. 2005, p. 64.

<sup>22</sup> CEMAC, CEEAC, UEMOA, CEDEAO et SADC.

<sup>23</sup> Traité instituant la CEMAC du 16 mars 1994 regroupant six Etats membres : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad.

<sup>24</sup> Traité du 10 juillet 1992, regroupant les Etats membres de l'OHADA moins la R.D.C, la Guinée et la Guinée Bissau et plus le Madagascar.

10. Ces différentes institutions sont à l'origine de textes qui, à des degrés divers, s'imposent aux individus dans leurs activités quotidiennes. En effet, la libre circulation des biens et des services qui est l'objectif premier affirmé par la CEMAC, ne peut être atteinte que si le libre jeu de la concurrence est préservé. Et c'est pourquoi une réglementation sur la concurrence s'imposant aux opérateurs économiques a aussitôt été adoptée. De même, les règles adoptées par l'OHADA à travers les Actes uniformes régissent directement les activités économiques dans la mesure où son objectif est de doter les pays membres d'une législation économique moderne couvrant les aspects assez variés du droit des activités économiques<sup>25</sup>. Les domaines d'intervention des deux institutions d'intégration se rejoignent ainsi car ils sont essentiellement économiques : l'OHADA ayant pour ambition d'uniformiser les règles du droit économique<sup>26</sup>, et le second de créer un espace économique et monétaire intégré<sup>27</sup>. Le droit issu de ces deux organisations tout comme celui issu de la CIMA et de l'OAPI ne pouvait rester en dehors du droit des contrats parce que les contrats, qu'il s'agisse de contrat-échange ou de contrat-organisation, constituent les principaux mécanismes juridiques d'organisation de la vie économique<sup>28</sup>. Il fallait donc s'attendre à ce que les règles issues de l'une ou de l'autre de ces institutions, qui sont au demeurant applicables directement dans les territoires des Etats membres, influent fortement sur le droit applicable aux contrats.

---

<sup>25</sup> V. notamment PAILLUSSEAU (J.), « Droit de l'OHADA : Un droit important et original », in L'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, Cah. Dr. Entr., J.C.P., n° 5, supplément au n° 44 du 28 oct. 2004, p. 3, pour qui le droit de l'OHADA est un droit des activités économiques et non un droit des affaires en raison des matières couvertes qui ne relèvent pas systématiquement du droit des affaires, mais d'un domaine plus large qu'est celui des activités économiques. C'est dans ce sens qu'on peut admettre que les matières telle que le droit du travail soient réglementées par l'OHADA.

<sup>26</sup> L'objectif affirmé par le Traité OHADA est d'harmoniser le droit des affaires des Etats membres « *par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies ...* » (article 1<sup>er</sup> du Traité OHADA).

<sup>27</sup> A propos de la différence entre la technique d'intégration de l'OHADA et celle de l'UEOMA, ISSA-SAYEG (J.), « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », Rev. Dr. Unif., 1999, 1, p. 5. PAILLUSSEAU (J.), op. cit., p. 2.

<sup>28</sup> HUET (J.), « Les sources communautaires du droit des contrats », in Le renouvellement des sources des obligations, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, p. 11.

11. Le droit des contrats est d'ailleurs à la base de la plupart des textes communautaires adoptés par l'une ou l'autre de ces institutions. Par exemple, la CEMAC intervient par le biais d'un droit dit dérivé, qui n'est pas issu directement des textes fondateurs<sup>29</sup>, mais est issu des institutions communautaires et prend la forme de règlements ou de directives<sup>30</sup>. Le champ d'intervention est assez significatif. On y trouve notamment les règlements relatifs à la concurrence<sup>31</sup>, aux contrats de transport<sup>32</sup>, aux relations entre la banque et leurs clients<sup>33</sup>, et même des projets de règlement sur la protection des consommateurs<sup>34</sup>. Les contrats touchés par le droit d'origine CEMAC sont ceux conclus entre les professionnels ou entre ceux-ci et les consommateurs. Il peut s'agir de types variés de contrats : ventes, distribution, voyages, prestations de service... Mais le domaine d'intervention est en même temps limité car les institutions de la CEMAC ne peuvent saisir en principe que ce qui présente un enjeu d'ordre communautaire parce qu'est en cause une politique de la communauté (protection des consommateurs, libre jeu de la concurrence...)<sup>35</sup>, ou le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>36</sup>. Ainsi, elles interfèrent volontiers dans des relations contractuelles où s'exprime la mobilité des agents économiques sur le territoire communautaire<sup>37</sup>.

---

<sup>29</sup> Les textes fondateurs sont : le Traité constitutif, les conventions subséquentes et le règlement relatif au système institutionnel de la communauté.

<sup>30</sup> Les règlements sont d'application directe sans aucune autre transposition dans les territoires nationaux alors que les directives doivent faire l'objet d'une transposition dans chaque Etat membre. Voir MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOKENG (L.), « La C.E.M.A.C. : à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique Centrale », in *Annuaire africain du droit international*, Vol. 6, 1998, pp. 65 à 105.

<sup>31</sup> Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles ; règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres ; et le règlement n° 12/05-UEAC-639-U-CM du 27 juin 2005 portant modification du Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles

<sup>32</sup> Règlement n°2/99/UEAC-CM-654 du 25 juin 1999 relatif au transport par route des marchandises dangereuses ; règlement n° 10/00-CEMAC-O66 CM-04 du 21 juillet 2000 portant adoption du code de l'aviation civile de la CEMAC ; règlement n° 03/01-UEAC-088-CM-06 du 3 août 2001 portant adoption du code communautaire révisé de la marine marchande.

<sup>33</sup> Règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement du 4 avril 2003.

<sup>34</sup> *Infra*, n° 236 et ss.

<sup>35</sup> HUET (J.), « Les sources communautaires du droit des contrats », *op. cit.*, p. 13.

<sup>36</sup> PRISO-ESSAWE (J.-S.), « La hiérarchie des normes dans l'espace CEMAC-CEEAC-OHADA », in *Actes du séminaire sous-régional sur la sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC du 02 au 06 novembre 2004 à Libreville*, éd. Giraf, AIF, 2005, p. 188.

<sup>37</sup> *Ibid.*

12. Par contre, le droit OHADA a un domaine plus vaste<sup>38</sup>. Les Actes uniformes adoptés jusqu'à présent saisissent le contrat dans de multiples facettes. Qu'il s'agisse des Actes uniformes relatifs au droit commercial général<sup>39</sup>, aux sûretés<sup>40</sup>, aux procédures collectives d'apurement du passif<sup>41</sup>, aux sociétés commerciales<sup>42</sup> et aux contrats de transport routier des marchandises<sup>43</sup> – pour ne citer que ceux des textes qui ont déjà été adoptés définitivement<sup>44</sup> –, les contrats y occupent une place importante s'ils ne sont pas simplement l'objet direct de certains de ces Actes uniformes. Cette législation de l'OHADA, qui concerne uniquement certains contrats, illustre parfaitement, le fait qu'il existe une source communautaire du droit des contrats, si ce n'est un droit des contrats spéciaux de source communautaire. Cette analyse se confirme avec la CIMA qui, elle aussi, régit spécialement le contrat d'assurance, ou encore l'OAPI, qui promeut la réglementation par les Etats membres des relations entre les auteurs et tous les professionnels qui interviennent dans l'édition, la distribution, la vente et la conservation des œuvres de l'esprit.

13. L'émergence de ces nouvelles sources du droit des contrats pose évidemment le problème de la concordance entre ces règles d'origine communautaire et la théorie générale des contrats héritée dans la plupart des pays africains et notamment au Cameroun, du législateur colonial. L'ambition affichée par les organisations d'intégration juridique est en effet de

---

<sup>38</sup> En plus des matières citées à l'article 2 du Traité (droit commercial général, droit des sociétés, sûretés, procédures collectives, voies d'exécution et procédures civiles d'exécution, droit du travail, droit des transports, droit de l'arbitrage, droit comptable), le Conseil des Ministres a déjà conformément à cet article, étendu le droit OHADA aux autres matières, notamment au droit de la concurrence et au droit des contrats.

<sup>39</sup> Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

<sup>40</sup> Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés

<sup>41</sup> Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

<sup>42</sup> Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

<sup>43</sup> Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif au contrat de transport de marchandises par route

<sup>44</sup> Parmi les Actes uniformes en cours d'adoption, on peut citer les avant-projets d'Actes uniformes relatifs au droit de la consommation et au droit des contrats. Est également annoncé l'élaboration d'un Acte uniforme relatif au droit du travail.

moderniser les règles juridiques applicables en vue d'assainir l'environnement des affaires et encourager les investissements grâce à la sécurité juridique qui en découlera<sup>45</sup>. Or, la modernisation s'entend d'un ensemble d'actions qui contribuent à la rénovation ou à l'actualisation de quelque chose<sup>46</sup>. S'il y a lieu de moderniser, c'est parce que les règles applicables sont devenues vétustes, inadaptées. Tel est en effet le constat de la doctrine après l'adoption de ces nouvelles règles communautaires<sup>47</sup>. Le droit des contrats ne pouvait donc échapper à ce vaste chantier de modernisation, car directement ou indirectement, toute législation relative au droit économique influe sur le contrat. Or la théorie générale des contrats est l'un des domaines du droit civil qui ont le moins évolué depuis 1804<sup>48</sup>.

14. L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats est cependant difficile à cerner. La diversité du droit communautaire rend toute entreprise de regroupement des textes qui touchent plus ou moins les relations contractuelles difficile sinon impossible puisque le droit communautaire est essentiellement matériel. Il recouvre des matières très variées tels le droit des sociétés, le droit des transports, le droit commercial général, le droit des procédures collectives, les sûretés, le droit des assurances, le droit de la concurrence etc... Or toutes ces matières intéressent directement ou indirectement le droit commun des contrats. En outre, un Acte uniforme sur le droit des contrats est en cours d'adoption. On se gardera donc, au risque d'établir une liste à la fois touffue et incomplète, de faire une liste des textes communautaires qui intéressent de près ou de loin le droit des

---

<sup>45</sup> Tel est du moins l'objectif de l'OHADA (article 1<sup>er</sup> du Traité). Le préambule du Traité CIMA est moins explicite et affirme avoir pour objectif de transformer les marchés d'assurance en un grand marché disposant de règles et d'une autorité communes tendant vers un meilleur équilibre des mécanismes institutionnels.

<sup>46</sup> Trésor de la Langue Française, V<sup>o</sup> modernisation.

<sup>47</sup> PAILLUSSEAU (J.), op. cit., p. 1, pour qui, ce droit était « *manifestement obsolète* ».

<sup>48</sup> Notamment au Cameroun où les articles du Titre III du Livre III du code civil sont presque identiques au texte de 1804. Quelques modifications y ont pourtant été apportées en France, par exemple l'article 1244 et bien d'autres encore, mais la véritable révolution vient de la jurisprudence (BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », Etudes R. HOUIN, 1985, p. 3 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., 1997, p. 357 ; MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 371).

contrats<sup>49</sup>. L'objectif de la présente étude est en effet de faire une analyse globale de ce que devient le droit des contrats face à cette nouvelle réglementation. Il est question de s'interroger sur l'influence du droit communautaire sur le droit des contrats en prenant appui sur quelques textes communautaires. L'avènement d'un futur Acte uniforme OHADA relatif aux contrats dont le champ d'application n'est pas encore précisé<sup>50</sup>, est sans aucun doute une preuve que la théorie générale des contrats de demain sera basée sur un texte communautaire. Or la plupart des principes novateurs qu'apportera la nouvelle théorie générale sont connus depuis longtemps dans les contrats spéciaux. Il se peut donc que la multitude des textes communautaires qui réglementent certains contrats a été un prélude au renouvellement des sources du droit commun des contrats.

15. La présente étude a donc au moins deux intérêts. Sur le plan pratique, un travail de fond sur les aspects aussi divers du droit communautaire ne peut être que d'une grande utilité pour les futures recherches en droit communautaire dans la CEMAC, un droit qui reste méconnu non seulement du grand public, mais aussi des juristes, praticiens et opérateurs économiques à qui il est pourtant destiné. Il a en effet été noté qu'en dépit de son important développement ces dernières années, le droit communautaire de la CEMAC tarde encore à être reconnu et appliqué dans les territoires membres ; ceci non seulement à cause du manque d'une véritable volonté politique, mais surtout, a-t-on révélé, de sa méconnaissance par les praticiens du droit<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> En sont cependant exclus les traités internationaux même ceux qui ont été ratifiés par le Cameroun, parce que ceux-ci ne sont pas des textes communautaires.

<sup>50</sup> Il est question de savoir si cet Acte uniforme sera appliqué uniquement aux contrats spéciaux ou s'il sera étendu à tous les contrats, donc, devenir le droit commun des contrats. V. infra, n° 362.

<sup>51</sup> ROSSANTANGA-RIGNAULT (G.), « Grandeur et servitude du droit communautaire des transports au Gabon », in Hebdo informations, n° 512 du 10-24 décembre 2005, p. 215, qui s'insurge contre la méconnaissance de ce droit par les administrations et surtout par les juges gabonais qui font parfois « preuve d'un nationalisme zélé » ou qui refusent simplement « d'admettre leur inculture en droit communautaire » en déboutant les justiciables qui invoquent le droit communautaire de la CEMAC. Dans le même sens, KENFACK (J.), « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », Actes de la journée d'études du 18 juin 2004 à l'ENAM, Juridis Périodique, n° 63, juillet-sept. 2005, p. 74.



16. Sur le plan juridique, ce travail est d'un intérêt scientifique indéniable. Une analyse approfondie du droit matériel communautaire applicable dans la CEMAC permet de mettre en exergue les rapports *a priori* conflictuels qui existent entre les nouvelles réglementations communautaires et la théorie générale des contrats issue du code civil. Se cachant derrière cette théorie générale des contrats dont on a du mal à dégager le domaine exact d'application, la doctrine contemporaine dans sa grande majorité continue d'ignorer le phénomène grandissant d'émiettement de ce droit à travers la prolifération des contrats spéciaux. Cette étude permettra donc, d'une part, de mettre en exergue l'écart de plus en plus grandissant qu'il y a entre la théorie générale des contrats issue du code civil et le droit des contrats spéciaux; d'autre part, d'établir le lien qu'il peut y avoir entre ces multiples contrats spéciaux et le droit commun des contrats. Il est question de rechercher dans quelle mesure au lieu d'entraîner la mort annoncée du contrat sous d'autres cieux<sup>52</sup>, ou tout au moins d'entériner ce que d'aucuns ont appelé la « *crise du contrat* »<sup>53</sup>, la multiplication de ces contrats spéciaux de source communautaire peut être un facteur d'enrichissement ou de revitalisation du droit commun des contrats, puisque ces contrats ne génèrent pas de simples règles disparates sans finalité commune, mais constituent à n'en point douter une nouvelle vision des rapports contractuels.

Ce sujet est en outre d'actualité. La question de la modernisation de la théorie générale des contrats issue du code civil est d'actualité non seulement dans l'espace OHADA avec l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats<sup>54</sup>, mais aussi en France avec le projet de révision du droit des contrats et de la prescription dit « *projet Catala* » ou encore en Europe avec l'adoption des Principes du droit européen du contrat.

---

<sup>52</sup> STOYANOVITCH (K.), « La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 89.

<sup>53</sup> BATIFFOL (H.), « La crise du contrat », Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13.

<sup>54</sup> V. Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif., 2008.

17. Le droit des contrats tel qu'applicable actuellement au Cameroun, et dans la plupart des pays membres de l'OHADA, reste en effet fortement marqué par le principe de l'autonomie de la volonté<sup>55</sup>. D'après ce principe, les individus disposent d'une liberté innée de conclure les conventions qu'ils veulent et dans les conditions librement choisies. Pour qu'ils puissent jouir de cette liberté d'une manière absolue, l'Etat doit s'abstenir d'intervenir de quelle que manière que ce soit, donc, ni par la loi, ni par le juge. Ce principe a comme corollaires les principes de la liberté contractuelle, du consensualisme et de l'intangibilité des contrats. Ce sont ces principes qui ont pourtant du mal à retrouver la place qui est la leur dans la théorie générale des contrats lorsqu'il est question de parcourir les différents textes communautaires. L'émergence du droit communautaire a eu comme conséquence l'émergence de nouvelles règles d'ordre public qui viennent engorger le contenu de la notion prévue par l'article 6 du code civil. Les textes communautaires s'inscrivent directement dans la politique interventionniste d'Etat-providence, en s'éloignant de la conception classique du droit des contrats qui réduisait le rayonnement de l'ordre public. Parce que considérées comme attentatoires à la liberté, ces règles étaient réduites à la plus simple expression à savoir aux règles gouvernant l'Etat, la famille et les personnes<sup>56</sup>.

18. Le droit communautaire qu'il s'agisse de celui issu du Traité CIMA, de celui de la CEMAC ou encore celui de l'OHADA a une conception très moderne, on dirait « *civilisée* », des rapports contractuels, où, il n'est plus question de sacraliser la volonté comme source unique et autonome des obligations, mais d'imposer aux contractants des règles qu'ils doivent respecter et parfois indépendamment du contenu du contrat ou de la volonté réellement exprimée. Le caractère impératif des législations est très marqué.

---

<sup>55</sup> Il est généralement enseigné que le code civil a consacré en matière contractuelle la théorie de l'autonomie de la volonté, pourtant, c'est l'œuvre de la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Voir à ce sujet JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., p.901 ; BÜRGE (A.), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », R.T.D.Civ., 2000, p. 1 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 19.

<sup>56</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 377, p. 376 ; il était question à travers cet ordre public libéral, de « *protéger la liberté contre elle-même* » (HAUSER (J.), « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Civ., Rec. V°, 1975, n° 22).

Cela se comprend. Le droit communautaire en tant que droit essentiellement économique ne pouvait rester en marge du développement de l'ordre public économique qui a marqué la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Celui-ci a deux composantes. L'existence d'une institution d'intégration économique a en effet comme conséquence l'adoption d'une politique économique commune dont les objectifs ne peuvent être atteints que si certaines restrictions sont imposées aux opérateurs économiques pour éviter le cloisonnement des marchés et assurer une saine concurrence<sup>57</sup>. Ces restrictions qui constituent les règles d'ordre public de direction sont formées essentiellement des règles de concurrence. Par ailleurs, de nombreuses autres dispositions viennent compléter les règles relatives à la concurrence en vue d'assurer un développement intégré et équilibré. Ces règles sont pour l'essentiel destinées à protéger les parties faibles dans les relations économiques. Ce sont les règles d'ordre public de protection<sup>58</sup>.

19. Le développement de l'ordre public économique de protection est plus marqué parce qu'il concerne tous les domaines du droit communautaire. On note un souci de protection dans les contrats spéciaux réglementés par certains Actes uniformes OHADA. Il en est ainsi par exemple en matière de bail commercial où le preneur dispose d'un droit au renouvellement opposable au bailleur<sup>59</sup> ; en matière de cession de fonds de commerce où l'acquéreur a droit à une information précise sur les éléments du fonds cédé<sup>60</sup> ; en matière de cautionnement où l'exigence de la mention manuscrite devient obligatoire pour protéger la caution contre les engagements

---

<sup>57</sup> Préambule du règlement n° 1/99 de l'UEAC portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles. V. également, BOUTARDE-LABARDE (M.-C), « L'ordre public en droit communautaire », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avergnon, 1996, p. 83.

<sup>58</sup> D'après J. Mestre, l'ensemble de ces règles constitue un « *statut privé impératif* » comparable au régime matrimonial primaire dans la mesure où il s'agit pour l'essentiel d'un minimum contractuel légal auquel les parties devraient s'y conformer (« L'ordre public dans les relations économiques », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996, p. 35).

<sup>59</sup> Art. 91 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général.

<sup>60</sup> Art. 118 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général.

excessifs<sup>61</sup>. La même remarque est observée dans le code CIMA avec l'exigence d'un formalisme protecteur du souscripteur<sup>62</sup>, et la neutralisation de certaines clauses instituant un déséquilibre excessif au préjudice de l'assuré. Le droit communautaire de la CEMAC n'est pas en reste. Avec l'adoption des codes communautaires de l'aviation civile<sup>63</sup>, et celui de la marine marchande<sup>64</sup>, ce sont de nombreuses dispositions qui protègent la partie supposée faible dans ces contrats de transport.

20. Les hypothèses où les textes communautaires vont au-delà de la théorie générale des contrats et imposent des obligations particulières aux contractants se multiplient infiniment, et concernent non seulement la formation des contrats, mais aussi leur exécution et leur extinction. Il s'ensuit qu'à l'affirmation selon laquelle les parties sont libres de conclure les contrats qu'elles veulent dans les conditions librement choisies et avec un contenu librement déterminé, surgissent de nombreuses limites relatives aux contrats de transports, des assurances, de bail commercial, de cession de fonds de commerce, de cautionnement, d'agence commerciale, de consommation, etc.

Il n'est certes pas question d'annihiler la théorie générale des contrats dans ces textes communautaires qui, par l'effet combiné de la règle de primauté et de celle de l'effet direct<sup>65</sup>, ne constituent pas à proprement parler une source exceptionnelle du droit<sup>66</sup>. En effet, tous les domaines suscités étaient auparavant régis par les législations nationales et ce n'est pas parce que ces matières sont dorénavant réglementées par les textes communautaires qu'elles deviennent des droits spéciaux *ipso facto*. Bien au

---

<sup>61</sup> Art. 4 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Voir, KALIEU (Y.R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », disponible sur, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), réf : Ohadata D-03-02.

<sup>62</sup> YAWAGA (S.), « Les obligations précontractuelles de l'assureur », *Rev. Gén. Dr. Ass.*, n°1, 1997, pp.83

<sup>63</sup> Règlement n° 10/00-CEMAC-066-CM-04 du 21 juillet 2000 portant adoption du code de l'aviation civile de la CEMAC.

<sup>64</sup> Règlement n° 03/01-UEAC-088-CM-06 du 3 août 2001 portant adoption du code communautaire révisé de la marine marchande.

<sup>65</sup> MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOKENG (L.), *op. cit.*, p. 65 et ss.

<sup>66</sup> POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron. p.179

contraire, elles viennent, à l'exception du droit de la concurrence<sup>67</sup>, remplacer les textes existants et faire office du seul droit national applicable et non pour créer de nouvelles matières. Il en est ainsi du droit des assurances car le code CIMA n'a pas créé un nouveau droit des contrats spéciaux, mais a simplement innové au niveau de la protection de l'assuré et même de l'assureur en apportant une cure de jouvence aux règles de la loi vieillissante du 13 juillet 1930<sup>68</sup>. C'est également le cas pour le droit OHADA dont l'objectif est simplement de moderniser les règles régissant les activités économiques dans les Etats membres.

21. Il s'ensuit qu'une étude consacrée au « *droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains* » ne révélerait pas *a priori* un intérêt particulier pour le terme « *communautaire* », parce qu'ici, le droit communautaire, en l'occurrence le droit matériel, s'intègre et se confond presque avec le droit interne<sup>69</sup>. En raison de sa vocation à effet direct, le droit communautaire évince les techniques dualistes pour avoir statut de seul droit positif applicable<sup>70</sup> dans les matières qu'il régit. L'assimilation du droit d'origine communautaire au droit interne ne peut cependant être parfaite parce que le droit communautaire n'est pas un simple droit harmonisé, c'est-à-dire un droit constitué des règles qui sont suggérées aux Etats à charge pour ceux-ci de les transposer. Dans ce cas qui est celui de l'harmonisation par des directives, les Etats ont une grande liberté dans la transposition et le texte communautaire transposé intègre directement l'ordonnancement juridique interne selon les règles nationales. En revanche, l'intégration juridique actuellement appliquée en Afrique procède par une uniformisation

---

<sup>67</sup> Le droit de la concurrence de la CEMAC ne remplace pas les droits nationaux de la concurrence parce qu'il ne s'applique qu'aux pratiques anticoncurrentielles ayant un seuil de nuisance communautaire. C'est parce que le marché commun est susceptible d'être troublé par une pratique commerciale que celle-ci sera sanctionnée par les autorités communautaires.

<sup>68</sup> POUGOUE (P.G.), « La notion de contrat d'assurance dans le code CIMA », *Juridis Périodique*, n°29, 1997, p. 24 et ss., qui trouve dans la réglementation communautaire des assurances une nouvelle vision de la relation entre l'assureur et l'assuré qui ne peut se résumer en une simple exigence de protection de la partie faible.

<sup>69</sup> PRISO-ESSAWE (J.-S.), *op. cit.*, p. 188 qui considère le droit uniforme OHADA plus comme un droit interne qu'un droit communautaire parce que, écrit-il, les Actes uniformes OHADA ont vocation à remplacer le droit étatique et ne se limitent pas, comme c'est le cas pour le droit dérivé de la CEMAC, à saisir les situations qui touchent un intérêt communautaire.

<sup>70</sup> KENFACK (J.), *op. cit.*, p. 65.

du droit, de telle sorte que les Etats membres n'ont plus aucune possibilité de modifier unilatéralement une disposition d'un texte communautaire. Le droit uniforme devient certes un droit national, mais son origine communautaire lui assure une primauté sur le droit national infra constitutionnel<sup>71</sup> existant, postérieur ou antérieur à son adoption<sup>72</sup>.

22. En outre, l'unification de son interprétation par des juridictions supranationales que sont la Cour de Justice de la CEMAC et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage donne un caractère tout au moins particulier à ce droit supranational<sup>73</sup>, qui est un droit unifié<sup>74</sup>. L'interprétation doit être conforme aux objectifs poursuivis par les autorités communautaires et les juridictions communautaires sont là pour assurer l'uniformité de cette interprétation<sup>75</sup>. Ce dessaisissement des juridictions nationales du domaine qui leur était jadis réservé, donne un relief tout à fait particulier au droit communautaire et mérite de ce fait qu'on s'interroge lorsque le domaine en question concerne peu ou prou la théorie générale des contrats, encore considérée comme la matrice du droit civil.

23. En dépit de la volonté de faire une étude aussi large que possible des différents textes de source communautaire, il est impossible, dans le cadre de ce travail, de parcourir les domaines aussi nombreux que diversifiés que couvre l'ensemble du droit des activités économiques réglementé par les différentes instances d'intégration précitées. Aussi, dans un souci d'efficacité de l'étude, il sera question de faire une analyse de la théorie générale des

---

<sup>71</sup> Puisque le droit communautaire tire sa source d'un traité qui doit être conforme à la constitution.

<sup>72</sup> Art. 10 du traité OHADA.

<sup>73</sup> Il en est ainsi surtout du droit OHADA. En ce qui concerne la CEMAC, il est à noter que l'unification n'est parfaite qu'avec des règlements. Lorsque les textes communautaires sont des directives, il y a une simple harmonisation parce que la directive doit être transposée au niveau national parfois avec beaucoup de divergences d'un Etat à l'autre (PAILLUSSEAU (J.), op. cit., p. 2).

<sup>74</sup> ISSA-SAYEG (J.), « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc », 2<sup>e</sup> partie : l'intégration par l'uniformisation du droit, Penant, mai-août 1997, p. 125 et ss.

<sup>75</sup> Car selon le Professeur Paul Gérard POUGOUE, « *Le danger qui plane et fragilise les tentatives d'intégration juridique par la voie législative est l'absence d'une juridiction qui régule, oriente et unifie les applications et les interprétations* » (POUGOUE (P.G.), Présentation générale et procédure en OHADA, P.U.A., Yaoundé, 1998, p. 9).

contrats à l'aune des préceptes du droit communautaire. Pour ce faire, on se limitera, dans chaque hypothèse, à quelques exemples illustratifs sans aucune prétention d'exhaustivité sur la question concernée.

24. Qu'à cela ne tienne, certains domaines ne seront pas envisagés. Il s'agit notamment du droit issu de l'OAPI. L'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle est chargée, entre autres, « *d'appliquer les procédures administratives communes découlant d'un régime uniforme de protection de la propriété industrielle ainsi que des stipulations des conventions internationales en ce domaine auxquelles les Etats membres de l'Organisation ont adhéré et de rendre les services en rapport avec la propriété industrielle ; de contribuer à la promotion de la protection de la propriété littéraire et artistique en tant qu'expression des valeurs culturelles et sociales ; de susciter la création d'organismes d'auteurs nationaux dans les Etats membres où de tels organismes n'existent pas* »<sup>76</sup>. Il s'ensuit que contrairement aux autres institutions d'intégration, l'OAPI joue plus un rôle de canalisation et de la promotion de la protection des droits d'auteurs sans que l'unification des règles juridiques soit la finalité recherchée. Par conséquent, en matière de propriété intellectuelle, les textes de l'OAPI que sont l'accord de BANGUI et ses annexes sont complétés par les traités internationaux ratifiés par les différents Etats membres<sup>77</sup> ainsi que des dispositions législatives internes et les statuts des sociétés nationales s'occupant des droits d'auteurs.

De même, les analyses ne seront pas étendues au droit boursier communautaire régi par le règlement n°06/03-cemac-umac du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale parce que la spécificité avec laquelle les contrats y sont abordés rend difficile l'assimilation de ces contrats avec ceux

---

<sup>76</sup> Art. 2 paragraphe 1<sup>er</sup> de l'accord de Bangui du 02 mars 1977

<sup>77</sup> Il s'agit notamment de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 ; de la Convention de Berne pour la protection des propriétés littéraires et artistiques, du 9 septembre 1886 révisée en dernier lieu à Paris le 24 juillet 1971 ; de la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelles, signée à Stockholm, le 14 juillet 1970.

de droit commun<sup>78</sup>. En outre, le rôle important qui y est accordé aux autorités de régulation notamment la Commission de Surveillance du Marché Financier en Afrique Centrale (COSUMAF)<sup>79</sup> pour rédiger unilatéralement les règles qui régissent le marché financier<sup>80</sup> pose évidemment la question de la nature privée ou réglementaire des règles qu'elles imposent aux participants<sup>81</sup>. Il s'ensuit que la nature contractuelle des principales relations, à savoir celles existant entre les autorités de régulation des marchés financiers et les négociateurs reste incertaine, et pour certains inexistante parce que ces autorités n'édicte pas des règles privées<sup>82</sup>, mais elles sont dotées d'un pouvoir réglementaire délégué par la loi, de sorte que leurs règles « *s'imposent sans qu'il soit nécessaire de faire appel à une quelconque manifestation de volonté, caractéristique du droit contractuel, pour assurer leur caractère obligatoire* »<sup>83</sup>.

25. Il sera par contre judicieux d'étendre cette étude aux domaines qui sont depuis longtemps considérés à tort ou à raison comme des cimetières pour le contrat, et à ce titre, considérés comme des exceptions aux règles de droit commun. Dans le dessein de revisiter la théorie générale des contrats, il est important de revenir sur des domaines comme le droit des procédures collectives non seulement parce que les personnes qui peuvent y être soumises sont en nette croissance, mais aussi parce que les objectifs

---

<sup>78</sup> Il s'agit notamment des opérations relatives à l'introduction en bourse proprement dite, puisque le mandat général d'introduction qui est la convention de base qui définit le rôle de chacun des intervenants reste un contrat de droit commun. La société émettrice va donner un mandat de droit commun à la banque introductrice, qui sera par la suite appelée à devenir le chef de file du syndicat de placement, ayant pour objet la préparation et la réalisation de l'introduction.

<sup>79</sup> Autorité de contrôle, de régulation et de surveillance du marché financier en Afrique centrale créée par l'Additif n° 03/01-CEMAC-CE-03 du 08 décembre 2001 portant création de la Commission de Surveillance du Marché Financier en Afrique Centrale

<sup>80</sup> Il s'agit des règles relatives aux conditions d'accès au marché et d'admission à la cotation, à l'organisation des transactions, aux conditions de suspension des négociations d'un ou de plusieurs instruments financiers et celles relatives à l'enregistrement et à la publicité des négociations.

<sup>81</sup> BONNEAU (Th.), « De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché », in *Le droit civil des affaires : rôle et place des mécanismes du droit civil en droit des affaires*, R.T.D.Com., 1999, p. 257.

<sup>82</sup> L'article 10 du règlement n°06/03-cemac-umac du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale dispose en effet que la Commission de Surveillance du Marché Financier procède dans l'exercice de ses missions, par voies de règlement, d'instruction, d'avis et le cas échéant de sanctions.

<sup>83</sup> BONNEAU (Th.), op. cit., p. 270.



classiques de ces procédures ont changé. De l'idée de punir le débiteur qui a mal conduit ses affaires<sup>84</sup>, on en est arrivé aujourd'hui au souci de protéger celui-ci, afin de récupérer si possible l'entreprise en péril. Il s'ensuit que ce sont les créanciers qui supporteront dans certains cas le lourd tribut de la défaillance du débiteur<sup>85</sup>.

26. Il n'est cependant pas question de se limiter à l'impact du droit des procédures collectives sur les contrats, ce qui a d'ailleurs déjà fait l'objet d'une étude approfondie<sup>86</sup>. Les matières comme le droit des assurances, le droit de la vente commerciale, le droit du bail commercial, le droit de la concurrence, le droit des sociétés commerciales, le droit des transports et bien d'autres s'inscrivent dans un mouvement déstabilisant du droit des contrats observé depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Le code CIMA confirme ainsi l'existence d'une assurance obligatoire de responsabilité civile à la charge des propriétaires et gardiens des véhicules terrestres à moteur ; ceci en contravention avec le principe de la liberté contractuelle. De même, la multiplication des obligations précontractuelles d'information dans des contrats comme l'assurance, le transport, la cession du fonds de commerce, les prestations de service ou même la vente à la consommation, constitue autant d'entraves au principe de la liberté contractuelle. Ces entraves ne sont certes pas nouvelles dans leur conception, mais elles ont du moins été réitérées avec plus de vigueur par le droit communautaire. Au niveau de l'exécution des conventions, on note la redécouverte de la bonne foi. Prévue par l'article 1134 alinéa 3 du code civil, la bonne foi n'a jusqu'alors été considérée par la doctrine classique que comme une règle d'interprétation des contrats, exécuter le contrat de bonne foi signifiant que le débiteur devait accomplir ses obligations conformément à ce que le créancier était en droit

---

<sup>84</sup> SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1995, n° 2 et ss. ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de Droit commercial*, t.2, 17<sup>e</sup> éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 2004, n°2792 et ss.

<sup>85</sup> MONTREDON (J.F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », J.C.P, éd. E., 1988, n°15156, p. 268.

<sup>86</sup> AZIBER SEID (A.), *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, thèse, Toulouse I, 2007.

d'attendre de lui<sup>87</sup>. Cette interprétation est remise en cause indirectement dans la plupart des contrats régis par le droit communautaire. Une obligation bilatérale d'information et de collaboration au sens large est mise à la charge des parties dans des contrats comme la vente commerciale, l'assurance, le transport terrestre des marchandises et le contrat d'agence commerciale. De la sorte, l'obligation de loyauté n'est plus uniquement réservée aux contrats dans lesquels elle constituait une suite logique en raison de la confiance qui doit régner entre les contractants<sup>88</sup>, mais est désormais considérée comme une conséquence logique de l'exigence de la bonne foi de l'article 1134 al.3 du code civil.

27. Ces différentes règles qui sont, faut-il le rappeler, d'ordre public donnent l'impression d'un droit des contrats essentiellement impératif. Les textes ne le cachent d'ailleurs pas. Le caractère d'ordre public de la plupart des dispositions de droit communautaire est clairement affirmé. Il en est ainsi de l'article 2 du code CIMA qui dresse une liste des articles qui sont considérés comme tel. De même, l'article 28 de l'Acte uniforme sur le contrat de transport des marchandises par route déclare la quasi-totalité de ses dispositions d'ordre public. Dans le même sens, l'article 102 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dresse une liste des articles relatifs au bail commercial qui sont d'ordre public et l'article 200 du même Acte uniforme rend d'ordre public les dispositions relatives aux contrats d'agence commerciale. Le caractère impératif de la réglementation communautaire est également marqué dans le droit de la concurrence qui est par nature un droit d'ordre public, destiné à limiter les agissements des opérateurs économiques et l'article 3 du règlement n°1/99 relatif aux pratiques anticoncurrentielles précise bien que toute pratique ayant un objet ou des effets anticoncurrentiels est nulle de plein droit. La démarche des législateurs communautaires est intéressante dans la mesure où elle épargne la jurisprudence et la doctrine de recourir à la méthode exégétique qui

---

<sup>87</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), Les obligations, vol.1, L'acte juridique, Armand Colin, 11<sup>e</sup> éd., 2004, n° 374, pour qui, la bonne foi reste « *une disposition technique, dépourvue de signification réelle* ».

<sup>88</sup> En l'occurrence le contrat de société où *l'affectio societatis* constitue un élément essentiel.

reviendrait à rechercher les formules et verbes à caractère impératif, lorsqu'on sait qu'une telle méthode aboutit souvent à des controverses doctrinales ou jurisprudentielles.

28. La perturbation des principes de la théorie générale des contrats issue du code civil n'est cependant pas limitée à la multiplication des règles d'ordre public. Certaines règles s'imposent sans être nécessairement d'ordre public. Il s'agit notamment des normes de conduite que la jurisprudence exige de plus en plus des contractants et dont la méconnaissance entraîne le cas échéant des sanctions pécuniaires telle que la réduction du montant des dommages intérêts. Cette exigence est renforcée pendant l'exécution des contrats tels que le contrat de la vente commerciale ou encore le contrat d'agence commerciale. La prise en compte du comportement des parties se fait aussi lors de la rupture du lien contractuel car l'exigence de bonne foi conduit à sanctionner des comportements déloyaux qui aggravent le préjudice d'une partie au contrat.

29. La prolifération des règles impératives n'est pas pour autant suivie par une multiplication infinie des hypothèses d'anéantissement de la relation contractuelle. En effet, bien que l'ordre public puisse être défini comme la négation de la liberté contractuelle, c'est-à-dire « *la traduction d'une certaine forme de société, (...) la réunion de tout ce qui est estimé assez important, à un moment donné et dans une société donnée pour qu'on la rende obligatoire, fût-ce contre la volonté des sujets de droit* »<sup>89</sup>, on se rend compte que l'ordre public économique issu des textes communautaires, n'est plus automatiquement sanctionné par l'anéantissement du lien contractuel<sup>90</sup>. Ceci est vrai au stade de la formation des contrats car la nullité n'est plus systématiquement prononcée quand une règle impérative est transgressée, mais également au stade de l'exécution du contrat où la résolution du contrat n'est plus le seul remède face à l'inexécution du contrat ou à une exécution

---

<sup>89</sup> HAUSER (J.), « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Civ., Rec. V°, 1975, n° 2.

<sup>90</sup> MOHAMED SALAH (M.), « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ? », in Philosophie du droit et droit économique, Mélanges Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 261 et ss.

défectueuse, même si l'obligation inexécutée est instituée par une règle impérative.

30. Il s'ensuit qu'au-delà de la perturbation que ces textes communautaires apportent à la théorie générale des contrats, c'est une autre idée de contrat qui est en germe à travers cette législation qui se veut moderne. Il ne s'agit pas d'une simple spéculation sur une rénovation de la théorie générale des contrats. L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats confirme cette nouvelle approche des relations contractuelles, qui n'est plus systématiquement basée sur l'antagonisme des intérêts des parties contractantes.

31. L'approche, aussi révolutionnaire qu'elle pourra être, n'est cependant pas nouvelle en soi. En effet, en France, bien que la quasi-totalité des dispositions du titre III du livre III du code civil soit restée inchangée depuis 1804, aucune illusion n'est plus permise de nos jours sur l'apparente stabilité du droit français des contrats. Par une œuvre titanesque de la Cour de cassation, la jurisprudence française a depuis des années déjà abandonné la plupart des dispositions du code civil pour renouveler et parfois rejeter simplement les interprétations faites jusqu'alors de certaines dispositions de cette partie du code civil<sup>91</sup>. C'est ainsi qu'au principe de la déterminabilité du prix/objet dans les contrats de vente<sup>92</sup>, la Cour de cassation a, depuis 1995 admis la validité des contrats cadres de distribution dont le prix n'est pas déterminable à la formation et, *a fortiori*, sera déterminé unilatéralement par la volonté d'une seule partie au contrat<sup>93</sup>. De même, alors que la transparence

---

<sup>91</sup> MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », op. cit., p. 371 ; « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 235 et ss. ; ANCEL (P.), « Une régression du modèle légal ? », in *Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil »* organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, p. 47 ; BILIAU (M.), « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 119.

<sup>92</sup> Art. 1129 et 1591 du code civil.

<sup>93</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1994, Bull. civ., I, n° 348, D. 1995, Jur. 122, note L. Aynès, J.C.P. 1995, II, 22371, note J. Ghestin, *Contrats, conc. consom.*, 1995, p. 464, obs. Bouloc. Ass.

était loin d'être un principe envisagé par le code civil, la Cour de cassation a, depuis peu, imposé une obligation de transparence lors de la formation des contrats à travers l'admission du dol par réticence<sup>94</sup>. Pourtant le dol n'était traditionnellement constitué que par des manœuvres, donc, par des actes positifs. On peut également noter la recherche d'un équilibre objectif dans les contrats à travers une analyse dynamique de la notion de cause objective, sortie de sa torpeur depuis l'arrêt Chronopost<sup>95</sup> alors que la cause n'était jusqu'alors considérée que comme le rempart contre les seuls engagements sans contrepartie réelle.

32. Cependant l'avant-projet d'Acte uniforme ne s'est pas limité à entériner la jurisprudence française. Il va plus loin que l'innovation par exceptions issue de l'audace de la jurisprudence française en adoptant des principes dont les fondements se trouvent dans les systèmes juridiques étrangers notamment la *common law*, ce qui permet peut-être de moderniser efficacement la théorie générale des contrats vieille de plus de deux cents ans.

Ainsi, à l'admission du dol par simple réticence, l'avant-projet impose directement une obligation générale de bonne foi lors de la formation des contrats<sup>96</sup>, principe qui implique une transparence généralisée qui ne peut plus se limiter aux exigences de l'article 1116 du code civil, car sa sanction

---

plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, (4 arrêts), D. 1996, p. 17, note L. Aynès, Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n°151-154, J.C.P. 1996, II, 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, Contrats, conc. consom., 1996, n°5.

<sup>94</sup> Cass. civ. 3, 15 janv. 1971, J.C.P., 1971, IV, 43, Bull. Civ. III, n° 38, p. 25; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 1971, J.C.P. 1971, IV, 178, Bull. Civ. I, n° 182, p. 152; 10 mai 1989, Bull. civ., I, n° 187, R.T.D.Civ., 1989, p. 736, n° 1, obs. Mestre, JCP 1989, II, n° 21363, note D. Legeais, Defrénois 1989, p. 1049, D. 1990, Somm. p. 385, obs. Aynès, Banque 1989, p. 758, obs. Rives-Lange.

<sup>95</sup> Cass. com., 22 oct. 1996, J.C.P., 1997, I, n° 4002, note M. Fabre-Magnan, Dr. et patrimoine, janv. 1997, n° 1552, p. 63, obs. P. Chauvel, Gaz. Pal., 1997, 2, Jur., p. 519, note R. Martin, D. 1997, Chron., p. 145, par Ch. Larroumet, D. 1997, Jur., p. 121, note A. Sériaux, et Somm., p. 175, obs. Ph. Delebecque, Contrats, conc., consom., 1997, p. 9, note L. Leveneur, J.C.P., éd. E 1997, n° 924, note K. Adom ; *adde* 18 juin 1997, n° 73, p. 30, 1<sup>re</sup> espèce, note D. R. Martin, R.T.D.Civ., 1997, p. 419, obs. J. Mestre, Defrénois 1997, art. 36516, n° 20, p. 333, obs. D. Mazeaud, JCP 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney, n° 17, *adde* R.T.D.Civ., 1998, p. 213, note N. Molfessis, J.C.P., 1998, I, 152, chron., J.-P. Chazal.

<sup>96</sup> Art. 1/6 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : « 1) *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi.*  
2) *Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

n'est pas entièrement dépendante de l'existence d'un autre vice du consentement à savoir l'erreur. Autrement dit, l'admission d'une obligation générale de transparence conduit à punir le détenteur d'une information non communiquée à l'autre partie même si cette réticence n'a pas entraîné une altération conséquente du consentement de cette dernière<sup>97</sup>. De même, à la recherche de l'équilibre contractuel par la rénovation de la notion de cause de l'obligation, l'avant-projet d'Acte uniforme prévoit un moyen de contrôle de l'équilibre apparemment plus efficace qu'est l'admission de la lésion bien qu'elle soit pour l'instant une lésion dite qualifiée<sup>98</sup>. Il y a sur ce point une nette rupture avec la conception classique du droit des contrats qui a jusqu'alors considéré le contrat comme la chose des parties, et se faisant, n'admettait la lésion que dans les hypothèses limitativement énumérées par le code civil<sup>99</sup>. Il en est ainsi également pour l'imprévision qui est admise sans aucune réserve par l'avant-projet d'Acte uniforme<sup>100</sup> alors que la jurisprudence française n'a pour l'instant admis qu'un principe de renégociation qui pourrait être imposé par le juge à charge pour les parties d'y procéder<sup>101</sup>.

**33.** Il ressort de ce qui précède que le droit communautaire influence doublement la théorie générale des contrats. Alors que les textes communautaires qui ont déjà fait l'objet d'une adoption définitive perturbent nettement le droit des contrats, il ne fait l'objet d'aucun doute que ce droit pourra être un facteur de progrès pour le droit des contrats. La revitalisation du droit des contrats pouvant au demeurant passer par un coup de pousse de

---

<sup>97</sup> V. infra, n° 543 et ss.

<sup>98</sup> Art. 3/10 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Infra, n° 413 et ss.

<sup>99</sup> Il s'agit du partage et de la vente immobilière.

<sup>100</sup> Art. 6/22, 6/23 et 6/24, qui rappellent l'obligation pour le débiteur de remplir ses obligations quand bien même l'exécution serait devenue plus onéreuse, mais qu'en pareille circonstances, lorsqu'il y a bouleversement des circonstances, il pourra demander au créancier de renégocier et lorsque les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les termes de cette renégociation, le juge pourra intervenir pour adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

<sup>101</sup> Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ., IV, n° 338, Contrats, conc., consom., 1993, n° 45, obs. Leveneur, J.C.P. éd. E, 1993, II, 22164, note Virassamy, R.T.D.Civ., 1993, p. 124, obs. Mestre, D. 1995, Somm., p. 85, obs. D. Ferrier. Dans le même sens, v., Cass. soc., 25 févr. 1992, Bull. civ., V, n° 122, p. 74, D. 1992, jur., p. 390, note M. Defossez, somm. p. 292, obs. A. Lyon-Caen, J.C.P., 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. Gatumel, R.T.D.Civ., 1992, p. 760, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ., IV, n° 277, Defrénois 1999, p. 371, obs. Mazeaud, J.C.P., éd. E., 1999, p. 1242, obs. Jamin, R.T.D.Civ., 1999, p. 98, obs. Mestre, D. 1999, IR, p. 9. V. infra, 502 et ss.

ce même droit communautaire avec l'adoption de l'Acte uniforme sur le droit des contrats. Il se peut donc qu'à la perturbation des droits des contrats spéciaux communautaires (Première partie) se succède une dynamisation de la théorie générale des contrats (Deuxième partie).

Plan :

**PREMIERE PARTIE : Le droit des contrats perturbé par le droit communautaire**

**DEUXIEME PARTIE : Le droit des contrats dynamisé par le droit communautaire**

**PREMIERE PARTIE :**

**LE DROIT DES CONTRATS**

**PERTURBE PAR LE DROIT**

**COMMUNAUTAIRE**



34. Il est généralement enseigné que la théorie générale des contrats repose sur le principe de l'autonomie de la volonté qui aurait été consacré par le code civil. La théorie de l'autonomie de la volonté issue directement de la philosophie individualiste et du libéralisme économique<sup>102</sup> en vogue à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ordonne les règles du contrat autour des principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de l'effet relatif des contrats. Cette théorie, bien qu'affirmée depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, n'a fait l'unanimité que le temps d'une extension folle et aveugle du libéralisme économique et de la montée d'un individualisme qui n'avait d'équivalent que la férocité des hommes en société<sup>103</sup>.

35. Les auteurs de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle affirmaient en effet la toute puissance de la volonté. Larombière écrivait ainsi : *« ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi<sup>104</sup> »*. Il insistait tout autant sur la tradition spiritualiste en précisant : *« que l'on ne dise donc pas que les conventions n'ont de force obligatoire que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur avait été possible de supprimer en l'homme la liberté et la conscience... Le contrat sera plus fort quand on aura dit de l'obligation : la conscience le veut, que lorsqu'on aura dit : les hommes l'ont voulu. En s'appuyant ainsi sur la morale, les lois civiles auront doublé de force »<sup>105</sup>*.

36. Le principe de l'autonomie de la volonté se justifiait sur un triple plan philosophique, moral et économique. Sur le plan philosophique, les auteurs partaient du postulat selon lequel *« personne ne doit rien à*

---

<sup>102</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 20.

<sup>103</sup> TOULLIER, Le droit civil suivant l'ordre du code civil, Stapleaux, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., 1820, cité par JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron. p. 903.

<sup>104</sup> Théorie et pratique des obligations, Durand & Pédone-Lauriel, t. 7, 1885, n°2, p. 390.

<sup>105</sup> Op. cit., t. 1, n°2, p. 379.

*personne* », qui est celui de la liberté des individus<sup>106</sup>. Les obligations souscrites en vue de maintenir l'ordre social doivent rester exceptionnelles. Sur le plan moral, le contrat, en tant que œuvre des volontés, était considéré conforme aux intérêts des parties contractantes car « *Nul ne peut vouloir ce qui n'est pas conforme à ses intérêts* ». Pour raffermir cette idée, Fouillée, un philosophe du XIX<sup>e</sup> siècle, disait que « *qui dit contractuel, dit juste* »<sup>107</sup>. Sur le plan économique, l'autonomie de la volonté était considérée comme le meilleur moyen d'assurer la prospérité générale. L'Etat devait « *laisser faire* » et « *laisser passer* » car ce libre jeu assure le maximum de production et les prix les plus bas, la libre concurrence, donc le bonheur du plus grand nombre<sup>108</sup>.

Mais le libéralisme économique qui sous-tendait le principe de l'autonomie de la volonté a montré ses limites dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. La liberté sans frein au lieu de servir le plus grand nombre a conduit à l'anarchie dans la production et dans la distribution des richesses<sup>109</sup>. C'est pourquoi, la politique d'Etat-gendarme du XIX<sup>e</sup> siècle a progressivement cédé place à l'Etat-providence, politique économique, qui implique une intervention de plus en plus poussée de l'Etat dans le domaine économique et social. L'Etat étant devenu le protecteur des citoyens sans défense a progressivement adopté des textes qui apportent de nombreux tempéraments à la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>110</sup>. Cette intervention législative qui s'est manifestée par la

---

<sup>106</sup> V. dans ce sens J.J. Rousseau selon qui l'homme est naturellement libre, in *Du contrat social*, édition établie par Pierre BURGELIN, Garnier Flammarion, 1966.

<sup>107</sup> V. FOUILLÉE (A.), *La science sociale nouvelle*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., Hachette et Cie, 1885, p. 410, cité par JAMIN (Ch.), « *Quelle nouvelle crise du contrat ?* », in *Actes du colloque sur la Nouvelle crise du contrat*, organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, D. 2003, p. 12. Il faut cependant préciser que Fouillée n'était pas un inconditionnel partisan de la théorie de l'autonomie de la volonté. Bien au contraire. D'après le professeur Jamin, il est « *l'un des précurseurs du solidarisme* ». Dans le même sens, v., CADIET (L.), « *Une justice contractuelle, l'autre* », in *Mélanges Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 178.

<sup>108</sup> V. STARCK (B.) et al., op. cit., p. 5.

<sup>109</sup> CRAMIER (P.), « *Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence)* », 1<sup>re</sup> partie, P.A., n° 116, du 12 juin 2000, n° 117 du 13 juin 2000.

<sup>110</sup> Il est vrai que la politique d'Etat providence du XX<sup>e</sup> siècle est en déclin à la grande faveur du néo-libéralisme, ce recul de l'Etat étant marqué par la déréglementation de certains domaines par exemple en matière de prix ou encore dans des domaines où l'ordre public de protection a atteint un seuil de saturation (RENET (Th.), « *L'ordre public dans les relations de travail* », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996, n° 1). Mais ce mouvement d'Etat-minimum n'a pas encore essoufflé l'ordre

multiplication des contrats spéciaux<sup>111</sup> a bénéficié d'un relais jurisprudentiel assez important<sup>112</sup> ; ce qui a conduit certains auteurs à parler de « *dirigisme contractuel* »<sup>113</sup>.

37. Le droit communautaire applicable au Cameroun qui recouvre les domaines très variés, n'est pas resté en dehors de cette nouvelle donne législative. Les différents Actes uniformes OHADA, le droit matériel communautaire de la CEMAC ainsi que le code CIMA contiennent de nombreuses dispositions impératives qui contribuent à la réduction de la marge de manœuvre des contractants. Les conséquences attachées au principe de l'autonomie de la volonté sont ici remises en cause les unes après les autres. Il en est ainsi des principes de la liberté contractuelle dont certaines limites datent du code civil<sup>114</sup>, du consensualisme qui est supplanté par un formalisme informatif très marqué et de l'intangibilité des contrats qui subit d'énormes limitations.

Ces règles d'ordre public sont parfois des règles d'ordre public de direction, comme c'est le cas pour les règles impératives contenues dans le règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des

---

public économique qui s'est largement développé au cours du XX<sup>e</sup> siècle (MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996, p 41).

<sup>111</sup> DURAND (P.), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *R.T.D.Civ.*, 1941, p. 73 et ss.

<sup>112</sup> V. par exemple Cass. civ., 21 nov. 1911, S. 1912, I, p. 73, note Lyon-Caen, D. 1913, I, p. 249, note L. Sarrut. Cette jurisprudence institue une obligation de sécurité dans le contrat de transport à la charge du transporteur.

<sup>113</sup> JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D.H.*, 1933, chron. 89. PREVOST (A.) et RICHARD (D.), « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP*, 1979, I, 2952.

<sup>114</sup> Par exemple une série des dispositions du code civil prohibent les pactes sur succession future. L'article 1130 du code civil interdit de renoncer à une succession non ouverte et de ne faire aucune stipulation sur une pareille succession. L'article 1389 du code civil interdit aux futurs époux de faire dans leur contrat de mariage une convention ou une renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. L'article 791 du code civil précise qu'on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. L'article 1600 du code civil quant à lui est sans équivoque : « *On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement* ».

De même, en vertu du principe de l'indisponibilité du corps humain, la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir un enfant et à s'en séparer à la naissance au profit d'un autre, fut-il à titre onéreux ou gracieux, est nulle et de nul effet (Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, jur., p. 417, note D. Thouvenin, somm., p. 318, obs. J.-L. Aubert).

pratiques commerciales anticoncurrentielles. Mais elles sont très souvent des règles d'ordre public de protection. C'est le cas des règles édictées dans le cadre des Actes uniformes OHADA et surtout du code CIMA. Le domaine d'attaque du principe de l'autonomie de la volonté est donc assez large. D'une manière générale, on note un net recul des principes de la liberté contractuelle (TITRE I) et de l'intangibilité des contrats (TITRE II).

**TITRE I : Le recul du principe de la liberté contractuelle**

**TITRE II : Le recul du principe de l'intangibilité des contrats**

# TITRE I

## LE RECUL DU PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

38. La liberté contractuelle est le principe suivant lequel, « *les contractants peuvent librement conclure ou ne pas conclure des contrats – comportant des obligations librement aménagées – en tous domaines, en toutes matières, les restrictions apportées à cette liberté étant exceptionnelles et découlant de l'existence de règles d'ordre public* »<sup>115</sup>. C'est l'un des principes de base de la théorie générale des contrats<sup>116</sup>. Les règles impératives de droit privé doivent être rares<sup>117</sup>, la loi n'intervenant que pour faciliter les relations entre les individus ou pour tracer les règles auxquelles ils pourront se référer implicitement<sup>118</sup>.

39. Le principe de la liberté contractuelle, comme fondement du droit des contrats, peut être décelé dans un premier temps par une interprétation *a contrario* de l'article 6 du code civil. Cet article dispose qu' « *on ne peut déroger par conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », ce qui signifie qu'on peut déroger à toute autre loi ; autrement dit, « *que la liberté est de conclure aux conditions que l'on veut, les*

---

<sup>115</sup> TERRE (F.), Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2000, n° 282, p. 305.

<sup>116</sup> IONASCO (T. R.), « De la volonté dans la formation des contrats », in Etudes GEMY, 1934, p. 368.

<sup>117</sup> Le code civil ne contenait d'ailleurs que quelques règles d'ordre public. Ces règles concernaient l'Etat, la famille et les personnes. Le contrat de travail était pour ainsi dire considéré comme tout autre contrat. L'unique article qui lui était consacré est l'article 1781 qui prévoyait qu' « *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». Ce qui justifie l'idée selon laquelle Napoléon a voulu à travers un code civil unique, créer un droit pour tous.

<sup>118</sup> MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), Introduction à l'étude du droit, t.1, vol.1, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1991, n° 68.

*contrats* »<sup>119</sup>. Dans un second temps, et sans avoir besoin de faire une analyse *a contrario*, le principe de la liberté contractuelle apparaît clairement à l'article 1123 du code civil qui dispose : « *toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ».

40. Ce principe connaît depuis plusieurs décennies d'importantes limites contenues dans les différentes législations relatives aux contrats spéciaux tels que les contrats d'assurance, de travail, de cession de fonds de commerce, de bail ... Le droit communautaire africain dans ses textes relatifs aux contrats spéciaux s'inscrit dans cette vague de textes d'exceptions à la règle générale qu'est la théorie générale des contrats. D'une manière générale, les règles d'ordre public communautaire limitent la liberté contractuelle soit en imposant un contrat, soit en l'interdisant. Bien plus, de nombreuses dispositions limitent la liberté des parties de choisir la forme de leur engagement. Elles doivent respecter certaines règles de forme destinées à rendre le contrat intelligible à la partie supposée faible, celle qui ne dispose pas des moyens intellectuels, techniques et économiques nécessaires. Mais ce formalisme informatif résulte aussi de la modernisation de la notion de bonne foi dans les contrats. Elle sera donc étudiée dans la partie réservée à la notion de bonne foi.

41. Par contre, il y a lieu de s'appesantir dans ce titre sur les règles d'ordre public communautaire empreint de dirigisme contractuel. Le code CIMA impose par exemple un contrat d'assurance que chaque gardien d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de souscrire, déclare nulles certaines clauses contractuelles et propose un contenu obligatoire pour le contrat d'assurance de sorte que la marge de manœuvre des parties est extrêmement réduite. Dans le même sens, le droit communautaire de la concurrence applicable dans la CEMAC interdit de nombreuses pratiques commerciales dont l'application conduit à priver d'effet de nombreux contrats pourtant valables au regard du droit commun des contrats. Le principe de la liberté contractuelle est ainsi altéré, d'une part, par l'émergence des contrats

---

<sup>119</sup>FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 95.

imposés en partie ou en totalité (Chapitre I), et, d'autre part, par l'interdiction de certaines clauses contractuelles ou de certains types de contrats (chapitre II).

## **CHAPITRE I : Le contrat imposé**

## **CHAPITRE II : Le contrat interdit**

# CHAPITRE I

## LE CONTRAT IMPOSE

42. Le principe de la liberté contractuelle, tel qu'exposé précédemment, implique le droit pour chaque individu de contracter ou de ne pas contracter, d'accepter ou de refuser aussi bien le contenu d'un contrat que la personne du cocontractant. Pour qu'une telle liberté soit parfaite, il faudrait que la loi n'intervienne pas en amont pour imposer le maintien d'une relation contractuelle arrivée à son terme contre la volonté expresse ou implicite de l'une ou l'autre partie contractante. Tel n'est malheureusement pas toujours le cas pour les contractants soumis aux différents textes communautaires comme cela a du reste été le cas depuis que le législateur vient au secours de certains contractants au moyen de la multiplication des contrats spéciaux. En effet, dans certains cas, ils sont obligés de conclure certains contrats et dans d'autres, ce sont les clauses contractuelles qui leur sont imposées. Dans d'autres cas enfin, bien que la conclusion du contrat soit libre, ils ne peuvent s'en délier librement quand bien même celui-ci arriverait à terme ou même que les parties se seraient ainsi entendues.

Dans chacune de ces situations, le contrat est imposé soit parce que les parties ont été obligées de le conclure (Section I), soit parce que la sortie d'une relation contractuelle ne dépend plus de la volonté des parties contractantes (Section II).



## SECTION I

### L'OBLIGATION D'ENTRER DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

43. L'engagement dans une relation contractuelle n'est pas toujours la manifestation d'une volonté libre dans les sociétés modernes. Les sujets de droit sont quotidiennement obligés de conclure des contrats de logement, de travail, de fourniture de courant électrique et bien d'autres pour subvenir à leurs besoins<sup>120</sup>. Dans toutes ces hypothèses, on ne peut pas soutenir qu'il y a une réelle volonté d'entrer dans une relation contractuelle<sup>121</sup>. L'atteinte est encore plus significative lorsque l'individu obligé de contracter se trouve face à des monopoles de droit ou de fait. Ces monopoles qui sont des partenaires obligés de l'individu, pré rédigent des contrats qu'ils proposent à leurs clients qui doivent l'accepter automatiquement parce qu'ils n'ont pas la possibilité de se procurer le même service ou le même bien chez un autre concurrent.

44. Plus importantes sont cependant les atteintes de droit qui résultent d'un texte qui impose la conclusion d'un contrat ou le maintien d'une situation contractuelle ou encore un partenaire contractuel. La volonté joue un rôle variable dans ces différentes situations. L'atteinte peut être radicale lorsque la loi autorise le juge de faire un contrat qui sera appliqué aux parties comme si elles l'avaient voulu. Par exemple, en France, le juge du divorce est autorisé d'imposer aux anciens époux, conformément aux articles 275 et 285-1 du code civil, une cession d'usufruit ou un « *bail forcé* »<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Portalis en avait déjà pris conscience : « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins* » (Passage cité par J.-F. Niort, *Homo Civilis*, Repères pour une histoire politique du Code civil, th. Paris I, science politique, dactyl. , 1995, p. 192).

<sup>121</sup> Puisque le contrat remplit ici la fonction d'utilité sociale que lui attribuait R. DEMOGUE : « *Les contrats sont chargés du grand service social des appropriations individuelles convenables, lequel ne peut chômer* » (in *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, t. 2, 1923, n° 582, p. 236).

<sup>122</sup> Loi n° 87 - 570 du 22 juillet 1987.

Mais très souvent, les textes ne vont pas jusqu'à supprimer entièrement le rôle de la volonté. Celle-ci peut intervenir mais à un degré moindre. En effet, lorsqu'un texte impose la conclusion d'un contrat, très souvent, la liberté est laissée à l'individu de choisir lui-même son cocontractant. Et lorsque c'est le maintien d'une relation contractuelle qui est requis, au préalable, les parties auraient choisi elles-mêmes les partenaires contractuels ainsi que le contenu du contrat. Il n'en reste pas moins que le droit des contrats spéciaux de source communautaire est très impératif. Sa diversité lui permet d'englober ces différentes sortes d'atteintes à la liberté de conclure un contrat. On y trouve en effet aussi bien les contrats obligatoires (Paragraphe 1) que les cocontractants imposés (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Les contrats obligatoires : l'exemple du contrat d'assurance**

45. « *L'effectivité de la loi qui consacre une liberté d'agir se situe non dans l'action mais dans la liberté même, c'est-à-dire dans le pouvoir de choisir l'inaction aussi bien que l'action* » écrit Jean Carbonnier<sup>123</sup>. C'est dire que toute législation qui ne laisse pas la possibilité de choisir entre l'action et l'inaction est attentatoire à la liberté individuelle. Le contrat, parce qu'il est créateur de liens, est l'outil du renoncement à la liberté : « *Je refuse : je reste libre. Je m'engage, je me lie* »<sup>124</sup>. Obliger un individu à conclure un contrat contre sa volonté, n'est donc rien d'autre que porter atteinte à sa liberté de choisir de rester libre. Le législateur est pourtant arrivé à imposer la conclusion de certains contrats à certaines personnes.

Il en est ainsi des commerçants qui sont tenus de se faire ouvrir un compte bancaire<sup>125</sup> ou encore de l'usufruitier qui est tenu d'une obligation de

---

<sup>123</sup> CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 8<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1995, p. 307.

<sup>124</sup> SERNA (J.-C.), « "Le refus de contracter"... ou Quarante ans après », in *Etudes offertes à J. Dupichot*, Bruyant, Bruxelles, 2004, p. 466.

<sup>125</sup> Loi du 24 octobre 1840, art.3 6.

fournir caution<sup>126</sup>. De même, en droit des sociétés, si aucun associé ne peut se voir exclure d'une société, il reste possible d'imposer une cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant d'une société soumise à une procédure collective quand la survie de l'entreprise le requiert. Il en est de même pour le dirigeant social frappé de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer<sup>127</sup>.

46. Mais dans toutes ces hypothèses, l'obligation de conclure un contrat n'est pas très démarquée. En fait, elle trouve sa justification dans une situation juridique bien déterminée et permet de donner un sens à cette situation ou de la parachever. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse de l'assurance obligatoire. D'abord régie par les droits nationaux, elle est désormais soumise au droit communautaire des assurances contenu dans le code CIMA. L'obligation de conclure un contrat d'assurance existe indépendamment de toute situation juridique antérieure et est imposée à toute personne<sup>128</sup>. Elle mérite de ce fait qu'on lui accorde une attention particulière en s'interrogeant sur ses fondements (A) et sur son domaine d'application qui est pour le moins difficile à cerner (B).

## A - LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION DE SOUSCRIRE UNE ASSURANCE

47. L'assurance est l'opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à indemniser une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un risque déterminé, moyennant le paiement préalable d'une prime ou d'une cotisation. Par la conclusion d'un contrat d'assurance, l'individu prévoit la survenance d'un risque, en obtenant de l'assureur l'engagement d'en réparer les conséquences. Cette opération se fait dans l'intérêt de l'assuré puisqu'en cas de réalisation du risque, l'indemnisation versée par l'assureur lui permet

---

<sup>126</sup> Aux termes des articles 601 et 602 du code civil, l'usufruitier est tenu de passer avec un tiers un contrat de cautionnement par lequel ce tiers, dénommé caution, garantit la bonne restitution de la chose au nu-propiétaire lors de la cessation de l'usufruit.

<sup>127</sup> Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 5 mai 1994, R.J.D.A., 1994, n° 1143. D'après F. XAVIER LUCAS, il s'agit d'une « *expropriation pour cause d'utilité sociale* », in Les associés et les procédures collectives, P.A., n° spécial du 9 janvier 2002, p.31.

<sup>128</sup> Exception faite à l'Etat au sens strict du terme (art. 231 du code CIMA).

de maintenir son équilibre financier. Or face à la multiplication de certains risques, l'Etat s'est vu obligé de réagir face à l'inconscience de certains professionnels ou non professionnels soumis au risque. D'où l'émergence des contrats d'assurance imposés par la loi.

48. L'obligation de souscrire un contrat d'assurance n'est pas une innovation du code CIMA. Elle date en droit français de l'ordonnance du 6 août 1945 qui rendit obligatoire la conclusion d'un contrat d'assurance de responsabilité par les architectes en raison des risques encourus du fait de l'exercice de la profession. Cette obligation a depuis lors connu un développement important. Elle a été étendue à de nombreux professionnels, notamment aux transporteurs publics<sup>129</sup>, aux notaires<sup>130</sup> ou encore aux avocats<sup>131</sup>. C'est dans ce climat de généralisation de l'obligation d'assurance qu'intervient la loi du 18 février 1958 qui rendit obligatoire la conclusion d'un contrat d'assurance de responsabilité civile pour les personnes susceptibles de causer un dommage à autrui par l'utilisation d'un véhicule terrestre à moteur<sup>132</sup>.

La loi du 18 février 1958 est restée applicable au Cameroun jusqu'à l'adoption du code CIMA le 10 juillet 1990. Une loi de 1989 sur l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation est venue la compléter. Par contre, au Gabon, c'est la loi n° 17/62 du 2 juin 1962 qui a institué une obligation d'assurance pour les véhicules terrestres à moteur<sup>133</sup>.

49. Le code CIMA a réservé tout un livre aux assurances obligatoires. Il s'agit du livre II de ce code. Le titre 1<sup>er</sup> traite de l'assurance des véhicules terrestres à moteur et leurs remorques et semi-remorques, le titre II de

---

<sup>129</sup> Décret du 14 novembre 1949.

<sup>130</sup> Décret du 20 mai 1955.

<sup>131</sup> Loi du 31 décembre 1971

<sup>132</sup> Cette assurance est aujourd'hui régie par les articles L. 211-1 et suivants et R.211-1 et suivant du code français des assurances.

<sup>133</sup> Tout comme la loi de 1958, la loi gabonaise de 1962 ne régissait pas le régime de l'indemnisation des victimes des accidents de la circulation. Par conséquent, au Gabon, comme dans la plupart des Etats membres de la CIMA, cette indemnisation était encore soumise aux règles de droit commun de la responsabilité civile.

l'assurance des facultés à l'importation et le titre III des dispositions transitoires. Nonobstant cette dualité de titres réservés aux assurances obligatoires, ce livre traite seulement de l'assurance des véhicules terrestres à moteur car l'article unique consacré à l'assurance des facultés à l'importation dispose qu'elle est soumise aux législations nationales. Par conséquent, le principal contrat obligatoire réglementé par le droit communautaire africain est l'assurance des véhicules terrestres à moteur.

50. Il s'agit d'une assurance de responsabilité civile qui est « *un contrat par lequel l'assureur garantit l'assuré contre les recours en responsabilité dont il peut faire l'objet de la part des tiers en contrepartie du versement d'une prime* »<sup>134</sup>. Celle exigée pour les véhicules terrestres à moteur permet au souscripteur d'obtenir de l'assureur l'engagement de supporter les indemnisations résultant d'un accident de la circulation dans lequel le véhicule est impliqué. Dans cette forme d'assurance qui se distingue, faut-il le rappeler, de l'assurance de biens<sup>135</sup>, l'assuré n'est pas toujours la personne qui est tenue de souscrire l'assurance. L'assuré est la personne qui bénéficie du contrat d'assurance ; c'est-à-dire toute personne dont la responsabilité peut être retenue lors d'un accident dans lequel le véhicule est impliqué. Sont généralement considérées comme personnes assurées, tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, peuvent être responsables des dommages survenus ayant un lien avec le véhicule terrestre à moteur<sup>136</sup>.

51. Cette assurance a été rendue nécessaire à la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle lorsque par l'effet de l'essor de l'industrie d'automobile, le nombre des victimes d'accidents de la circulation n'a cessé de croître. Les victimes se retrouvaient très souvent face aux responsables insolvables. La loi de 1958

---

<sup>134</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 356.

<sup>135</sup> Le contrat d'assurance de biens, est une opération dans laquelle une personne appelée le souscripteur obtient d'une deuxième personne à savoir l'assureur, en contrepartie d'une prime, l'engagement de lui verser une certaine somme d'argent si la chose garantie vient à subir un dommage.

<sup>136</sup> Il s'agit notamment du propriétaire du véhicule, du gardien ou du conducteur autorisé qui sont par ailleurs tenus de souscrire l'assurance. Il peut également s'agir du conducteur non autorisé ou des passagers du véhicule.

est donc venue mettre un terme à ce désagrément. L'assurance de responsabilité imposée aux propriétaires, gardiens et conducteurs des véhicules terrestres à moteur est en effet un système de partage des risques pour tous ceux qui sont en principe exposés au risque d'être condamnés à payer des dommages causés par ces engins<sup>137</sup>. Imposer une assurance de responsabilité obligatoire à ces potentiels responsables des accidents causés par les véhicules terrestres à moteur obéit cependant à un choix de politique socio-économique bien déterminé.

52. En effet, il existe deux types d'assurance pouvant jouer un rôle d'indemnisation des victimes d'accidents. D'une part, il est possible pour une personne de souscrire une assurance pour couvrir le risque dans le cas où elle se trouverait victime : il s'agit là d'une assurance dommage. D'autre part, l'indemnisation peut être couverte par l'auteur du dommage potentiel, qui serait considéré comme responsable et devrait payer le dommage à la victime : il s'agit de l'assurance de responsabilité civile. Si le droit communautaire CIMA avait opté pour une responsabilité pour faute, c'est le premier système qui aurait été mis en avant car l'auteur du dommage qui a pris les précautions exigées par la loi pourra très facilement ne pas être retenu pour responsable des dommages causés<sup>138</sup>, la faute n'étant pas établie. C'est pourquoi, la victime potentielle serait obligée de se prémunir contre ce risque en contractant une assurance dommage. Ce système, s'il a avantage de correspondre à l'idée de responsabilité telle que prévue par l'article 1382 du code civil<sup>139</sup>, présente cependant l'inconvénient de ne pouvoir répondre à l'analyse économique du droit de la responsabilité basée essentiellement sur l'impératif de la réparation. Pour maximiser les chances d'indemnisation de la victime, seul le système de la responsabilité objective paraît approprié parce qu'il offre l'avantage de sa simplicité. La victime du dommage assurée d'être toujours indemnisée<sup>140</sup>, ne sera plus tenue de prendre une assurance contre

---

<sup>137</sup> FAURE (M.), « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 143.

<sup>138</sup> FAURE (M.), *op. cit.*, p. 114.

<sup>139</sup> VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1995,

<sup>140</sup> A moins d'avoir commis une faute inexcusable cause exclusive de l'accident.

les accidents. Ce système d'assurance de responsabilité obligatoire imposé à toute personne qui met en circulation un véhicule terrestre à moteur permet donc à celui-ci de se prémunir contre une éventuelle insolvabilité dommageable à la victime.

53. C'est donc dire que contrairement aux autres règles d'ordre public communautaire qui trouvent leur fondement dans le souci sans cesse croissant de protéger une des parties au contrat, le contrat d'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur répond à une autre philosophie. Il trouve son fondement directement dans la politique contemporaine d'Etat-providence<sup>141</sup>. L'Etat moderne croit être dans son rôle non seulement d'assister les individus socialement<sup>142</sup>, mais aussi de veiller à ce que l'individu puisse défendre librement ses propres intérêts. Or, si cette liberté est délaissée aux individus, ceux-ci peuvent aller jusqu'à négliger de les défendre eux-mêmes<sup>143</sup>. C'est ici que se trouve l'intérêt d'une obligation d'assurance.

54. En effet, l'assurance automobile est un contrat d'utilité sociale à plus d'un titre. D'une part, elle permet aux victimes d'obtenir une indemnisation du préjudice qui leur a été causé par le véhicule. C'est pourquoi, la victime a une action directe contre l'assureur. D'autre part, elle protège l'assuré qui risque de se ruiner par un dommage trop élevé par rapport à son patrimoine. Il a en effet été noté que beaucoup de gens n'établissent pas une analyse coûts-avantages appropriée pour leur permettre de dégager les avantages possibles de l'assurance de responsabilité ; ce qui est rendu possible par une sous estimation du risque et contribue dès lors à la mauvaise décision de ne pas prendre une assurance de responsabilité<sup>144</sup>. La prévoyance de l'Etat comble donc l'éventuelle imprévoyance de ceux qui sont

---

<sup>141</sup> Le terme Etat providence a d'abord été employé de manière péjorative pour signifier l'attitude qui consiste pour l'Etat à prendre les individus en charge et les assister. L'expression signifie donc littéralement que l'Etat devient la Providence, c'est-à-dire « *cet ordre inflexible qui se substituer au libre arbitre humain et rend de ce fait l'individu mou et sans mobile pour agir* ». CASTEL (R.), Les métamorphoses de la question sociale, Fayard, 1995, cité par MEDA (D.), « Redéfinir les rapports entre l'Etat et le social », in L'Etat à l'épreuve du social, Syllepse, 1998, p. 54.

<sup>142</sup> MEDA (D.), op. cit., p. 55.

<sup>143</sup> LARROUMET (Ch.), Droit civil, Les Obligations, Le contrat, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 129.

<sup>144</sup> FAURE (M.), op. cit., p. 146.

soumis à la réalisation du risque. Par l'assurance obligatoire, les autorités étatiques mettent en place un système d'indemnisation purement objectif, qui met les éventuelles victimes à l'abri de la complexité du droit commun de la responsabilité<sup>145</sup>, en leur assurant une indemnisation systématique indépendamment de toute considération de faute qui était du reste difficile à établir<sup>146</sup>.

55. Mais cette intervention de l'Etat n'est pas unanimement appréciée dans la doctrine moderne. Si la politique d'Etat providence elle-même n'a pas fait que des admirateurs, l'assurance obligatoire soulève chez certains auteurs de nombreuses inquiétudes sur la place de l'individu dans la société contemporaine. Pour M. Leroy-Beaulieu, cette politique est la plus propice à la mort de l'individu et de son dynamisme : *« fut-il préférable, avec beaucoup moins de sacrifices, un système d'assurances obligatoires contre la vieillesse et l'invalidité nous paraît devoir repousser l'individu au nom des véritables intérêts sociaux. La civilisation occidentale a dû tout son essor à la vigueur de l'individu, à l'esprit d'initiative, de hardiesse, en même temps de prévoyance et de capitalisation. Ces qualités, tout le système d'Etat tend à les comprimer d'abord. L'individu n'aura plus à prendre souci de lui-même, ni la famille d'elle-même. Nous considérons ce système comme détestable, propre à transformer en perpétuels enfants, en êtres engourdis et somnolents les*

---

<sup>145</sup> V. par ex. l'article 226 du code CIMA aux termes duquel, *« Les victimes, y compris les conducteurs ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 225 »* et l'article 228 alinéa 1<sup>er</sup> qui dispose que *« Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception des cas où elles ont volontairement recherché les dommages subis »*

<sup>146</sup> Même s'il est vrai finalement que le droit spécial d'indemnisation des victimes des accidents de la circulation a du mal à se séparer définitivement du droit civil de la responsabilité. En effet, la Cour de cassation fait désormais recours à la notion de faute en la matière : *« lorsqu'un véhicule terrestre à moteur est seul impliqué dans un accident de la circulation, le conducteur, s'il n'en est pas le gardien, a droit, de la part de celui-ci, à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, directement ou par ricochet, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son dommage »* (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 2 juill. 1997, D. 1998, Somm., p. 203). Elle s'attelle ainsi à améliorer le sort du conducteur du véhicule ou plutôt à élargir le nombre des bénéficiaires car le gardien tenu de réparer le préjudice subi par le conducteur sera substitué dans ce rôle par l'assureur. C'est également cette solution qui est prévue à l'article 227 alinéa 1<sup>er</sup> du code CIMA. Ce qui se justifie par le fait que les conducteurs sont ceux-là mêmes qui créent le risque parce qu'ils exercent l'influence la plus directe sur la réalisation du dommage (ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), CIMA, Droit des assurances, coll. Dr. Uniforme Africain, A.U.F., 2002, n° 1085).



*membres des nations civilisées* »<sup>147</sup>. La critique est sans aucun doute fondée dans une société où l'Etat cherche à tout institutionnaliser et à résoudre toutes les difficultés que peuvent rencontrer toutes les couches de la population. Malgré ce risque qui est pour le moins réel, la critique paraît exagérée. Considérer que l'Etat prend trop de place et nuit au développement des corps intermédiaires n'est-ce pas ignorer l'idée de l'Etat et confondre sa genèse?<sup>148</sup>

56. En effet, comment l'Etat pourrait-il désister sans provoquer sa propre ruine à un moment où on assiste d'une part à une recrudescence des victimes d'accidents de la circulation et par conséquent à l'importance des indemnisations et, d'autre part, aux difficultés auxquelles sont confrontés certains automobilistes qui ne trouvent pas d'assureurs acceptant de les assurer ? L'assurance par la technique de la solidarité confère la sécurité individuelle qui crée, par répercussion, un intérêt général et social<sup>149</sup>. Les nouvelles règles d'indemnisation contenues dans le code CIMA ont été conçues pour réagir contre les « *conséquences désastreuses* » qui étaient résultées, dans le passé, d'une application extrêmement généreuse des règles du droit commun de la responsabilité et des assurances, ce qui avait entraîné la débâcle de ce secteur économique à la fin des années 1980<sup>150</sup>.

Cependant, bien que l'assurance obligatoire présente un intérêt socio-économique certain, il serait souhaitable, pour que l'individu ne se sente pas trop compressé par l'appareil étatique, que le domaine d'application de l'assurance obligatoire soit bien délimité aussi bien en ce qui concerne les personnes soumises à l'assurance obligatoire que les véhicules qui doivent être assurés.

---

<sup>147</sup> Cité par MEDA (D.), op. cit., p. 54.

<sup>148</sup> ROZENBLATT (P.), « Figures de l'Etat et légitimation des représentations du temps du travail : une lecture de 30 ans de confrontation », in L'Etat à l'épreuve du social, Syllepse, 1998, pp. 66 à 78.

<sup>149</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 974.

<sup>150</sup> ISSA SAYEGH (J.), « Nature et régime juridiques des règles d'indemnisation des victimes d'accidents causés par des véhicules terrestres à moteur (articles 225 à 277 du code CIMA) », Penant, n° 830, mai-août 1999, p. 160, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com) référence : Ohadata-D-03-04.

## B – LA DIFFICILE DETERMINATION DU DOMAINE DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

57. L'article 200 alinéa 1<sup>er</sup> du code CIMA dispose : « *Toute personne physique ou toute personne morale autre que l'Etat, au sens du droit interne, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques et semi-remorques doit, pour faire circuler lesdits véhicules, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité, dans les conditions fixées par le présent code* ». A la lecture de cette disposition, on peut noter de prime à bord que l'objectif des auteurs du code CIMA est de garantir le droit à indemnisation des éventuelles victimes des accidents dans lesquels serait impliqué un véhicule terrestre à moteur.

La définition du domaine d'application est ainsi influencée par ce souci d'indemniser autant que faire se peut les victimes. C'est ainsi que du point de vue *ratione personae*, l'assurance obligatoire ne pèse pas exclusivement sur le propriétaire (1) alors que matériellement, on a opté pour une conception large de la notion de véhicule terrestre à moteur (2).

### 1 – L'obligation d'assurance quant aux personnes

58. Aux termes de l'article 200 du code CIMA, l'obligation d'assurer un véhicule terrestre à moteur pèse en premier lieu sur le propriétaire du véhicule. Il est par hypothèse menacé par le risque d'accident de la circulation soit dans sa personne, soit dans son patrimoine. Cette obligation pèse au même titre sur le gardien du véhicule ou sur tout conducteur autorisé. Toutefois, la conclusion du contrat d'assurance par le propriétaire emporte l'exécution de l'obligation d'assurance à l'égard du gardien ou de tout conducteur autorisé<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 976.

L'article 201 du code CIMA étend cette obligation d'assurance aux garagistes et personnes pratiquant habituellement la vente, la réparation ou le contrôle du bon fonctionnement de l'automobile. Ils sont tenus de s'assurer pour leur propre responsabilité, celles des personnes travaillant dans leur exploitation et celles des personnes ayant la garde ou la conduite du véhicule avec leur autorisation. C'est une assurance professionnelle pour la responsabilité civile pouvant résulter de l'utilisation des véhicules qui leur sont confiés<sup>152</sup>. On note là une volonté des rédacteurs du code des assurances africain d'étendre le domaine *ratione personae* de l'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur. Cette extension profite en effet aux potentiels victimes d'un accident de la circulation dans lequel serait impliqué un véhicule terrestre à moteur.

59. En dépit de cette volonté d'extension de l'obligation d'assurance dans l'espace CIMA, l'Etat n'est pas toujours soumis à cette obligation d'assurance. Il s'agit de l'Etat au sens strict à l'exclusion des collectivités territoriales décentralisées et des établissements publics quelle que soit leur forme. Cette limitation à l'Etat est un moyen de renforcer la protection des éventuelles victimes car les collectivités publiques ainsi que les établissements publics nationaux ne disposent pas toujours des ressources suffisantes pour faire face à des éventuelles indemnisations. L'Etat quant à lui est considéré comme son propre assureur. Par conséquent, l'article 231 lui fait obligation de faire une offre d'indemnité à la victime d'un accident dans lequel serait impliqué un véhicule administratif.

60. La souscription du contrat d'assurance par le propriétaire, le conducteur ou le gardien autorisé ne profite cependant pas à ceux-ci seulement. Certaines personnes sans être tenues de souscrire une assurance de responsabilité peuvent cependant être couvertes par celle-ci du moment où elles ont d'une manière ou d'une autre contribué à la réalisation du dommage.

---

<sup>152</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 977.

Dans un souci d'efficacité de la législation, l'article 200 alinéa 2 contrairement au droit antérieur considère comme personne assurée, le conducteur qui ne justifie d'aucune autorisation. Autrement dit, même le voleur est couvert par l'assurance souscrite par le propriétaire du véhicule. De prime abord ceci peut paraître difficile à comprendre. Certainement cette disposition vise à protéger les victimes d'un accident causé par le voleur du véhicule. C'est pourquoi l'alinéa 3 du même article permet à l'assureur de se subroger dans les droits du créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident lorsque la garde ou la conduite a été obtenue à l'insu ou contre le gré du propriétaire. Mais tout porte à croire que ce recours sera très souvent inutile car le voleur sera rarement solvable.

**61.** Contrairement au conducteur ou gardien non autorisés, les passagers du véhicule bénéficient de l'assurance au même titre que le souscripteur. Aucune action récursoire ne peut être exercée contre eux. Cette assurance couvre notamment les dommages que les passagers peuvent commettre entre eux par leur maladresse soit à d'autres passagers, soit aux tiers à l'extérieur du véhicule<sup>153</sup>. Cette extension de l'assurance permet d'éviter que l'assureur ne brandisse le fait de certains passagers du véhicule pour limiter sa responsabilité en cas de survenance d'un accident<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> L'article 274 alinéa 2 du code renforce d'ailleurs cette protection des victimes en disposant qu'en cas de pluralités d'auteurs, la part non acquittée par un coauteur non assuré et insolvable est supportée par les assureurs.

<sup>154</sup> Les auteurs du code CIMA ont remodelé les règles du droit commun de la responsabilité civile en matière d'exonération. En effet, la force majeure et le fait d'un tiers ne peuvent plus être opposés à la victime et l'incidence de la faute de la victime sur son droit à indemnisation est considérablement atténuée. Par exemple, le conducteur même fautif, ne supporte que la moitié des dommages corporels et matériels qu'il a subis et en cas de son décès, ses ayants droit ne peuvent obtenir de l'assureur une indemnisation plus importante que ce dont il aurait eu droit. Ce qui rapproche cette assurance obligatoire, qui est une assurance de responsabilité, à une assurance de personne. Dans une assurance de responsabilité de droit commun, le bénéficiaire, c'est-à-dire la victime indemnisable ne peut être le souscripteur (MAZEAUD (D.), « L'action en réparation du conducteur d'un véhicule terrestre à moteur contre le gardien de celui-ci », D. 1998, Somm., p. 203). Celui-ci conclut le contrat pour couvrir les indemnités qu'il peut être tenu à verser à une tierce personne à la suite de sa faute. C'est donc le tiers victime qui est le bénéficiaire de l'assurance. Peut être est-ce un moyen de compenser les maigres indemnisations qui sont désormais allouées aux victimes ? Dans ce sens, voir ISSA SAYEG (J.), op. cit., p. 610 ; VINEY (G.), Introduction à la responsabilité, op. cit., n° 62 à 66.

En tout cas, ce système de responsabilité objective est préférable car le sort des tiers victimes et même des gardiens et conducteurs est ici en nette amélioration. La jurisprudence gabonaise décidait de manière constante à propos des accidents de la circulation que

Le souci du législateur du droit communautaire des assurances de soumettre un grand nombre de personnes à l'obligation d'assurance est donc constant dans le code CIMA. Ce qui permet de garantir le droit à réparation d'un nombre aussi important de victimes d'accident de la circulation. Un effet bénéfique qui peut aussi être atteint si le domaine *rationae materiae* de cette assurance est bien déterminé.

## 2 – L'obligation d'assurance quant aux véhicules

62. L'article 225 du code CIMA dispose que : « *les dispositions du présent code s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident causé par un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques et semi-remorques* ». L'assurance obligatoire est donc applicable non seulement aux véhicules terrestres à moteur *stricto sensu*, mais aussi aux engins qui y sont attelés que ce soit en vertu d'un contrat de transport ou non. L'objectif du code est de soumettre un grand nombre d'objets pouvant être la cause d'un accident à l'assurance obligatoire. Mais encore faut-il savoir ce qu'on entend par véhicule terrestre à moteur. En l'absence d'une définition donnée par le code CIMA, on peut se référer à la définition retenue en droit français et selon laquelle le véhicule terrestre à moteur est « *tout engin ayant une force motrice, apte au transport des personnes ou des choses et évoluant sur le sol* »<sup>155</sup>. Ce qui renvoie à tout engin

---

« *Attendu que l'auteur d'un fait dommageable s'exonère de sa responsabilité s'il est établi que la réalisation du dommage est due à l'existence d'un cas fortuit, de la force majeure ou de la faute exclusive de la victime ; (...) Que tel est bien le cas en l'espèce qu'il échet de débouter les requérants de leurs demandes, fins et conclusions* » ( Ch. Jud. de la CS de Libreville, siégeant comme cour d'appel, A. du 21 jan. 1985, aff. NKENE ONDO Pauline et consorts c/ PAMBO François, SOTRAL, et Assurances Conseils Gabonais, inédit). De ce fait, la jurisprudence renvoyait de nombreuses victimes sans aucune indemnisation. Dans le même sens voir, CS de Libreville, ch. Jud., A. du 07 juin 1990, aff. Mutuelle Gabonaise d'Assurance c/ SONADIG, inédit ; qui réaffirme « *Attendu qu'il est de principe fondamental en droit, le gardien du véhicule à l'encontre duquel pèse la présomption de responsabilité de l'article 1384 du code civil doit pour s'exonérer prouver la présence du tiers et le fait fautif de celui-ci* ».

<sup>155</sup> CHABAS (F.), Les accidents de la circulation, Dalloz, coll. Connaissance du droit des affaires, 1992, n° 131 ; VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 988 ; JOURDAIN, note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4

quel que soit le nombre de roues, se déplaçant grâce à un moteur, indifféremment du mode d'énergie utilisée<sup>156</sup>. Sont ainsi regroupés dans la catégorie de véhicules terrestres à moteur, les machines agricoles, les tracteurs voire les engins de chantier. Ne peuvent cependant être considérés comme des véhicules terrestres à moteur, la bicyclette, parce qu'elle n'est pas pourvue d'un moteur, ainsi que les moyens de transports maritimes, fluviaux, aériens et ferroviaires qui ne sont pas de véhicules terrestres.

63. Mais cette liste est loin d'être exhaustive. Certains auteurs ont inclus parmi les véhicules terrestres à moteur les tondeuses à gazon<sup>157</sup>. Toutefois, il convient de nuancer les propos à ce sujet. En effet, il serait superflu de qualifier cet engin de véhicule terrestre à moteur alors qu'on le pousse pour son déplacement. Il ne peut porter ni une personne, ni une chose. Par contre, si la tondeuse à gazon est auto porteuse ou si on peut la manipuler par la manche, elle pourrait répondre à cette qualification<sup>158</sup>. La qualification d'un objet de « *véhicule* » nécessite en effet que l'engin soit apte à la circulation et permette effectivement le transport d'au moins son conducteur<sup>159</sup>.

Cette extension de la notion de véhicule terrestre à moteur si elle permet de garantir le droit à réparation des éventuelles victimes, conduit aussi à une insécurité juridique. Il n'est plus en effet facile de savoir si l'objet qu'on détient doit être assuré obligatoirement ou non. Pour preuve, cette décision de la Cour de cassation française qui refuse de soumettre à l'obligation d'assurance une voiturette électrique évoluant dans un manège. La voiture en miniature en question qui était réservée aux enfants en dessous de cinq ans a été assimilée à un jouet<sup>160</sup>. Ce qui est du reste contestable au regard de l'extension dont a fait l'objet la notion de véhicule terrestre à

---

mars 1998, R.T.D.Civ., 1998, p. 693 ; LUCAS-GALLAY (I.), La notion de véhicule terrestre à moteur, Gaz. Pal., 30 octobre 1997.

<sup>156</sup> Y sont cependant exclus les engins se déplaçant sur le chemin de fer.

<sup>157</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 976.

<sup>158</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 mars 1996, Bull. civ., II, n° 76.

<sup>159</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 988.

<sup>160</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 mars 1998, précité.

moteur dans la jurisprudence. Comment comprendre que les engins agricoles, les engins de chantiers, les engins de damage de piste de ski ou encore les scooters de neige soient assimilés aux véhicules terrestres à moteur et que les voitures pour enfants équipées d'un moteur et qui permettent le transport de leur conducteur en soient exclues ?

64. Le domaine d'application *ratione materiae* de l'assurance obligatoire n'est donc pas bien défini. Ce qui laisse les sujets de droit dans l'incertitude quant à la limite exacte de leur liberté contractuelle, ou plutôt de leur liberté d'entreprendre car le contrat obligatoire limite dans une certaine mesure les facultés de prévision de l'individu. Mais cette atteinte à la liberté contractuelle est moins grave car, obligé de contracter, l'individu retrouve sa liberté quant au choix de son cocontractant<sup>161</sup>. Ce qui n'est pas toujours le cas lorsque les règles d'ordre public communautaire imposent à celui qui veut contracter un partenaire contractuel contre son gré.

## **Paragraphe 2 : Les cocontractants imposés**

65. Très souvent, les règles d'ordre public communautaire n'imposent pas la conclusion d'un contrat précis. C'est dire que la liberté de ne pas contracter est généralement maintenue. Il est toutefois des situations où la liberté pour les contractants de choisir leurs cocontractants sera soit limitée, soit entièrement supprimée. La limitation de la liberté contractuelle suppose qu'on déclare illicite d'opposer un refus à un contractant éventuel pour un quelconque motif<sup>162</sup>. Il en est ainsi des cas où la loi sanctionne toute attitude discriminatoire à l'égard d'une personne, que ce soit pour sa race, son sexe, ses opinions politiques ou pour son appartenance syndicale. Est donc illicite et par conséquent sanctionné, le refus d'embaucher un salarié à cause de son appartenance ethnique, de son sexe ou de sa religion.

---

<sup>161</sup> LESAGE (F.), « La place du droit commun des contrats et du droit des assurances dans les assurances obligatoires », *Rev. Gén. Dr. Ass.*, n°4, 2002, p. 875.

<sup>162</sup> FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n° 134.

66. Par contre, la suppression de la liberté de choisir son cocontractant suppose que les règles d'ordre public soient plus contraignantes. Il en est ainsi notamment lorsqu'elles imposent un partenaire contractuel à une personne qui veut contracter. Les dispositions qui vont dans ce sens sont légion en droit communautaire et méritent de ce fait qu'on s'y attarde. En effet, dans certaines hypothèses, le partenaire contractuel est imposé dès la formation du rapport contractuel (A). Dans d'autres hypothèses, l'attribution d'un partenaire contractuel est circonstancielle et requise pour la poursuite des relations contractuelles (B).

## A - LE COCONTRACTANT IMPOSE DES LA FORMATION DU RAPPORT CONTRACTUEL

67. La liberté de choisir son cocontractant est parfois atteinte dès la formation du rapport contractuel. L'intervention du législateur en amont du contrat répond toujours aux préoccupations de développement de l'ordre public économique et de l'ordre social<sup>163</sup>. Il est question de faciliter à une personne déterminée ou déterminable la conclusion d'un contrat même contre la volonté de l'offrant. La personne qui désire conclure un contrat se voit proposer obligatoirement la personne de son cocontractant sans qu'elle n'ait la possibilité de s'y opposer. Tel est notamment le cas lorsqu'une personne bénéficie d'un droit de préemption sur une chose déterminée (1) ou est titulaire d'un droit de surenchère (2). A ces deux hypothèses, il faut ajouter la prohibition du refus de vente qui, bien que non expressément prévue en droit communautaire de la concurrence, peut toujours être brandie dans certaines circonstances pour atténuer la liberté de choisir son cocontractant (3).

### 1- Le droit de préemption

68. Le droit de préemption est un droit subjectif en vertu duquel le titulaire peut exiger d'une personne ayant fait un appel d'offre la conclusion

---

<sup>163</sup> BARRET (O.), « Variations autour du refus de contracter », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 4, n° 3.



du contrat à l'exclusion de toute autre personne. C'est l'article 37 de la loi du 31 décembre 1921 portant fixation du budget général de l'exercice 1922<sup>164</sup> qui institua ce droit pour la première fois en faveur de l'Etat sur la vente des œuvres d'art par l'effet duquel il se trouva subrogé à l'adjudicataire.

Le droit de préemption a par la suite connu une véritable expansion en droit français. C'est ainsi que la loi française n° 76-1286 du 31 décembre 1976 l'a institué en faveur des indivisaires en cas de vente d'une part du bien indivis<sup>165</sup>. L'objectif poursuivi était d'éviter l'intrusion des tiers dans la copropriété. Auparavant, un droit de préemption avait été reconnu aux locataires ou occupants de bonne foi des locaux à usage d'habitation, ou à usage mixte d'habitation et professionnel<sup>166</sup>. Le bailleur de ces locaux qui veut procéder à la vente de son bien doit notifier à chaque locataire les conditions de la vente projetée pour le local qu'il occupe et cette information vaut offre de vente au profit de son destinataire. Si la vente est conclue au profit d'un tiers en violation du droit du locataire ou de l'occupant de bonne foi, celui-ci peut dans un certain délai déclarer se substituer à l'acquéreur<sup>167</sup>. De même, si le locataire décline l'offre et que le local est vendu à des conditions plus avantageuses que celles qui lui avaient été proposées, il peut dans un délai de trois mois à compter de la notification du contrat de vente, déclarer se substituer à l'acquéreur<sup>168</sup>.

**69.** Ce droit de préemption est une manifestation de la politique sociale de l'Etat dont l'objectif est de procurer un logement aux citoyens de classe

---

<sup>164</sup> DP, 1923, 4, p. 41.

<sup>165</sup> Art. 815-14 et 15 du code civil dans la version applicable en France actuellement. Cette loi n'est pas applicable dans le territoire camerounais. Mais il reste que selon l'article 813 du code civil, tout acte de disposition d'une part de bien indivis requiert le consentement de tous les indivisaires. Encoure donc la nullité, la vente d'un immeuble indivis conclue à l'insu des co-indivisaires (CA de Libreville, Arrêt du 14 janvier 2005, aff. Ango Mendome Eugène c/ Zambou Louis, inédit).

<sup>166</sup> Art. 10 (1) de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation.

<sup>167</sup> SAINT-ALARY (R.), « Le droit à l'habitat et les nouvelles relations entre propriétaires et locataires (loi n°82-526 du 22 juin 1982) », D.1982, Chron. p. 246.

<sup>168</sup> GRIDEL (J.-P.), « L'ordre public du bail d'habitation après la loi du 22 juin 1982 », D.1982, Chron., p. 301 et ss.

moyenne<sup>169</sup>. En accordant à chaque occupant le droit de priorité lors de la vente de la partie de l'immeuble qu'il occupe, l'Etat empêche que les sociétés immobilières économiquement plus fortes n'acquièrent la quasi-totalité des immeubles d'habitation, ce qui pourrait être dommageable pour les citoyens condamnés à rester éternellement locataires. Il s'agit là d'une véritable consécration du droit à la stabilité du logement<sup>170</sup>.

70. Nonobstant ces avantages, le droit communautaire OHADA n'a pas prévu un droit de préemption en faveur des locataires des immeubles à usage commercial. Le bailleur peut vendre l'immeuble loué à l'acquéreur de son choix sans avoir à informer le preneur. La seule protection du preneur se trouve dans l'obligation faite au nouvel acquéreur de poursuivre le contrat de bail en cours dans les termes convenus dans le contrat initial<sup>171</sup>.

71. Mais un droit de préemption est reconnu au preneur à bail commercial dans des circonstances différentes. En effet, dans le cadre du droit au renouvellement du bail commercial, la possibilité est offerte au bailleur de s'opposer à la demande de renouvellement du preneur dans deux hypothèses : d'une part, s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur sortant, et d'autre part, s'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués en vue de les reconstruire<sup>172</sup>. Dans cette dernière hypothèse, si les mêmes locaux sont remis à bail après reconstruction, le locataire ayant été mis en congé a un droit de priorité conformément à l'article 95 alinéa 3 de l'AUDCG. Il s'agit bel et bien d'un droit de préemption car le non renouvellement du contrat de bail entraîne la résiliation dudit contrat. Il n'y a pas une simple suspension de la relation contractuelle puisque la loi ne fait aucune obligation au bailleur de laisser les mêmes locaux au

---

<sup>169</sup> Le droit au logement est d'ailleurs reconnu comme un droit de l'Homme appartenant à la catégorie des droits sociaux, c'est-à-dire qu'il implique une prestation positive de la part de l'Etat ou des personnes privées contraintes par la loi de la fournir. V., SAINT-ALARY (R.), op. cit., p. 241.

<sup>170</sup> SAINT-ALARY (R.), op. et loc. cit.

<sup>171</sup> Infra, n° 86 et ss.

<sup>172</sup> Art. 95 al. 1<sup>er</sup> de l'AUDCG.

même preneur et dans les conditions antérieures. L'article 95 alinéa 3 parle de la conclusion d'un nouveau bail.

72. Toutefois, ce droit de préemption répond à un régime différent de celui institué en faveur des locataires des immeubles d'habitation en vigueur en France. En effet, aux termes du dernier alinéa de l'article 95 de l'AUDCG, « *si les locaux reconstruits ont une destination différente de celle des locaux objet du bail, ou s'il n'est offert au preneur un bail dans les nouveaux locaux, le bailleur devra verser au preneur une indemnité d'éviction prévue à l'article 94 ci-dessus* ». La sanction de ce droit de préemption est donc une indemnité d'éviction et non un bail forcé.

73. Le régime juridique de ce droit de préemption s'apparente ainsi sans toutefois se confondre au droit de préemption conventionnel<sup>173</sup>. En effet, une jurisprudence décide que les clauses de préemption stipulées dans un pacte d'actionnaires ont pour limite les dispositions de l'article 1142 du code civil selon lesquelles, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »<sup>174</sup>. Ces clauses de préemption ne peuvent avoir pour conséquence d'annuler une cession de titre faite en leur mépris. Lorsque le débiteur ne respecte pas son engagement, la sanction ne peut être que l'octroi des dommages-intérêts après que le créancier ait prouvé qu'il a subi un préjudice du fait de l'inexécution<sup>175</sup>. Si dans les deux hypothèses la sanction se résout en terme numéraire, en matière de renouvellement du bail commercial la sanction est plus importante et constitue une véritable limite à la liberté contractuelle. Le paiement de l'indemnité d'éviction se fait sans aucune autre formalité et le

---

<sup>173</sup> Il y a lieu de rappeler que les parties à un contrat sont libres de prévoir un droit de préemption en faveur d'un contractant. Ce droit ayant une source conventionnelle, ne peut être considéré comme une atteinte à la liberté contractuelle. V. Cass. com., 17 fév. 1960, Bull. civ., III, n° 68 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 juil. 2000, Bull. civ., III, n° 138, p. 95, P.A., 19 oct. 2001, n° 209, note Tixier.

<sup>174</sup> Cass. com., 26 avr. 1994, Bull. Joly, 1994, 813 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, J.C.P., éd. N., 1995, p. 31, note D. Mazeaud.

<sup>175</sup> Cependant, en vertu de la maxime « *fraus omnia corrumpit* », ladite cession peut être annulée si l'acquéreur était de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissait l'existence de la clause de préemption. V., BERTREL (J.-P.), « Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », R.T.D.Com., 1996, p. 609.

montant qui peut être estimé par le bailleur, est sans aucun doute assez persuasif pour ce dernier. Le droit de préemption dont bénéficie le preneur à bail a donc *a priori* le même résultat que celui prévu pour les occupants des immeubles à usage d'habitation : c'est la limitation du choix du cocontractant de la personne qui entend vendre le bien dont elle est le propriétaire. L'exigence d'une indemnité d'éviction peut avoir une force persuasive qui oblige le bailleur à contracter directement avec le titulaire du droit de préemption. La même force de persuasion peut influencer mais à un degré moindre le vendeur d'un bien sur lequel certains peuvent faire prévaloir leur droit de surenchère.

## **2- Le droit de surenchère**

74. Le droit de surenchère est un droit connu depuis le code civil à propos des contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou des droits réels immobiliers. L'article 2185 du code civil dispose en substance qu'après la notification de la vente de l'immeuble ou d'un droit réel immobilier, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques à charge pour lui de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire<sup>176</sup>.

L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sûretés a institué ce droit en cas de vente d'un fonds de commerce en faveur des créanciers ayant inscrit une sûreté sur ce fonds. L'article 88 de cet Acte uniforme dispose en effet que « *Les créanciers ont un droit de surenchère qu'ils exercent conformément aux dispositions prévues pour la vente du fonds de commerce* ». La valeur de la surenchère est mentionnée à l'article 131 paragraphe 1<sup>er</sup> de l'AUDCG qui prévoit que « *tout créancier ayant inscrit un privilège ou un nantissement, ou ayant régulièrement fait opposition peut, dans le mois de la publication de la vente dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, former une surenchère du sixième du prix global du fonds de commerce figurant à l'acte*

---

<sup>176</sup> Texte issu de l'article 23 de la loi du 17 mars 1909.

de vente ». Contrairement au code civil, le droit OHADA reconnaît le droit de surenchère à tous les créanciers, même chirographaires<sup>177</sup>. Mais si le montant de la surenchère révisé à la hausse est le même pour tous les créanciers, les créanciers chirographaires doivent faire opposition avant de surenchérir alors que les créanciers inscrits peuvent juste agir dans le mois de la publication de la vente dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

75. La surenchère anéantit rétroactivement les droits de l'acquéreur. Mais cet effet rétroactif est sans influence sur les actes d'administration et de jouissance exercés ou passés par l'acquéreur surenchéri, du moins lorsque aucune fraude n'a été constatée. L'acquéreur surenchéri conserve les fruits qu'il a perçus durant sa possession<sup>178</sup>. Le droit de surenchère se distingue ainsi nettement du droit de préemption.

Il n'est pas dicté par un souci d'imposer un cocontractant précis au vendeur du fonds de commerce. Il s'agit d'un moyen de donner la chance à celui dont la créance a été garantie par le fonds de commerce d'attribuer à ce fonds un prix qui pourrait combler sa créance. Ce faisant, il pourrait vaincre une fraude du vendeur indélicat. Ceci est d'autant plus vrai qu'il n'est pas nécessaire que ce soit le surenchérisseur qui propose la surenchère et que dans tous les cas, la vente se fera aux enchères publiques et le fonds attribué au plus offrant.

76. En somme, la liberté du vendeur du fonds de commerce est limitée quant au choix de la personne de l'acheteur lorsque le cessionnaire est débiteur, ceci que les sûretés grèvent ou non le bien. Mais le droit de surenchère n'a pas la même vigueur que le droit de préemption. Le droit de préemption individualise la personne du cocontractant. Les effets du droit de surenchère se rapprochent ainsi des interdictions faites en matière de concurrence et qui ont pour finalité d'imposer un cocontractant à la personne qui fait une offre de contracter tel que le refus de vente.

---

<sup>177</sup> ANOUKAHA (F.) et al., OHADA, Sûretés, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Juriscope, 2002, n° 332.

<sup>178</sup> Cass. civ., 18 novembre 1924, DP, 1925, I, p. 25, note MATTER.

### 3- Le refus de vente

77. L'interdiction du refus de vente est, dit-on, l'une des manifestations du dirigisme contractuel contemporain<sup>179</sup>. La prohibition du refus de vente consiste à interdire à une personne qui fait une offre, de refuser de contracter avec une autre personne qui se présente et accepte les conditions contenues dans l'offre<sup>180</sup>. C'est donc une obligation faite à l'offrant de contracter avec quiconque accepte les conditions de l'offre. L'interdiction du refus de contracter ne concerne pas l'hypothèse où l'une des parties à la suite des négociations se rendrait compte de l'inutilité de l'opération contractuelle pour elle ou de son insuffisance à répondre à ses attentes économiques tel qu'elle avait pensé. Elle est destinée plutôt à sanctionner le caractère subjectif du refus. La réglementation sur le refus de contracter concerne donc les hypothèses dans lesquelles le refus opposé ne peut être justifié que par une récusation du cocontractant<sup>181</sup>. En droit camerounais de la consommation, l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 7 mars 1991 définit le refus de vente comme « *le fait pour tout producteur, industriel, commerçant et artisan de refuser de satisfaire dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux prévus par la réglementation en vigueur, aux demandes des acheteurs des produits ou des prestations de services* ». Le refus de vente ou plus largement le refus de contracter qui peut concerner tant les biens que les services est une conséquence du mouvement

---

<sup>179</sup> BARRET (O.), op. cit., p. 3, n° 1 : « *Le refus de contracter participe immédiatement à la liberté contractuelle. Il en est même la manifestation première, car la liberté contractuelle tient, avant tout, dans la possibilité de conclure ou non le contrat* ». Rapp. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), op. cit., n° 123 qui considèrent que l'individu est « *libre de ne pas contracter. Nul contrat ne saurait se former sans que l'une et l'autre des parties l'aient voulu, et encore moins contre le gré de l'une d'elles* ».

<sup>180</sup> Il est retenu ici la démarche classique dans la formation des contrats même si de plus en plus, dans certains contrats, notamment en matière d'assurance, les rôles sont inversés entre l'offrant et l'accipiens. Dans le contrat d'assurance en effet, ce n'est pas le professionnel qui établit les conditions générales du contrat d'assurance qui est considéré comme offrant, mais au contraire le futur souscripteur qui se présente devant la compagnie pour solliciter un contrat d'assurance (BOUT (R.), « *Vices du consentement et droit du contrat d'assurance* », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 46). Dans ce cas alors, c'est l'accipiens qui pourra être sanctionné pour avoir refusé de contracter.

<sup>181</sup> Dans ce sens, BARRET (O.), op. cit., p. 6.

consommériste contemporain. Il a aussi été étendu aux relations entre professionnels lorsqu'il a comme conséquence d'entraver la concurrence sur un marché donné<sup>182</sup>.

78. Nonobstant cette affirmation récurrente, il y a lieu de signaler que le refus de contracter est aussi présent en droit commun des contrats et est même encadré par le juge judiciaire<sup>183</sup>. L'acceptation d'une offre précise faite sans réserve n'entraîne-t-elle pas *ipso facto* la formation du contrat ? Plus précisément, lorsque le pollicitant a fait une offre de contracter comprenant tous les éléments essentiels du contrat, celui-ci est lié par cette offre<sup>184</sup> une fois qu'un destinataire a accepté sans aucune modification son offre. Le contrat est formé du seul fait de la rencontre de l'offre et de l'acceptation<sup>185</sup>. La Cour de cassation rappelle d'ailleurs que « *l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée* »<sup>186</sup>. En d'autres termes, celui qui manifeste la volonté ferme de contracter n'a plus la possibilité de choisir la personne de son cocontractant dès lors que cette précision n'a pas été faite dans l'offre de contracter<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> DREIFUSS-NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des contrats », R.T.D.Civ., 1990, p. 390.

<sup>183</sup> POESY (R.), « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », P.A., n° 210, du 20 octobre 2000 ; BIOLAY (J.-J.), « Du principe de non discrimination dans les relations contractuelles », R.T.D.Civ., 1981, p. 465.

<sup>184</sup> Lorsque l'offre contient un délai, le pollicitant ne peut pas rétracter son offre avant l'expiration de celui-ci (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1968, Bull. civ., III, n°209). Lorsque l'offre ne contient aucun délai, le pollicitant est tenu de maintenir l'offre pendant un délai « *raisonnable* » (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1972, Bull. civ., III, n° 297 ; 20 mai 1992, D. 1993, 493, note G. Virassamy).

<sup>185</sup> Il y a lieu de rappeler que cette conception de l'offre est en voie d'être bouleversée. Alors que dans le code civil seule était considérée comme une offre un appel contenant tous les éléments du contrat et une acceptation le « *oui* » tout court, les nouvelles législations communautaires (droit de la vente commerciale OHADA et avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats) considèrent désormais comme une acceptation un simple accord sur les éléments essentiels du contrat. Par conséquent le « *oui, mais* » constitue désormais une acceptation d'une proposition d'offre et non plus une contre-offre nécessitant une nouvelle acceptation de l'offrant initial. Pour plus de détails, infra, n° 374.

<sup>186</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 nov. 1968, Bull. Civ., III, n° 507.

<sup>187</sup> L'on peut également rapprocher cette hypothèse de celle de la rupture abusive des pourparlers, donc du refus de contracter lorsque les négociations étaient déjà dans un état avancé. Sur la base de la responsabilité délictuelle, la Cour de cassation sanctionne l'abus, ou plutôt la mauvaise foi et l'incohérence de l'auteur de la rupture (BARRET (O.), op. cit., p. 8 et 9). C'est ainsi qu'est sanctionnée une rupture brutale, « *sans motif légitime* » des pourparlers après une longue période de négociations (Cass. com., 7 janv. 1997 et 22 avril 1997, D.

79. Mais comme la plupart des dispositions de droit commun, cette interdiction du refus de contracter à elle seule est insuffisante pour contrecarrer les pratiques des professionnels qui permettent aux premiers de s'accaparer de parts importantes de marché et nuisent aux consommateurs. Pour mettre hors d'état de nuire une *persona non grata*, il est en effet simple pour le professionnel d'inclure dans ses conditions générales qui tiennent lieu d'offre de contracter des dispositions excluant du champ contractuel celle-ci. D'où l'intervention du législateur avec des règles spéciales destinées à assurer la protection des intérêts de la partie faible dans le marché.

Dans cette optique, l'article 24 de la loi camerounaise n°90/031 du 10 août 1990 interdit aux professionnels de refuser à un consommateur, sauf motif légitime, la vente d'un produit ou la prestation d'un service dès lors que la demande du consommateur ne présente aucun caractère anormal par rapport aux pratiques habituelles du fournisseur et de ses biens<sup>188</sup>.

80. Le droit communautaire ne contient pas encore une disposition comparable à celle de l'article 24 de la loi n° 90/031 précité si ce n'est l'article 45 de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit de la vente aux consommateurs<sup>189</sup>. Il reste cependant que le droit des pratiques anticoncurrentielles communautaires peut permettre de contrôler cette pratique. En effet, le droit communautaire de la concurrence, tel qu'issu des

---

1998, p. 45, note P. Chauvel) ; de même, est approuvée la décision de la cour d'appel qui retient la « *mauvaise foi* » de l'auteur de la rupture des négociations, après avoir relevé « *d'un côté que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société était en droit de penser que les propriétaires étaient toujours disposés à lui céder leurs droits et, d'un autre côté, que les cédants avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec une société tierce et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société que 14 jours après la signature de celui-ci tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert comptable de la société retardait la signature de ce protocole* » (Cass. com., 26 nov. 2003, D. 2004, p. 869, note A.-S Dupré Dallemagne). Pour d'autres applications jurisprudentielles, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 avril 1976, Bull. civ., I, n° 122, Defrénois, 1977, art. 31434, n° 5, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com., 22 févr. 1994, Bull. civ., IV, n° 79, RJDA, 1994, n° 765, R.T.D.Civ., 1994, p. 849, obs. J. Mestre.

<sup>188</sup> Pour une étude approfondie de l'interdiction du refus de vente en droit camerounais, v. JIOGUE (G.), Introduction à l'étude du droit camerounais de la concurrence, thèse, Yaoundé, 1997, n° 194, p. 81 et ss.

<sup>189</sup> Infra, n° 245 et ss.



règlements de l'Union Economique de l'Afrique Centrale<sup>190</sup>, interdit les pratiques anticoncurrentielles collectives que sont les ententes, les abus de position dominante et les concentrations qui réduisent sensiblement la concurrence dans le marché communautaire<sup>191</sup>. En dépit de l'absence de la mention du refus de vente dans l'énumération des articles 3 (relatif aux accords et pratiques concertées interdits) et 16 (relatif aux pratiques interdites aux entreprises en situation de domination), il n'en demeure pas moins que cette pratique peut toujours être sanctionnée. En effet cette liste n'est qu'indicative et le Secrétaire Exécutif de la CEMAC, organe juridictionnel chargé de veiller au respect des règles de concurrence au niveau de la CEMAC<sup>192</sup>, est habilité à sanctionner toute pratique qui aurait pour effet de réduire de manière sensible la concurrence sur le marché commun<sup>193</sup>.

81. On peut songer notamment aux pratiques de boycott résultant d'une entente<sup>194</sup>. D'après l'ancienne commission française de la concurrence, le boycott « *consiste à s'entendre sans motifs légitimes pour refuser soit de fournir un client déterminé, soit de s'approvisionner auprès d'un fournisseur déterminé* »<sup>195</sup>. L'actuel conseil français de la concurrence n'hésite d'ailleurs pas à sanctionner indirectement le boycott lorsqu'il est établi qu'il a des incidences sur le marché en cause<sup>196</sup>. On peut également songer aux pratiques

---

<sup>190</sup> Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles ;  
Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres ;  
et le Règlement n° 12/05-UEAC-639-U-CM du 27 juin 2005 portant modification du Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles.

<sup>191</sup> Art. 2 Règlement n°1.

<sup>192</sup> Aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> du Règlement n° 12/05 précité, le Conseil Régional de la concurrence, chargé aux termes de l'article 17 du Règlement n° 1/99 de délibérer et d'arrêter les décisions en matière de répression des infractions, est remplacé dans ce rôle par le Secrétariat Exécutif de la CEMAC. Le Conseil Régional de la Concurrence subsiste mais en tant qu'un simple organe consultatif qui, aux termes du nouvel article 17, est chargé de donner les avis au Secrétariat Exécutif sur toutes les questions ou litiges concernant la concurrence dont il est saisi.

<sup>193</sup> V. infra, n° 158 et ss.

<sup>194</sup> POESY (R.), article précité.

<sup>195</sup> Rapport d'activité pour l'année 1980, P. 225.

<sup>196</sup> Cons. Conc., 15 mars 1988, audioprothèse, B.O. du 16 avril 1988 ; 7 nov. 1989, prothèses dentaires, B.O. du 9 mars 1989 ; 18 janv. 1994, pratiques constatées sur le marché de l'automobile, B.O. du 9 mars 1994 ; 14 fév. 1995, secteur des échographes, B.O. du 13 avr. 1995.

discriminatoires faites par une entreprise en position dominante qui peuvent résulter aussi bien de l'application des conditions inégales à des prestations équivalentes que du refus de contracter opposé à un partenaire<sup>197</sup>.

**82.** Le refus de vente bien que non interdit expressément par le droit communautaire, n'est donc pas à l'abri d'une sanction lorsqu'il est pratiqué entre professionnels<sup>198</sup>. Il faut veiller à ce que sous le couvert de la liberté de contracter ou de ne pas contracter, le refus de conclure un contrat ne fausse la compétition entre les différents acteurs économiques au préjudice des consommateurs, ni ne participe à une discrimination à l'égard d'une catégorie des personnes<sup>199</sup>. Le contrôle du refus de contracter peut permettre d'atteindre l'un des buts de la politique économique communautaire en l'occurrence, la promotion de la libre circulation des biens et des services avec son corollaire la libre concurrence<sup>200</sup>, sans perdre de vue que sur le plan national, il permet de protéger certaines valeurs républicaines que sont le droit à l'égalité et à la dignité des citoyens<sup>201</sup>. C'est du reste la solution admise en droit français au lendemain de la suppression du délit de refus de vente par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1997<sup>202</sup>.

**83.** L'entrée dans les relations contractuelles est ainsi étroitement réglementée par les dispositions d'ordre public communautaires auxquelles il faudra ajouter les dispositions de droit interne qui sont de plus en plus contraignantes pour les contractants. La manifestation du dirigisme contractuel n'est cependant pas limitée à la formation du rapport contractuel. Dans d'autres circonstances, le droit communautaire fait siens les

---

<sup>197</sup> V. infra, n° 138 et ss.

<sup>198</sup> GUERIN (H.) et DECOCQ (A.), « La simple barrière (délit de refus de vente et droit européen de la concurrence », J.C.P., 1983, I, 3108.

<sup>199</sup> BARRET (O.), op. cit., p. 6.

<sup>200</sup> La libre concurrence implique en effet que chacun doit pouvoir s'approvisionner auprès du fournisseur ou du prestataire de service de son choix, par conséquent, celui-ci ne peut sans contrevenir à la libre concurrence décliner l'offre de contracter qui lui est faite.

<sup>201</sup> BARRET (O.), op. cit., p. 6.

<sup>202</sup> POESY (R.), op. cit. ; DECOCQ (A.), « Sur l'abolition du délit civil de refus de vente », J.C.P., 1997, I, 3997. MAINGUY (D.), « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P., éd. E, 1998, p. 25.

mécanismes destinés à imposer un partenaire contractuel pour remplacer le cocontractant qui n'est plus en état de continuer une relation contractuelle.

## B - LE COCONTRACTANT IMPOSE POUR LA POURSUITE D'UNE RELATION CONTRACTUELLE

84. L'hypothèse d'un cocontractant imposé pour la poursuite de la relation contractuelle renvoie à la notion de cession de contrat<sup>203</sup>. Il y a cession de contrat lorsqu'une partie au contrat initial cède ses droits et obligations à une autre personne qui n'était pas partie au contrat initial ; les autres éléments du contrat restant inchangés<sup>204</sup>. La cession de contrat n'est pas en principe interdite en droit civil des contrats. Mais la jurisprudence soumet la cession conventionnelle<sup>205</sup> d'un contrat à l'obtention du consentement du cocontractant cédé<sup>206</sup>, même si le contrat n'est pas marqué par *l'intuitus personae*<sup>207</sup>. Tel n'est pourtant pas le cas des cessions légales du contrat

---

<sup>203</sup> Une partie de la doctrine conteste l'expression de cession de contrat utilisée pour désigner le mécanisme par lequel les droits et obligations d'une partie sont transférés à une personne qui n'était pas initialement partie au contrat. Ces auteurs partent du fait qu'un contrat n'est pas réellement un bien incorporel (contrairement aux créances), mais un lien entre deux personnes ; pour soutenir qu'il y a une simple substitution d'une personne à une autre dans le rapport contractuel, et finalement que ce qui est cédé, c'est « *la qualité de cocontractant avec ses avantages (les droits) et ses inconvénients (les obligations)* » (SERIAUX (A.), Droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd., P.U.F., 1998, n° 180. Dans le même sens, LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques précisions terminologiques autour de la vente », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 483).

<sup>204</sup> RAFFRAY (J.G.), *Substitutions de contractant au cours de l'exécution du contrat*, thèse, Montpellier, 1977.

<sup>205</sup> Il s'agit bien entendu de la cession parfaite c'est-à-dire une cession qui opère un changement de la personne du cocontractant. En effet, dans une cession imparfaite, c'est-à-dire une cession qui ne libère pas le cédant, le consentement du cédé n'est pas exigé (LARROUMET (Ch.), « Descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, chron. 155).

<sup>206</sup> La cession doit être portée à la connaissance du contractant cédé par l'accomplissement de l'une des formalités prévues à l'article 1690 du code civil.

<sup>207</sup> On ne peut alors parler de cession forcée du contrat encore moins d'atteinte au principe de l'effet relatif des contrats car le cessionnaire est devenu partie au contrat initial parce qu'il a voulu. Il y a donc respect du principe de l'autonomie de la volonté (Voir dans ce sens, GHESTIN (J.) « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », J.C.P., éd. G., 1992, I, 3628 ; JAMIN (Ch.), « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chron. 131. AYNES (L.), « La circulation du contrat », P.A., du 05 mai 2000 ; GRIMALDI (M.), « Le contrat et les tiers » in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, D. 2006, p. 170). La troisième chambre de la Cour de cassation est d'ailleurs très regardante sur le consentement donné par le cédé lorsqu'il s'agit d'une cession de dette. Elle refuse ainsi de donner effet à une clause de cession contenue dans le contrat initial du moment où le consentement du créancier n'a pas été requis au moment de la cession de dette. Cette cession a été considérée par la ladite chambre comme une délégation non libératoire pour le

contenues dans les textes communautaires. Ceux-ci imposent directement un partenaire contractuel lorsque, suite à certaines difficultés, l'une des parties au contrat est dans l'impossibilité de continuer la relation contractuelle<sup>208</sup>. Le cocontractant ici n'a pas la possibilité de donner son consentement pour le choix de la personne du nouveau partenaire. De même, ce nouveau partenaire peut se trouver dans la relation contre son gré. Il y a là une atteinte assez significative au principe de la liberté contractuelle qui mérite d'être éclaircie. Il convient donc de rechercher les hypothèses dans lesquelles le droit communautaire impose des cessions de contrat (1) et de s'interroger sur les effets de ces cessions forcées du contrat (2).

## **1 - Les hypothèses de cession légale de contrat**

85. Le droit communautaire s'oppose dans nombreuses de ses dispositions à l'article 1165 du code civil en faisant profiter ou souffrir des effets d'un contrat, une personne qui n'était partie au contrat<sup>209</sup>. Le changement obligé de cocontractant au cours du contrat peut se faire en matière de bail commercial en cas de mutation des droits de propriété sur l'immeuble objet du bail (a), ou encore en cas de décès d'une partie au contrat, lorsque la loi entend protéger les intérêts du cocontractant survivant ou des héritiers du *de cujus* (b).

---

cédant (A. du 12 déc. 2001, D. 2002, Jurisp., p. 984, note M. Billiau et Ch. Jamin ; voir aussi, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 juin 2002, D. 2002, Actualité Jurisp., p. 2471 qui retient que la clause de garantie insérée dans un contrat de bail commercial, par laquelle le preneur s'engage envers le bailleur à se porter garant solidaire de son cessionnaire et des cessionnaires successifs pour le paiement du loyer et l'exécution des conditions du bail, est reconduite en cas de tacite reconduction même si le contrat initial ne l'a pas expressément voulu).

<sup>208</sup> La cession légale du contrat est une atteinte au principe de l'effet relatif des contrats (GRIMALDI (M.), op. cit., p. 170).

<sup>209</sup> L'article 1165 du code civil dispose : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 ».

**a) L'obligation de poursuivre le bail commercial imposée à l'acquéreur de l'immeuble cédé**

86. L'article 78 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général (AUDCG) dispose qu' « *en cas de mutation du droit de propriété sur l'immeuble dans lequel se trouve les locaux donnés à bail, l'acquéreur est de plein droit substitué dans les obligations du bailleur, et doit poursuivre l'exécution du bail* ». L'article 102 dispose que cet article est d'ordre public. Par conséquent, toute clause contractuelle contraire, qu'elle soit contenue dans le bail ou dans l'acte de cession de l'immeuble est nulle et de nul effet<sup>210</sup>. Autrement dit, même si le preneur a accepté dans le contrat de bail qu'il devra libérer l'immeuble s'il vient à être cédé, cette clause contractuelle n'en est pas moins sans effet, parce que, contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 78 de l'AUDCG. L'acquéreur d'un immeuble commercial dont tout ou partie a été donné à bail est ainsi tenu d'exécuter un contrat dont il n'a consenti ni aux termes, ni à la personne de son cocontractant. On note ici non seulement une atteinte à la liberté contractuelle, mais aussi au principe de l'effet relatif des contrats contenu à l'article 1165 du code civil. En effet, l'Acte uniforme ne laisse aucune possibilité au nouvel acquéreur de se délier des relations contractuelles préexistantes<sup>211</sup>.

87. Pourtant, en droit commun, la transmission à titre particulier d'une chose qui forme l'objet de contrats en cours ne donne pas à l'ayant cause à titre particulier le droit d'exiger ou de se voir réclamer l'exécution d'une convention à laquelle il n'a pas consenti<sup>212</sup>. La Cour de cassation a déjà eu à préciser que « *l'acquéreur d'un bien à titre particulier ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur, même si celles-ci sont nées à l'occasion du bien transmis* »<sup>213</sup>. Ainsi, l'acquéreur d'une entreprise ne peut réclamer aux clients le paiement des dettes contractées envers son vendeur,

<sup>210</sup> Par exemple, Cass. com., 6 déc. 1994, Bull. civ., IV, n° 333.

<sup>211</sup> Le nouvel acquéreur est en effet tenu non seulement de continuer l'exécution du contrat de bail jusqu'à son terme s'il en a été stipulé un, mais aussi de respecter le droit au renouvellement du bail commercial dont pourrait éventuellement se prévaloir le preneur.

<sup>212</sup> GRIMALDI (M.), op. cit., p. 171.

<sup>213</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 16 nov. 1988, D. 1989, p. 157, note Ph. Malaurie.

ni corrélativement se voir réclamer le paiement de celles contractées par celui-ci<sup>214</sup>. Il en est de même pour l'acquéreur d'un immeuble qui ne saurait réclamer le paiement d'indemnités pour détériorations antérieures à la cession<sup>215</sup> ni se voir exiger le prix des travaux commandés par son vendeur. Mais une partie de la doctrine soutient que la transmission deviendrait de droit, si le contrat avait été conclu *intuitus rei*, c'est-à-dire lorsque le contrat n'est pas seulement relatif à la chose transmise, mais qu'il lui est attaché<sup>216</sup>, qu'il en est indissociable<sup>217</sup>. La solution retenue dans le bail commercial est donc différente de celle admise en droit commun.

88. L'impératif de protection de la propriété commerciale prime ici sur les règles classiques du droit des contrats. Dans la législation spéciale du bail commercial, il est question de protéger le fonds de commerce exploité dans les lieux cédés. Celui-ci est constitué aux termes de l'article 104 de l'AUDCG obligatoirement de la clientèle et de l'enseigne ou le nom commercial et accessoirement d'autres biens et/ou droits nommément désignés<sup>218</sup>. On comprend alors que la stabilité du lieu d'exploitation soit nécessaire pour l'exploitation et la conservation du fonds de commerce<sup>219</sup>. Mais la jurisprudence française va plus loin aujourd'hui et passe outre la traditionnelle notion de clientèle indispensable à l'existence du fonds de commerce pour étendre la protection du droit au bail même au preneur qui ne

---

<sup>214</sup> Cass. com., 6 mai 1997, D. 1997, p. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin, Defrénois, 1997, p. 977.

<sup>215</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2004, D. 2004, p. 2766 (à propos du remboursement d'un emprunt contracté pour financer les travaux).

<sup>216</sup> BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 254 et ss.

<sup>217</sup> Cette transmission est notamment admise dans les chaînes de contrat où il est permis au maître d'ouvrage d'agir contre le vendeur (Ass. Plén., 7 févr. 1986, J.C.P., 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud, D. 1986, p. 293, note A. Benabent) ou le conseiller (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 2003, D. 2003, p. 2993, note D. Bazin-Beust, qui accueille l'action de l'acquéreur d'un manège contre le contrôleur technique auquel le vendeur avait fait appel). D'après la Cour de cassation, cette solution se justifie par le fait que le « *nouveau propriétaire jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur* » (Ass. Plén., 7 févr. 1986, préc. ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1988, Bull. civ., I, n° 203 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 2003, préc.), attachement qui n'est autre que *l'intuitus rei*, critère de la transmission (GRIMALDI (M.), op. cit., p. 173).

<sup>218</sup> Il peut s'agir des installations, des aménagements et agencements, du matériel, du mobilier, des marchandises en stock, du droit au bail, des licences d'exploitation, des brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessin et modèles, et d'autres droits de propriété intellectuelle nécessaire à l'exploitation.

<sup>219</sup> DERRUPE (J.), « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE, 1999, p. 577 et ss.

justifie pas d'une clientèle propre<sup>220</sup>. Cette extension est aussi notoire en droit OHADA. Les dispositions protectrices du preneur à bail commercial ne se limitent plus seulement aux titulaires du fonds de commerce. L'article de l'AUDCG étend la protection du bail commercial à tout professionnel sans que celui-ci soit obligé de disposer d'une clientèle propre neutralisant ainsi dans une large mesure le caractère commercial de l'activité exercée au profit d'une professionnalisation du bail protégé.

Le législateur OHADA affiche ainsi une volonté délibérée de protéger le preneur à bail et surtout de préserver une sécurité juridique minimale pour ses affaires. La solution retenue ici se rapproche de celle déjà en vigueur en droit de travail. Le contrat de travail est en effet transmis de plein droit au nouvel exploitant de l'entreprise, y compris dans le cadre d'une reprise après la liquidation des biens<sup>221</sup>.

## **b) La cession forcée du contrat pour cause de mort**

89. La cession forcée du contrat peut ensuite être décelée à l'article 79 de l'AUDCG. Aux termes de ce texte, en cas de décès de l'une des parties au contrat de bail, le bail ne prend pas fin. Il se poursuit avec les héritiers qui en font la demande s'il s'agit du décès du preneur personne physique<sup>222</sup>. S'il s'agit du décès du bailleur, le contrat continue de plein droit avec les héritiers qui ont accepté la succession. Ceux-ci, contrairement aux premiers n'ont aucune possibilité de refuser la continuation des contrats de bail en cours. Ils sont considérés comme un nouvel acquéreur et sont de ce fait soumis à la règle de l'article 78 de l'AUDCG précédemment étudiée. La solution retenue ici semble s'appuyer sur un courant jurisprudentiel bien établi.

---

<sup>220</sup> TGI Paris, 24 novembre 1992, n°101, P.A. du 24 août 1994 (à propos des contrats de franchise). Cette décision reconnaît en effet que le franchisé qui exploite une marque précise et qui est lié au propriétaire de la marque par un contrat qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre doit bénéficier de la protection de sa propriété commerciale. *Contra* TGI Evry, 9 décembre 1993, P.A., n°101 du 24 août 1994, note O. GAST et M. LANCIAUX.

<sup>221</sup> Cass. soc., 27 avril 2000, Bull. civ., V, n° 156.

<sup>222</sup> Il s'agit du conjoint, ascendant ou descendant en ligne directe (MARTOR (B.) et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, J.C.I. Affaires Finances, Litec, 2004, n° 181). Lorsque plusieurs demandes sont faites, le bailleur a la faculté de saisir le juge pour qu'il désigne le successeur (art. 79 alinéa 4).

En effet, le Code civil n'a prévu la rupture du lien contractuel pour cause de mort que dans les contrats de mandat<sup>223</sup> et d'entreprise<sup>224</sup>. La jurisprudence a étendu par la suite cette cause de rupture du lien contractuel à tous les contrats conclus *intuitus personae*, car dans ces contrats, la personne est soit l'objet, soit la cause du contrat. L'*intuitus personae* étant intégré à la structure du contrat, « *la substitution de personne est d'office prohibée, car un tel changement ruinerait le contrat* »<sup>225</sup>.

90. La question est donc celle de savoir si le contrat de bail commercial est un contrat *intuitus personae*. Autrement dit, le bailleur qui accepte de donner son immeuble ou une partie de celui-ci à bail n'accorde-t-il aucune importance à la personne du preneur ?<sup>226</sup> Le bailleur soucieux de la bonne conservation de son immeuble et de la régularité des paiements ne peut-il pas préférer une personne, ne serait-ce qu'à cause des liens qui les unit à une autre ? Autrement dit, le bailleur peut-il être admis à prouver que le bail commercial dont il est question a été conclu en considération de la personne du preneur et qu'il ne trouve pas ces qualités en la personne de ses héritiers<sup>227</sup> ? Quelle est la valeur de ces allégations ?

91. Il semble que l'AUDCG ne laisse aucune possibilité au bailleur de prouver le caractère *intuitus personae* du contrat qui le liait au *de cuius*. La solution n'aurait d'ailleurs pas pu être différente. En effet, l'*intuitus personae* s'apprécie *in concreto*. S'il est possible pour le créancier d'évoquer l'*intuitus personae* du contrat selon la formule de l'article 1237 du code civil<sup>228</sup>, il est

---

<sup>223</sup> Art. 2003 du Code civil. Cependant, le mandataire est tenu de continuer la gestion au décès du mandant s'il y a péril en la demeure (art. 1991 du code civil).

<sup>224</sup> Art. 1795 du Code civil.

<sup>225</sup> LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques précisions terminologiques autour de la vente », op. cit., p. 483.

<sup>226</sup> JAMIN (Ch.), « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chron. 131.

<sup>227</sup> Dans ce sens, voir B.SOINNE qui estime qu'il revient au créancier qui soutient que le contrat a été conclu *intuitus personae* de démontrer d'une part les qualités particulières qui l'ont conduit à traiter avec le débiteur, et d'autre part d'apporter la preuve que ces qualités ne se retrouvent pas auprès du repreneur, in *Traité des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1995, n° 1705.

<sup>228</sup> La formule selon laquelle « *l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même* » a



également admis qu'il doit cesser de le faire si le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution, puisqu'en ce cas « *l'identité du contrat* » est maintenue<sup>229</sup>. Ce qui est facile dans le bail commercial qui n'a jamais été considéré comme un contrat *intuitus personae*.

Loin de se référer à la règle jurisprudentielle de la transmissibilité de principe pour cause de mort des contrats non conclus *intuitus personae*, la règle prescrite par l'article 79 de l'AUDCG semble cependant être une manifestation directe du souci de protéger la propriété commerciale, qui ne doit pas disparaître avec le décès de son titulaire. Les héritiers du défunt doivent pouvoir continuer l'exploitation du fonds de commerce de leur auteur s'ils le désirent, nonobstant le refus du bailleur. Il est question de maintenir l'exploitation commerciale du *de cuius* à travers la personne de son héritier qui est la continuité de la personne du défunt.

92. On peut enfin retrouver une autre hypothèse de cession forcée de contrat dans le code CIMA qui régit le droit des assurances. L'article 40 alinéa 1<sup>er</sup> du code CIMA prévoit deux formes de cession du contrat d'assurance : la cession pour cause de mort et la cession entre vifs. Il dispose qu'« *en cas de décès ou de l'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge pour celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat...* ». Le caractère d'ordre public de cette disposition a été affirmé par l'article 2 du code CIMA.

93. Cependant, cette disposition n'a pas une vigueur comparable à celle de l'article 78 de l'AUDCG car les parties ont la possibilité de demander la résiliation du contrat d'assurance qui leur est imposé. Le droit de demander la

---

été considérée par la jurisprudence comme étant une question de fait (Cass. civ., 10 mai 1897, D.P., 1898, 1, 73, note L.S.)

<sup>229</sup> LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques précisions terminologiques autour de la vente », op. cit., p. 483.

résiliation est reconnu à l'héritier<sup>230</sup>, à l'assureur ou à l'acquéreur qui ne sont du reste tenus du paiement d'aucune indemnité<sup>231</sup>.

Les cessions forcées de contrats sont donc nombreuses en droit communautaire. Et puisqu'elles obéissent à des régimes différents, elles produisent des effets tout aussi divers.

## **2 - Les effets des cessions forcées de contrats**

94. Les transferts de contrats d'ordre public ne produisent des effets que pour l'avenir et ne déchargent pas le cocontractant initial des arriérés impayés<sup>232</sup>. Mais puisqu'il s'agit des cessions légales de contrats, elles répondent à un régime différent suivant que le contrat dont il question est un contrat à exécution instantanée ou un contrat à exécution successive.

Dans la première hypothèse, le contrat faisant naître dès sa formation à la charge des parties des obligations connues dans leur quantum, une cession de dette traduit à la charge du nouveau débiteur l'obligation initialement assumée par le débiteur cédant.

Dans la seconde hypothèse, les parties au contrat ne deviennent débitrice et créancière l'une de l'autre qu'au fur et à mesure que le contrat

---

<sup>230</sup> La transmission des contrats conclus par le *de cuius* n'opère à l'endroit de l'héritier qu'en cas d'acceptation au moins tacite de la succession (voir article 775 du code civil qui dispose que « *Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue* »). La jurisprudence exige d'ailleurs que l'acquisition de la qualité d'héritier dépende d'une acceptation au moins tacite appréciée souverainement par les juges de fond (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 1969, J.C.P., 1970, II, 16235, note Dagot ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, J.C.P., éd. G., 1995, IV, 1909, Bull. civ., I, n° 245, p. 173, R.T.D.Civ., 1995, p. 941, obs. Patarin; 5 mars 2002, J.C.P., éd. G., 2003, I, 180, n° 2, obs. Le Guidec, D. 2002, 3294, note Mirabail, Bull. civ., I, n° 80, p. 61, R.T.D.Civ., 2002, p. 523, obs. Patarin).

<sup>231</sup> Le droit de résiliation de l'assureur doit être exercé dans un délai de trois mois à partir du jour où l'attributaire définitif des objets assurés a demandé le transfert de la police à son nom.

<sup>232</sup> Ceci n'est vrai que pour des cessions entre vifs. Lorsqu'il s'agit d'une transmission pour cause de mort, l'héritier qui accepte la succession est tenu de payer toutes les dettes échues et à échoir.

s'exécute selon la périodicité fixée par celui-ci<sup>233</sup>. La transmission du contrat ne peut donc avoir d'effet que pour l'avenir<sup>234</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs renversé la solution jurisprudentielle qui naguère admettait que, dans le cas de la cession conventionnelle de bail, le cédant demeurait garant des obligations du cessionnaire<sup>235</sup>. Elle affirme péremptoirement qu'en l'absence d'une clause contraire, le bailleur ne peut réclamer au cédant les impayés du cessionnaire<sup>236</sup>. L'article 40 paragraphe 2 du code CIMA oblige à cet effet celui qui aliène la chose assurée à continuer le paiement des primes échues. Il ne sera libéré qu'à partir du moment où il aura informé l'assureur de l'aliénation par lettre recommandée.

95. La question reste toutefois posée quant aux effets secondaires de ces cessions légales. Le transfert de contrat ainsi institué emporte-t-il le transfert des sûretés ? La question a été posée devant la Cour de cassation à propos d'un cautionnement donné pour garantir le paiement des loyers d'un bien. La haute cour a alors décidé que l'acheteur d'un bien loué ne peut bénéficier du cautionnement garantissant les loyers<sup>237</sup>. Cette position peut être compréhensible car le cautionnement est une sûreté personnelle qui ne peut être donnée qu'en considération de la personne du débiteur garanti. On imagine mal comment la caution pourrait être obligée de garantir la dette du

---

<sup>233</sup> ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », R.T.D.Civ., 1999, n° 42.

<sup>234</sup> Lorsqu'il s'agit d'une cession conventionnelle, la convention de cession peut en disposer autrement et prévoir par exemple que le cessionnaire sera tenu non seulement des dettes à échoir, mais aussi de celles échues. Dans certaines cessions légales, la loi imposant la cession du contrat peut également disposer qu'elle aura un effet rétroactif comme c'est le cas pour la cession du contrat de travail. Le code de travail dispose alors que le nouvel employeur est tenu non seulement de payer les salaires à venir, mais aussi les arriérés impayés. Voir à ce sujet, GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », R.T.D.Civ., 1994, p. 795.

<sup>235</sup> En ce sens, v. CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 1990, J.C.P, éd. G., 1990, II, 21559, note Petit ; Cass. com., 11 mai 1995, J.C.P, éd. G., 1995, I, 3889, n° 6, obs. Simler.

<sup>236</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juil. 1988, Bull. civ., III, n° 125, R.T.D.Com., 1988, p. 217, obs. Pédamon; 15 janv. 1992, Gaz. Pal., 1992, II, p. 654, note Barbier, J.C.P, éd. E, 1993, I, 234, n° 18, obs. Izorche.

<sup>237</sup> Cass. com., 21 novembre 1995, Bull. civ., IV, n° 267; Cass. com., 26 novembre 1999, Bull. civ., IV, n° 184; J.C.P éd. G. , 2000, II, 10320, note Casey; D. 2000,, note crit. L. Aynès;; LARROUMET (Ch.), « La descente aux enfers de la cession des contrats », D. 2002, chron. 155.

cessionnaire sans que son consentement ne soit exigé<sup>238</sup>. Par contre, la question reste entière lorsqu'il s'agit d'une sûreté réelle.

96. Les cessions légales de contrat qui, faut-il le rappeler, ne sont pas une innovation du droit communautaire, posent donc de nombreux problèmes dont les solutions sont loin d'être évidentes. Qu'à cela ne tienne, elles permettent de sauver le contrat et par là, protéger la partie qui a le plus besoin du contrat aux moments de turbulence. Le droit communautaire récupère les règles dérogatoires au droit commun comme un dernier rempart pour le cocontractant en détresse et lui donnent le moyen de sauver la relation contractuelle. Il y a atteinte au principe de l'effet relatif des contrats. Mais cette atteinte doit être mesurée car la portée même du principe de l'article 1165 du code civil est conditionnée par la manière dont on définit les parties et donc, corrélativement, les tiers<sup>239</sup>.

97. Dans tous les cas, les cessions légales de contrats permettent de maintenir un contrat en imposant un cocontractant de droit lorsque le cocontractant initial n'est plus en état de continuer la relation contractuelle. Leur application suppose que le contrat n'est pas encore arrivé à échéance. Par contre, lorsqu'un terme a été prévu pour le contrat, le droit communautaire a encore trouvé des mécanismes existant dans certains contrats spéciaux et permettant de renouveler le contrat. Dans ces contrats qui sont encore très limités en nombre, le droit communautaire, à la suite de la législation antérieure applicable, impose un renouvellement obligatoire qui risque d'obliger celui qui s'engage volontairement dans une relation contractuelle d'y rester indéfiniment.

---

<sup>238</sup> Cette solution a finalement été désavouée par la Cour de cassation, Ass. Plén., 6 déc. 2004, D. 2005, p. 70.

<sup>239</sup> THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », R.T.D.Civ., 1994, p. 276.

## SECTION II

### LA SORTIE CONTROLÉE DES RELATIONS CONTRACTUELLES : LE RENOUVELLEMENT IMPOSE

98. Les parties sont en principe liées par les termes de leur contrat et doivent le respecter jusqu'à son terme. Lorsque le contrat est à durée déterminée, les parties sont tenues de l'exécuter jusqu'à son échéance. A l'arrivée du terme, aucune partie n'est plus en droit d'exiger quoi que ce soit de l'autre en vertu du contrat sauf s'il y a une prorogation ou un renouvellement exprès ou tacite du contrat. En revanche, lorsque le contrat est à durée indéterminée, la force obligatoire du contrat est atténuée, car la résiliation unilatérale est toujours possible nonobstant toute clause contraire<sup>240</sup>. Cette faculté de résiliation unilatérale du contrat d'ordre public depuis le code civil, a récemment été placée par le Conseil constitutionnel français au rang des libertés fondamentales à propos du Pacte Civil de Solidarité (PACS)<sup>241</sup>. La Cour de cassation fait d'ailleurs preuve d'assez de souplesse dans le contrôle de l'abus. C'est ainsi qu'elle décide que l'auteur de la rupture qui avait respecté un délai de préavis conforme aux usages, « n'avait pas à donner des motifs au non-renouvellement du contrat (...), que ceux-ci fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs de rupture invoqués (...) était inutile »<sup>242</sup>.

99. Cependant, en matière de bail commercial, le droit communautaire OHADA a repris à son compte l'obligation de renouveler le contrat de bail

---

<sup>240</sup> Partant de l'article 1780 du code civil qui prohibe le contrat de travail à durée illimitée, la jurisprudence en a déduit un principe général d'interdiction des engagements à perpétuité. La Cour de cassation ne les sanctionne pas de nullité mais, décide que : « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, offerte aux deux parties » (Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ., IV, n° 286 ; 31 mai 1994, Bull. civ., IV, n°194 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>. 13 déc. 1994, Bull. civ., I, n°372 ; 11 juin 1996, Bull. civ., I, n°246).

<sup>241</sup> « La liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants » (Cons. Constitutionnel, décision du 9 novembre 1999, J.C.P., éd. G., 2000, I, 210, n° 4, obs. Molfessis).

<sup>242</sup> Cass. com., 25 avril 2001, D. 2001, somm., p. 3238, obs. D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

commercial arrivé à échéance au profit du preneur. Les parties doivent, sous respect de certaines conditions de forme, procéder au renouvellement du bail commercial. Il s'agit de la conclusion d'un contrat ayant le même objet sans que le contenu soit nécessairement le même. En cas du non renouvellement du bail à échéance, le bailleur est tenu de verser une indemnité d'éviction au preneur à moins d'évoquer des motifs légitimes. Il s'agit donc d'une atteinte importante à la liberté de se délier du contrat qu'il faut au préalable bien définir (Paragraphe 1) avant d'étudier la sanction de son inobservation (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : La notion de renouvellement du contrat**

**100.** Le renouvellement du contrat est la conclusion d'un nouveau contrat identique au précédent<sup>243</sup>. C'est un mode de prolongation des contrats à exécution successive arrivés à échéance à l'instar de la tacite reconduction et de la prorogation. Par le renouvellement du contrat, les parties entendent continuer la relation contractuelle. Cette continuation peut se faire dans des conditions différentes que celles du contrat initial car il y a conclusion d'un nouveau contrat.

Le renouvellement est donc en principe conventionnel et doit résulter à l'instar de la prorogation d'une volonté expresse des parties au contrat. Ce n'est pourtant pas le cas du renouvellement du bail commercial imposé par l'AUDCG. Cet Acte uniforme institue un renouvellement certes pas automatique du bail commercial arrivé à échéance, mais tout au moins obligatoire car le refus de renouveler est sanctionné par l'octroi d'une indemnité d'éviction au créancier de l'obligation de renouveler. La volonté y joue un rôle accessoire.

**101.** Malgré l'apparente clarté de sa définition, le renouvellement du contrat se détache difficilement des autres modes de prolongation de

---

<sup>243</sup> BENABENT (B.), op. cit., n°311.

l'engagement primitif que sont la prorogation du contrat et la tacite reconduction. Il convient dès lors d'étudier les contours de cette notion (A) avant d'analyser le contenu du renouvellement imposé (B).

## A – LA DISTINCTION DU RENOUVELLEMENT DU CONTRAT AVEC LES NOTIONS VOISINES

**102.** La prorogation, le renouvellement et la tacite reconduction sont des mécanismes qui ont en commun de faire perdurer la situation contractuelle au-delà du terme prévu, ce qui conduit souvent à leur confusion en pratique.

**103.** La prorogation du contrat peut être définie comme « *une convention modificative par laquelle les parties reportent l'échéance du terme extinctif* »<sup>244</sup> initialement convenu ; l'objectif étant de renvoyer la fin du contrat à une date ultérieure. Il n'y a pas de nouveau contrat car c'est le même contrat qui continue entre les parties. Par contre, dans le renouvellement du contrat, les parties peuvent décider d'un commun accord de modifier certaines clauses du contrat initial. Le renouvellement, tout comme la tacite reconduction, engendre nécessairement un contrat nouveau dont le contenu peut être identique au précédent<sup>245</sup>. La Cour de cassation sanctionne par exemple une cour d'appel<sup>246</sup> qui refuse lors du renouvellement d'un bail de prendre en compte les modifications intervenues sur le terrain aux motifs qu'en l'absence d'une clause du contrat qui réglerait le sort des constructions faites par le preneur, l'article 555 du code civil applicable ne permet au bailleur qui ne les a pas refusées de n'en devenir propriétaire qu'à la fin du bail. La haute juridiction décide alors « *qu'en statuant ainsi, alors que le bail renouvelé étant un nouveau bail, les bailleurs pouvaient, lors du*

---

<sup>244</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LG.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2001, n° 241, p. 294.

<sup>245</sup> V. par ex. Cass. com., 13 mars 1990, Bull. civ., IV, n° 77, p. 52; R.T.D.Civ., 1990, p. 464, n° 2, obs. J. Mestre (selon lequel le contrat d'assurance reconduit d'année en année ne constitue pas une seule et même convention car « *la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* »).

<sup>246</sup> Montpellier, 15 février 2005.

*second renouvellement, solliciter la prise en compte des modifications intervenues dans les biens loués pour la fixation du prix du nouveau loyer, la cour d'appel a violé les textes susvisés »<sup>247</sup>.*

**104.** La tacite reconduction quant à elle s'effectue sans nouvel accord et résulte de la poursuite matérielle du contrat<sup>248</sup>. Contrairement au renouvellement, la tacite reconduction suppose qu'un contrat à exécution successive parvenu à son terme se poursuive, les parties ayant entendu réitérer leur engagement pour une nouvelle période. La poursuite des relations contractuelles naît alors du silence des parties lors de la survenance du terme<sup>249</sup>. La tacite reconduction repose donc sur une volonté implicite des parties au contrat<sup>250</sup>. Le consentement présumé des parties au jour de l'échéance doit être confirmé par les actes d'exécution de la convention primitive<sup>251</sup>. La présomption de reconduction tacite est ainsi détruite si le locataire est maintenu dans les lieux à l'insu du bailleur. La jurisprudence décide régulièrement que le contrat initial prend fin par la tacite reconduction et que celle-ci donne naissance à un nouveau contrat<sup>252</sup>. Cependant, parce qu'il n'y a pas eu un échange de consentements à propos de ce nouveau bail, certaines clauses du contrat initial continuent à être appliquées. Il en est ainsi, aux termes de l'article 1759 du code civil, des clauses de résiliation et des clauses fixant les modalités de paiement du loyer insérées dans le bail primitif.

Il y a donc une succession des contrats par le simple fait que les parties continuent à se comporter comme si le contrat primitif existait toujours. L'accord tacite de reconduction, parce qu'il est tiré de la contemplation de

---

<sup>247</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, Arrêt n° 1009 du 27 septembre 2006, site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

<sup>248</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 311.

<sup>249</sup> AMAR-LAYANI (B.), « La tacite reconduction », D. 1996, chron. 143 ; LEDUC (F.), « La formation tacite du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges, J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 195.

<sup>250</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 206.

<sup>251</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 248, p. 303.

<sup>252</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juil. 1980, Bull. civ., I, n° 220 ; 18 janv. 1983, Bull. civ., I, n° 21 ; 10 janv. 1984, Bull. Civ., I, n°6, R.T.D.Civ., 1985, obs. Mestre, p. 157 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 juin 1995, J.C.P. éd. G., 1995, IV, 1998, Bull. civ., III, n° 145 ; 10 juin 1998, J.C.P., éd. G., 1998, I, 177, n°6, obs. Billiau, Bull. civ., III, n° 119.



l'attitude continue des parties depuis l'arrivée du terme, n'est pas par hypothèse, encore scellé au moment où le contrat originaire parvient à son terme<sup>253</sup>. Parce que l'arrivée du terme éteint celui-ci *ipso jure*, les parties ne peuvent poursuivre leur relation contractuelle sur la base d'un contrat qui n'existait plus. Elles ont donc convenu tacitement d'un contrat nouveau, dont les termes sont, à des exceptions près les mêmes.

**105.** Mais la tacite reconduction se distingue du renouvellement du contrat car le contrat renouvelé est non seulement un contrat nouveau, mais surtout un acte dont le contenu est à nouveau déterminé par les parties. Ce qui caractérise la tacite reconduction, c'est de faire présumer, à partir de la simple continuation de l'exécution du contrat, la volonté tacite d'en conclure un nouveau aux mêmes conditions<sup>254</sup>. Elle traduit une application particulière de l'idée selon laquelle « *l'exécution peut traduire l'acceptation de l'offre* »<sup>255</sup>. Le droit commun de la tacite reconduction régi par le Code civil prévoit en effet que le contrat reconduit tacitement devient un contrat à durée indéterminée<sup>256</sup> et que les accessoires attachés au contrat initial ne sont pas reportés au contrat reconduit<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> LEDUC (F.), op. cit., p. 198.

<sup>254</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 246.

<sup>255</sup> GHESTIN (J.), La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1993, n° 399.

<sup>256</sup> L'article 1738 soumet, en effet, les baux reconduits tacitement au régime des locations faites sans écrit. Afin de protéger certaines catégories de contractants, le législateur français limite la durée des contrats reconduits tacitement. Ainsi en est-il des contrats d'assurance qui, reconduits tacitement, expirent après une durée d'un an (Article L. 113-15 c. ass.), des baux d'habitation dont la durée est limitée en cas de tacite reconduction à trois ans pour les personnes physiques et à six ans pour les personnes morales (loi de 1989). Le législateur entend ainsi protéger les locataires concernés des effets néfastes des contrats à durée indéterminée, qui, on le sait sont soumis à la faculté de résiliation unilatérale (AMAR-LAYANI (B.), op. cit., p. 149). Dans le contrat d'assurance, il est question d'éviter que l'assuré ne se trouve à découvert s'il venait à oublier la date d'expiration de son contrat, tout en évitant de le lier au professionnel pour une trop longue durée. Cette explication a conduit certains à émettre des doutes sur l'admission de la tacite reconduction dans les contrats d'assurance, parce qu'elle ne résulte pas nécessairement d'une volonté délibérée de reconduire le contrat (LEDUC (F.), op. cit. p. 199), la volonté de l'assuré qui avoue avoir oublié le terme de son contrat, ne pouvant être établie par fiction.

<sup>257</sup> L'article 1740 du code civil dispose que la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation en cas de tacite reconduction. La jurisprudence française a étendu cette règle à tous les accessoires du contrat initial. Ainsi en est-il pour le cautionnement donné en faveur d'une ouverture de crédit (Cass. com., 11 fév. 1997, Bull. civ., IV, n°46, D. 1998, 552, note BOCCARA) ou pour une promesse de vente accessoire à un bail (Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ., n°257).

106. La jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne semble pas pourtant donner un relief particulier à la reconduction tacite en matière de bail commercial. Dans l'espèce Société PONTY SARL c/ Société PONTY IMMOBILIERE SA<sup>258</sup>, une clause du contrat de bail commercial liant les deux parties prévoyait qu'à la fin de chaque période de six ans, la partie qui entendait y mettre un terme devait prévenir l'autre par lettre recommandée ou par acte extrajudiciaire au moins trois mois avant l'expiration de ladite période. Or à la fin de la première période de six ans, aucune partie ne fit connaître à l'autre son intention de mettre un terme au contrat. Le bailleur a même accepté le paiement par le preneur du premier mois de la deuxième période de six ans avant de faire machine arrière et demander à ce dernier de libérer les lieux pour ne pas s'être prévalu de la faculté de renouvellement que lui reconnaît les articles 91 et suivants de l'AUDCG. Les conditions d'une reconduction tacite étaient pourtant réunies à partir du moment où les parties avaient continué l'exécution du contrat après la fin de la durée initiale. Cependant, la CCJA ne fit pas droit à la demande du preneur motifs pris de ce que les dispositions de l'article 92 de l'AUDCG relatif à la déchéance du droit au renouvellement du bail commercial sont d'ordre public et que les parties ne sauraient y déroger par convention. Plus explicitement, la CCJA écarte en toute hypothèse la possibilité de faire recours à la reconduction tacite en jugeant qu' *« il ne saurait être déduit d'un quelconque comportement de la PONTY IMMOBILIERE SA et notamment de l'encaissement d'un loyer, la volonté de celle-ci de reconduire tacitement ou implicitement le contrat de bail litigieux en violation desdites dispositions d'ordre public de l'article 92 de l'Acte uniforme susvisé »*.

107. Cette position qui a été réitérée par la même Cour une année plus tard<sup>259</sup> est bien conforme à l'article 92 de l'AUDCG. Contrairement au code de commerce français qui reconnaît à l'article L.145 al. 9 l'institution de la tacite reconduction, l'article 92 de l'AUDCG pose une règle abrupte qui ne laisse

---

<sup>258</sup> CCJA, arrêt n° OO5/2006 du 30 mars 2006, *Juridis Périodique*, n° 70, avr., mai, juin 2007, p. 73, comm. F. Anoukaha.

<sup>259</sup> CCJA, A. n° 030/2007 du 22 novembre 2007, aff. SCI Golf de Guinée c/ Marine Atlantic SARL,

aucun doute sur le caractère exclusif du recours au droit au renouvellement du bail commercial. Parce que l'article 92 de l'AUDCG déclare déchu du droit de demander le renouvellement du bail commercial le preneur qui ne l'a pas fait trois mois avant la fin du bail sans donner aucune exception, ce texte ne pouvait être interprété autrement<sup>260</sup>. Il ferme impérativement le recours à la tacite reconduction.

**108.** Cependant, la méconnaissance de la tacite reconduction par le droit communautaire OHADA pose d'énormes difficultés pratiques. Elle fragilise en effet la relation contractuelle dans la mesure où la clause de reconduction tacite est régulièrement insérée dans les contrats à durée déterminée où le souci de rapidité des affaires et de stabilité de la relation commerciale commande que les contractants adoptent des telles clauses dont la mise en œuvre est plus simple. Or si ces clauses sont désormais privées d'effet même après un début d'exécution, cela fragiliserait davantage la relation contractuelle qui devrait en toute circonstance être sous-tendue par la bonne foi des parties contractantes. En outre, la reconduction tacite même non organisée par la convention est une institution utile à plus d'un titre<sup>261</sup>. Elle permet de protéger celui des contractants qui aurait oublié que le contrat initial a pris fin, lorsque son cocontractant ne juge pas de son côté utile de mettre un terme à la relation contractuelle<sup>262</sup>. Or la méconnaissance de la tacite reconduction comme un autre moyen de prolonger le bail commercial comme le fait l'article 92 de l'AUDCG pénalise principalement le preneur. En effet, à suivre le raisonnement de la CCJA, quelle que soit la durée pendant laquelle les parties ont continué à exécuter le contrat après l'expiration de la durée initiale du contrat, aucune partie n'est fondée à se prévaloir de la tacite reconduction. Or la solution semble être casuistique puisqu'elle ne vaut qu'autant que c'est le preneur qui invoque la tacite reconduction. A supposer que c'est le preneur qui ait voulu mettre un terme au contrat après ce début

---

<sup>260</sup> ANOUKAHA (F.), commentaire préc., p. 74.

<sup>261</sup> Il convient de rappeler qu'en France, la réforme de 1965 et de l'article 3-2 du décret du 30 septembre 1953 prévoit que la constatation de la tacite reconduction est génératrice d'un nouveau bail statutaire de neuf années et d'un droit à la propriété commerciale.

<sup>262</sup> LEDUC (F.), op. cit., p. 199.

d'exécution du contrat, le bailleur n'aurait-il pas été admis à invoquer la clause contractuelle instituant un renouvellement du contrat par tacite reconduction ? Il est évident que dans ce cas, le juge n'aurait aucun argument valable pour prononcer la fin du contrat car l'article 92 ne vise que le preneur. On se rend alors compte que cette disposition pénalise le preneur que l'Acte uniforme a pourtant voulu protéger par l'institution d'un droit au renouvellement du bail commercial d'ordre public. Le renouvellement d'ordre public du bail commercial peut davantage servir le preneur s'il vient appuyer les autres modes de droit commun de prolongation de l'engagement primitif.

**109.** Contrairement donc à la tacite reconduction, le renouvellement du contrat doit en principe résulter de la volonté expresse des parties soit par l'effet d'une clause contenue dans le contrat initial<sup>263</sup>, soit par un acte séparé adopté à la fin du contrat initial. Ce renouvellement conventionnel n'est pas une atteinte à la liberté de se délier d'une relation contractuelle. Par contre, lorsqu'il est imposé, l'atteinte devient évidente car le contrat est maintenu par la volonté de la loi. C'est le cas du renouvellement du bail commercial institué en faveur du preneur.

## B - LE CONTENU DU DROIT AU RENOUVELLEMENT DU BAIL COMMERCIAL

**110.** L'institution du droit au renouvellement du bail commercial est un moyen de renforcer la protection de la propriété commerciale<sup>264</sup>. On sait très

---

<sup>263</sup> On parle alors de renouvellement tacite. Une clause peut par exemple stipuler que le contrat se renouvellera d'année en année ou tous les deux ans et que la partie qui entend mettre un terme au contrat à la fin d'une période doit respecter un délai de préavis (CCJA, A. n° 014/2002 du 18 avril 2002, préc.)

<sup>264</sup> L'admission du droit au renouvellement a été justifiée par la théorie de l'abus de droit et de l'enrichissement sans cause car : « *le bailleur qui se refuse au renouvellement du bail abuse de son droit de ne pas renouveler un contrat arrivé à expiration, tandis qu'il s'enrichirait sans cause s'il reprenait l'immeuble sans indemniser le commerçant à raison de la plus-value procurée à la valeur locative de l'immeuble* ». Mais l'abus de droit et l'enrichissement sans cause ne seraient que la conséquence de ce droit et non sa cause car les deux notions « *supposent l'existence préalable de ce droit nouveau dont la reconnaissance bouleverse les principes du code civil dans le domaine de la propriété aussi bien que dans celui du contrat* » (MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », Archives de philosophie du droit, n° spécial : Le problème du contrat, 1940, p. 20 et 21).

bien que l'un des éléments essentiels du fonds de commerce est la clientèle<sup>265</sup>. Celle-ci dépend très souvent du lieu d'établissement du commerçant. Il n'y a pas de doute sur le fait que le changement du lieu d'établissement peut entraîner la perte d'une importante clientèle et par conséquent la diminution de la valeur du fonds de commerce. En outre, le preneur évincé peut avoir d'énormes difficultés à retrouver un nouveau local pouvant lui permettre d'exploiter le même fonds<sup>266</sup>. Le non-renouvellement du bail commercial fait ainsi courir le risque de disparition du fonds commercial.

Le droit au renouvellement permet donc au preneur de ne pas être à la merci des humeurs du bailleur et de protéger la consistance de son fonds de commerce. Ce droit n'est toutefois pas reconnu seulement au preneur. Plusieurs personnes peuvent s'en prévaloir (1) si elles remplissent certaines conditions (2).

## **1 – Les titulaires du droit au renouvellement**

**111.** Plusieurs personnes peuvent faire valoir des droits sur un immeuble donné à bail commercial. Le preneur initial peut sous-louer l'immeuble, mettre son fonds de commerce en location gérance ou le céder. La question se pose donc de savoir si les bénéficiaires de ces contrats peuvent se prévaloir du droit au renouvellement du bail commercial puisque la poursuite de leur activité en dépend.

**112.** En premier lieu, le droit au renouvellement du bail commercial est institué en faveur du preneur d'un local à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel. Le preneur est celui qui souscrit le contrat de bail et exerce son activité dans les locaux donnés à bail. Ce droit est transmis à

---

<sup>265</sup> Le fonds de commerce est parfois envisagé comme un droit à la clientèle qui est attaché au fonds par les éléments servant à l'exploitation (RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de Droit commercial*, t.1, 17<sup>e</sup> éd., par Michel Germain et Louis Vogel, L.G.D.J., 1998, n° 540, p. 407) et parfois comme un droit de clientèle accompagné ou non d'éléments corporels et incorporels accessoires (v. PATARIN (J.), « Le fonds de commerce à l'épreuve de l'indivision », in *Mélanges*, Ch. Freyria, ESTER, Lille, 1994, p. 168).

<sup>266</sup>DERRUPE (J.), « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRE, 1999, p. 581 et 582.

ses héritiers au même titre que le droit au bail<sup>267</sup>. Aux termes de l'article 91 de l'AUDCG, il doit avoir exploité le local conformément au contrat pendant une durée minimale de deux ans<sup>268</sup>. La durée d'exploitation de deux ans doit être calculée à compter de la fin du bail en remontant dans le passé et non depuis l'origine du bail<sup>269</sup>. Cependant, il est admis qu'en dépit du silence du législateur OHADA, le preneur peut valablement invoquer des motifs légitimes justifiant un défaut d'exploitation effective du fonds. Il lui appartient alors d'apporter la preuve de l'impossibilité d'exploiter le fonds. Ce qui est le cas par exemple, lorsque le bailleur s'oppose à des travaux de rénovation ou lorsque l'impossibilité est due à un défaut de réparation lui incombant<sup>270</sup>.

Le preneur doit en outre exploiter le local conformément au contrat en respectant l'activité prévue au contrat. A moins qu'il ne s'agisse d'un bail « *tous commerces* », tout changement d'activité sans le consentement du bailleur entraîne la perte du droit au renouvellement du bail commercial.

**113.** En deuxième lieu, le droit au renouvellement du bail commercial échoit au sous-locataire. L'article 98 de l'AUDCG dispose que le sous-locataire dispose d'un droit au renouvellement qu'il peut faire valoir auprès du locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient du propriétaire. Mais la sous-location doit avoir été faite régulièrement, c'est-à-dire avec le consentement du bailleur<sup>271</sup>. Le propriétaire peut opposer au sous-locataire les mêmes exceptions qu'il était en droit de soulever contre le preneur principal. En d'autres termes, il peut être admis à refuser de renouveler sans indemnité pour une infraction commise par ce dernier même si cette infraction n'a pas été poursuivie par le sous-locataire car le premier ne peut céder plus de droit qu'il n'en possède.

---

<sup>267</sup> Supra, n° 86 et ss.

<sup>268</sup> T.P.I. de Cotonou, 31 juillet 2002, Ordonnance de référé civil n° 014 REF-COM, R.G. : 001/2002, société comptoir commercial de la cote SARL c/ 1° ALI NABILA et 2° Fédération béninoise de football, Ohadata J-04-403.

<sup>269</sup> GATSI (J.), *Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA*, 2<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires Libres, Douala, 2008, p. 97.

<sup>270</sup> Ibid.

<sup>271</sup> Art. 86 AUDCG.

114. En troisième lieu, le droit au renouvellement peut être invoqué par le cessionnaire. Il dispose des mêmes droits que le preneur initial. En cas de cession régulièrement signifiée au bailleur par acte extrajudiciaire ou tout autre moyen écrit, il doit faire valoir son droit au renouvellement directement contre le bailleur. Le cessionnaire, contrairement au sous-locataire traite directement avec le bailleur car il remplace le preneur par l'effet du contrat de cession. C'est ainsi que la jurisprudence française récente affirme que le bailleur ne peut relever comme motif grave et légitime de refus de renouvellement que des faits imputables au locataire sortant<sup>272</sup>. Cette jurisprudence, tout comme l'article 95 de l'AUDCG, reconnaît au cessionnaire un droit au renouvellement indépendant de celui du cédant. Toutefois, si le cessionnaire a acquis son droit au cours de la dernière période biennale et exerce une activité différente de celle du cédant, la période d'exploitation du cédant ne sera pas comptée.

115. En quatrième lieu, la question du droit au renouvellement peut être posée pour le locataire-gérant. La location gérance constitue un mode d'exploitation effective du fonds de commerce. Elle peut être définie comme un contrat par lequel le commerçant loue le fonds de commerce à un autre commerçant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance périodique<sup>273</sup>. L'Acte uniforme ne donne aucune précision sur son droit au renouvellement. Celui-ci n'est reconnu qu'au sous-locataire et au cessionnaire, à condition bien sûr que le bailleur ait donné son accord soit par une clause contractuelle, soit au moment de la réalisation de la cession. Or, la location-gérance, même autorisée par le bailleur n'est pas en principe une forme de cession car le locataire-gérant n'a pas de relations personnelles avec le bailleur. Il gère le fonds de commerce pour son propre compte mais n'en est pas le propriétaire. Depuis l'ancien article 4 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, le droit au renouvellement du bail commercial n'est reconnu

---

<sup>272</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 oct. 2000, Bull. civ., III, n° 155, p. 109, P. A., du 19 oct. 2001, n° 2009, p. 13, note crit. J.-L. Tixier.

<sup>273</sup> SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 955.

qu'au « *propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux* ». Il va donc de soi qu'il ne peut en principe se prévaloir du droit au renouvellement du bail des locaux qu'il exploite<sup>274</sup>. Seul le preneur à bail peut demander le renouvellement pour son compte car il n'est pas exigé que celui-ci exploite personnellement les lieux<sup>275</sup>.

**116.** Cependant, la question peut être plus complexe en pratique lorsque le contrat de location-gérance mentionne le droit au bail parmi les éléments du fonds loué, et plus encore, stipule que le locataire-gérant paiera directement le loyer au bailleur. Il y a alors un lien direct entre le bailleur et locataire-gérant ressemblant en tous points à celui dont dispose le sous-locataire. Peut-on alors en conclure que le locataire-gérant sera en droit de demander le renouvellement du contrat de bail ?

**117.** Une réponse négative s'impose. Cette pratique déjà rencontrée en jurisprudence française est généralement un moyen de contourner l'interdiction légale de sous-location sans le consentement du bailleur ; les parties masquant sous le vocable de location-gérance une sous-location déguisée. Il est certain que les deux notions prêtent à confusion. La location-gérance, selon R. Roblot, implique en fait une sous-location dans la mesure où l'exploitation du fonds de commerce suppose la jouissance de l'immeuble<sup>276</sup>. Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette analyse ; elle estime que la location-gérance est la location du fonds de commerce, meuble incorporel, dont l'objet est différent de celui du bail de l'immeuble qui est la jouissance des locaux<sup>277</sup>. Il en résulte que la mise en location du fonds ne constitue pas une location d'immeuble, la gérance libre n'étant pas une sous-location<sup>278</sup>. La Cour de cassation autorise dans ces cas les juges de fonds à déjouer la fraude en

---

<sup>274</sup> ROUQUET (Y.), « De l'impossibilité, pour le locataire-gérant, de revendiquer une indemnité d'éviction auprès du bailleur », note sous Cass. civ., 26 sept. 2001, D. 2001, Actualité jurisp. p. 3352.

<sup>275</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 mars 1973, Bull. civ., III, n° 237 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 juill. 1981, Bull. civ., III, n° 145, Gaz. Pal., 1982, 1, Panor. p. 88, obs. J. D.

<sup>276</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité de Droit commercial, t. 2, 17<sup>e</sup> éd., Par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J, 2004, n° 569.

<sup>277</sup> Cass. com., 9 mars 1953, Bull. civ., III, n° 95.

<sup>278</sup> Cass. com., 13 mai 1965, Bull. civ., III, n° 313, Ann. Loyers, 1966, 273.



requalifiant le contrat pour le sanctionner par la nullité<sup>279</sup> car toute sous-location ou cession faite sans le consentement du bailleur est nulle et insusceptible de régularisation postérieure.

## **2 – Les conditions de renouvellement**

**118.** Pour qu'un exploitant d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel fasse prévaloir son droit au renouvellement du contrat de bail, il faudrait tout d'abord que ce bail entre dans la catégorie des baux protégés par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. En effet, l'OHADA a étendu le domaine d'application du droit du bail commercial en le professionnalisant<sup>280</sup>. Ce faisant, tout professionnel exerçant dans l'espace OHADA peut se prévaloir des dispositions protectrices notamment celles relatives au renouvellement de ce bail. Cependant, le législateur communautaire crée un vide juridique qu'il faudra vite combler car la législation protectrice OHADA n'est applicable que dans les localités de plus de 5000 habitants. Il se pose donc la question de la qualification des baux conclus dans les localités ayant une population de moins de 5000 habitants. Ils doivent continuer d'être régis par les dispositions du droit antérieur pour ne pas être abandonnés au droit commun des baux parce que ceux-ci méritent également d'être protégés des déboires des bailleurs. Dans tous les cas, les preneurs à bail dans ces localités ne peuvent demander le renouvellement du contrat en se basant sur les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

**119.** L'application de ces dispositions est également exclue lorsque le bail porte sur un local accessoire à l'exploitation du fonds du preneur et dont la privation n'est pas de nature à compromettre l'exploitation de ce fonds. Ce

---

<sup>279</sup> Cass. com., 2 juin 1958, Bull. civ., III, n° 219, J.C.P. 1958, II, 11501, note Cohen, CA Paris, 14 mars 1991, D. 1992, Somm., p. 367, obs. L. Rozès, R.T.D.Com., 1991, p. 380, obs. crit. J. Derruppé.

<sup>280</sup> Aux termes de l'article 71 de l'AUDCG, « Est réputé bail commercial toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble compris dans le champs d'application de l'article 69, et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle »

critère d'exclusion doit s'apprécier en fonction de l'activité exercée par le preneur<sup>281</sup>. Le local est considéré comme accessoire lorsqu'il ne constitue pas le siège principal de l'exploitation du fonds et que celle-ci ne dépend pas de lui.

**120.** En dehors de ces exclusions légales, lorsqu'un bail commercial prend fin, le preneur peut prétendre soit à son renouvellement, soit, à défaut, à une indemnité d'éviction. Ces dispositions favorables ne s'appliquent qu'au preneur qui remplit les conditions d'application du statut, parmi lesquelles, l'exigence d'une exploitation continue des locaux pendant les deux dernières années et le respect des conditions du contrat initial<sup>282</sup>.

Le droit au renouvellement est reconnu au preneur à bail quelle que soit la durée du bail. L'Acte uniforme n'a pas prévu une durée minimale pour le bail commercial. La détermination est laissée à l'entière disposition des parties et à défaut de précision dans le contrat, le bail est réputé à durée indéterminée. Qu'il s'agisse cependant d'un bail à durée indéterminée ou déterminée, le preneur à bail a droit à son renouvellement (article 91 AUDCG). Mais le régime de renouvellement diffère selon que le contrat est à durée déterminée ou non.

**121.** Dans le premier cas, l'article 92 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que le preneur doit demander le renouvellement du contrat par acte extrajudiciaire trois mois avant la date d'expiration du bail et le bailleur est réputé avoir accepté le renouvellement si un mois avant cette date il ne fait pas connaître sa réponse. Le preneur qui ne demande pas le renouvellement dans ce délai est simplement déchu de son droit. Autrement dit, il ne peut plus bénéficier de la protection légale et doit se soumettre au droit commun de la prolongation de la relation contractuelle<sup>283</sup>. Le contrat pourra donc se poursuivre par tacite

---

<sup>281</sup> GATSI (J.), op. cit., p. 28.

<sup>282</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 nov. 1998, P.A., n°102 du 22 déc. 1998.

<sup>283</sup> V. cependant, CCJA, A. n° 005/2006 du 30 mars 2006, préc., qui fait échec aux autres modes de prolongation de la relation contractuelle notamment la tacite reconduction en raison du caractère d'ordre public de l'article 92 de l'AUDCG.

reconduction, ou par un renouvellement conventionnel qui ne dépend plus que de la volonté du bailleur. A défaut de prolongation conventionnelle, le bail prendra fin à la date d'expiration convenue au contrat.

**122.** Dans le second cas, l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale du contrat reste le principe. Chaque partie peut, sous réserve du respect d'un préavis de six mois, mettre un terme à la relation contractuelle car nul ne saurait être tenu éternellement. Lorsque le congé est donné par le bailleur, le preneur qui entend faire valoir son droit au renouvellement peut s'opposer à ce congé en notifiant sa contestation de congé par acte extrajudiciaire au bailleur au plus tard à la date d'effet du congé (article 93 alinéa 2 AUDCG)<sup>284</sup>. Le bénéfice du renouvellement ne peut donc résulter que d'une opposition au congé donnée par le bailleur.

**123.** Le renouvellement du bail met fin au contrat de bail à durée indéterminée. La durée du bail renouvelé est obligatoirement de trois ans<sup>285</sup>. Toutefois, aux termes de l'article 91 de l'AUDCG, le renouvellement légal du bail ne peut être accordé qu'au preneur qui justifie avoir exploité l'activité prévue au contrat pendant une durée minimale de deux ans. Cette disposition ne va pas sans poser de problèmes car l'Acte uniforme ne prévoit pas une durée minimale pour le contrat de bail commercial et laisse toute la latitude aux contractants. Les contrats de bail pour une durée inférieure à deux ans sont donc valables en principe mais peuvent constituer un véritable piège pour le preneur qui peut être obligé de l'accepter. Ce dernier ne pourra, en effet, se prévaloir du renouvellement obligatoire parce qu'il ne remplit pas les conditions de renouvellement. Ce risque est aussi à craindre pour les contrats à durée indéterminée car ils peuvent être rompus à tout moment, même au lendemain de leur conclusion. La souplesse dans la fixation de la durée du bail peut donc se retourner contre le preneur. On peut se demander pourquoi le législateur OHADA n'a pas institué une durée minimale pour le contrat

---

<sup>284</sup> MARTOR (B.) et al., op. cit., n° 175.

<sup>285</sup> Cette durée est d'ordre public comme en France. V. MONEGER (J.), «La durée des baux renouvelés est d'ordre public », R.T.D.Com., 2003, p. 277 et ss.

initial comme c'est le cas pour le contrat renouvelé<sup>286</sup>. Cette souplesse réservée uniquement pour le contrat de bail initial peut devenir une source d'insécurité pour le preneur qui a pourtant besoin d'une stabilité minimale.

Qu'à cela ne tienne, le législateur OHADA a très bien encadré le droit au renouvellement du bail institué en faveur du preneur. Dans la plupart des cas, le bailleur devra se plier à la demande de renouvellement du preneur à moins de consentir à verser une indemnité d'éviction qui est la sanction du non-renouvellement du bail commercial arrivé à échéance.

## **Paragraphe 2 : La sanction du refus de renouvellement**

124. Le droit au renouvellement du bail commercial est un droit d'ordre public. Son titulaire ne peut y renoncer dans le contrat<sup>287</sup> et toute clause y relative est réputée non écrite. Le preneur peut exiger le renouvellement même contre la volonté du bailleur. Après la manifestation de la volonté du preneur de jouir de son droit au renouvellement, le bailleur dispose de deux options : accepter le renouvellement ou le refuser contre paiement d'une indemnité d'éviction<sup>288</sup>. Toutefois, si la sanction reste le versement d'une indemnité d'éviction (A), force est de constater que ce principe admet des palliatifs (B).

### **A – L'OCTROI D'UNE INDEMNITE D'EVICION**

125. Aux termes de l'article 94 de l' AUDCG, « *le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée, en réglant au locataire une indemnité d'éviction* ».

---

<sup>286</sup> V. dans le même sens SANTOS (P.), Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant sur le droit commercial général, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 1999, p. 141.

<sup>287</sup> Mais puisqu'il s'agit d'un ordre public de protection, le preneur peut y renoncer lorsque ce droit devient un acquis. Par exemple il peut renoncer au renouvellement à la fin du contrat.

<sup>288</sup> L'acceptation peut être explicite ou tacite.

Le montant de l'indemnité d'éviction doit être fixé de commun accord par les parties et le cas échéant par la juridiction compétente<sup>289</sup>. Elle comprend notamment, la valeur marchande du fonds de commerce déterminée en suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf si le propriétaire apporte la preuve que le préjudice est moindre. L'article 94 alinéa 2 ajoute le montant des investissements réalisés par le preneur et la prise en compte de la situation géographique du local.

126. C'est dire que le bailleur ignore *a priori* le montant exact de l'indemnité qu'il aura à verser au preneur. Une seule certitude s'impose : la valeur de l'indemnité d'éviction est assez importante pour le persuader de rester dans les relations contractuelles avec le preneur. Il y a donc là une atteinte très significative à la liberté contractuelle ou plus précisément à la liberté de se délier du contrat car ayant librement choisi d'entrer dans la relation contractuelle, le bailleur s'y trouve piégé et obligé d'y rester tant que son cocontractant entend jouir de cette relation. L'atteinte est d'autant plus grave qu'en cas de congé avec offre d'indemnité, le preneur dispose d'un droit de rétention qui lui permet de rester dans les locaux jusqu'au paiement total de l'indemnité d'éviction<sup>290</sup>. Face aux contestations des propriétaires français contre une telle réglementation jugée discriminatoire à leur égard et du montant excessif de l'indemnité d'éviction, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une cour d'appel qui observe que le décret de 1953 est inspiré par le souci de trouver un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu<sup>291</sup>. Une fois de plus la recherche de la protection de la propriété commerciale a comme corollaire la suppression des libertés individuelles. Le bailleur d'un local à usage commercial ne peut mettre fin au contrat sans

---

<sup>289</sup> MARTOR (B.) et al., op. cit., n° 176.

<sup>290</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2000, Bull. civ., III, n° 132, p. 89, R.J.D.A., 2000, n° 841 et 884, P.A., n° 209 du 19 oct. 2000, p. 8, note Tixier.

<sup>291</sup> Dijon, 31 mai 1989, Rev. Dr. Imm., 1990, p. 126, obs. Derrupé ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 févr. 1991, Bull. civ., III, n° 67, J.C.P., 1991, IV, 158.

payer une indemnité d'éviction que dans des hypothèses limitativement énumérées.

## B – LE REFUS DU RENOUVELLEMENT SANS PAIEMENT D'INDEMNITE D'EVICITION

127. Le bailleur est admis à s'opposer au renouvellement du bail sans avoir à régler d'indemnité d'éviction s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur sortant ; s'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués, et de le reconstruire ou s'il veut habiter lui-même l'immeuble ou le faire habiter par les membres de sa famille.

Le motif grave et légitime est défini à l'article 95 paragraphe 1 de l'AUDCG. Il doit consister dans l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail<sup>292</sup> ou encore dans la cessation de l'exploitation de l'activité. Le motif grave et légitime doit être invoqué à l'encontre du locataire sortant<sup>293</sup>. Cette exigence réintroduit une sorte de justice contractuelle. Les dispositions légales ne protègent que le preneur qui respecte les dispositions du contrat. On ne saurait accorder la protection légale à un locataire qui ne paie pas ses loyers ou n'entretient pas correctement les lieux loués. Ces faits pour être invoqués doivent avoir été poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après mise en demeure du bailleur, par acte extrajudiciaire, d'avoir à les faire cesser. L'idée qui transparait ici est l'exigence de la bonne foi du bailleur. Celui-ci doit veiller à l'exécution du contrat par le preneur et en cas de manquement par ce dernier à l'une de ses obligations, il doit le ramener à l'ordre par une mise en demeure au lieu de le laisser en infraction et attendre la fin du contrat pour lui refuser le renouvellement du bail.

---

<sup>292</sup> Il peut s'agir entre autres du non paiement des loyers, d'un défaut d'entretien des lieux, de la sous-location des lieux sans le consentement du bailleur ou encore de l'utilisation des locaux à une fin autre que celle stipulée au contrat.

<sup>293</sup> Mais en cas de colocation, l'inexécution du contrat par un co-locataire peut être utilisée à l'encontre des autres co-locataires.

**128.** Toutefois, cette exigence de mise en demeure doit être écartée, si le bailleur découvre le manquement postérieurement au congé. C'est ainsi que la cour d'appel de Versailles décide que le bailleur qui invoque la perte du preneur de tout droit à indemnité d'éviction est recevable à se prévaloir des manquements du preneur dont il n'a eu connaissance que postérieurement au congé. La délivrance d'une mise en demeure n'est pas nécessaire puisque le bailleur n'a découvert qu'en cours de procédure la sous-location reprochée au preneur. Selon la cour, l'abstention du preneur d'appeler le bailleur à concourir à l'acte de sous-location<sup>294</sup>, ainsi que la sous-location irrégulière d'une partie subséquente des locaux de manière clandestine, à deux reprises, dont la première aux fins de permettre le maintien de l'activité de confection au moyen d'un transfert illicite, et la seconde dans le cadre de la liquidation de ses activités liées aux fourrures, constituent un motif grave et légitime de nature à priver le locataire du droit à l'indemnité d'éviction<sup>295</sup>.

La jurisprudence perpétue ainsi le droit pour le bailleur quelle qu'ait été sa décision initiale, de revenir sur son offre et de se prévaloir d'un motif grave et légitime après la découverte de manquements imputables au preneur et restés ignorés à la date de décision<sup>296</sup>.

**129.** Aux termes de l'article 95 al. 2, le bailleur peut également ne pas être condamné à verser une indemnité d'éviction au preneur s'il veut démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et le reconstruire<sup>297</sup>. Il doit le cas échéant, justifier la nature et faire une description des travaux projetés. A la fin des reconstructions, le preneur dispose d'un droit de préemption pour se voir attribuer un nouveau bail<sup>298</sup>. La marge de manœuvre du bailleur est donc extrêmement réduite car si le même local remis à bail est attribué à une autre personne ou si le local est affecté à une autre destination, le bailleur devra

---

<sup>294</sup> Il s'agit d'une formalité essentielle destinée à protéger les intérêts légitimes du propriétaire.

<sup>295</sup> CA Versailles, ch. réunies, 13 févr. 2001, J.C.P, éd. G., 2001, n° 2809.

<sup>296</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 1969, Bull. civ., III, n° 396 ; 12 oct. 1976, D. 1977., IR. 13.

<sup>297</sup> Yaoundé, A. n° 342/civ. du 28 juillet 2000, aff. Zeudja Kemadjou c/ SARL Diffusion Sciences et Techniques, Jurifdis périodique, n° 67, Juil-sept. 2006, note B.M. Kem Chekem.

<sup>298</sup> Supra, n° 67 et ss.

verser une indemnité d'éviction au preneur. On peut en conclure que la loi n'offre pas en fait une possibilité au bailleur de se délier de la relation contractuelle. Certes on peut parler de la rupture de la relation contractuelle avec la délivrance du congé et non de la suspension de la relation contractuelle car aucune obligation ne pèse plus sur les parties en vertu de l'ancien contrat. Mais l'indemnité d'éviction reste en suspens. Celle-ci ne sera exigée qu'au cas où il n'y a pas conclusion de nouveau bail. Le bailleur est ainsi obligé de conclure un nouveau contrat.

**130.** Le bailleur peut enfin donner congé au preneur sans paiement d'indemnité s'il veut utiliser les locaux à des fins d'habitation. Il peut le faire pour y habiter lui-même, ou pour faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint. Dans ce cas, le congé ne peut porter que sur les locaux d'habitation accessoires à des locaux commerciaux. Le preneur peut s'y opposer s'il établit que la privation de la jouissance des locaux d'habitation accessoires apporte un trouble grave à la jouissance du bail dans les locaux principaux, ou lorsque les deux forment un tout indivisible.

En somme, l'Acte uniforme sur le droit commercial général a circonscrit les hypothèses de refus du renouvellement sans paiement de l'indemnité d'éviction. La marge de manœuvre du bailleur reste extrêmement faible. Entré librement dans la relation contractuelle, le propriétaire d'un immeuble à usage professionnel se trouve ainsi prisonnier d'un contrat appelé à se renouveler infiniment<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> V. SERRA (Y.), « La liberté de la concurrence du bailleur dans les baux commerciaux », Droit et Patrimoine, n° 29, p.38.



\*

\*

\*

**131.** Il en résulte que le droit communautaire africain est un droit moderne sur tous les points. Faisant sienne la politique contemporaine d'Etat-providence, le droit communautaire atténue le principe de la liberté contractuelle et du caractère absolu du droit de propriété issus de la révolution en vertu desquels chacun était libre de choisir son partenaire et, donc, de refuser de contracter avec un autre. Dans beaucoup de cas, le choix du partenaire contractuel n'est plus laissé à la discrétion de l'individu. Le droit communautaire va plus loin. Le contrat est imposé à tous les niveaux.

Dans certains cas, l'obligation de contracter revêt un caractère plus positif. Une personne n'est plus seulement tenue de traiter avec une autre qui le lui demande, mais elle doit elle-même rechercher la conclusion d'un contrat<sup>300</sup>. Dans d'autres, la loi intervient pour imposer le maintien d'une situation contractuelle existante indépendamment de la volonté manifestée de la personne.

**132.** Dans ces différentes hypothèses, la doctrine s'est posée la question de savoir si on peut encore parler de rapport contractuel dans la mesure où la situation juridique qui en résulte n'est pas nécessairement voulue par les parties<sup>301</sup>. Aucune réponse ne peut être donnée de manière globale dans la mesure où l'étude précédente nous montre que la volonté joue un rôle variable dans ces différents contrats imposés. Si elle est inexistante dans l'hypothèse de l'assurance obligatoire<sup>302</sup>, elle est en revanche bien présente, mais à des degrés divers, dans les autres hypothèses car l'individu aura au préalable manifesté sa volonté de contracter. La loi

---

<sup>300</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 203.

<sup>301</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 144.

<sup>302</sup> La volonté peut être présente parfois car l'individu avisé peut lui-même vouloir solliciter la compagnie d'assurance pour couvrir les risques auxquels il est exposé. Mais cette volonté n'a aucune importance car dans tous les cas, il doit s'assurer.

intervient alors pour encadrer les volontés qui se manifestent afin de protéger une partie supposée faible.

Le contrat imposé répond ainsi dans une grande mesure à l'impératif de protection de la partie faible dans les relations contractuelles. Le contrat interdit bien qu'étant une autre forme d'atteinte à la liberté contractuelle répond à un autre objectif. Celui du respect de l'ordre public économique.

## CHAPITRE II

# LE CONTRAT INTERDIT

**133.** Le protectionnisme social n'est pas la seule cause d'atteinte à la liberté contractuelle au niveau communautaire. Le dirigisme économique a comme corollaire le dirigisme contractuel<sup>303</sup>. En effet, l'Etat qui met en œuvre une politique économique a intérêt à ce que les particuliers ne constituent pas un frein à la réalisation de cet ordre économique. Etant donné que le contrat est l'instrument par lequel s'effectuent les échanges, ils ne peuvent échapper à l'emprise des pouvoirs publics qui entendent mettre en œuvre une politique économique particulière.

**134.** L'adoption d'une politique économique communautaire, comme celle entreprise dans le cadre de la CEMAC, a donc nécessairement des incidences sur le droit des contrats. Les contractants doivent se soumettre à un minimum de règles nécessaires pour atteindre la libre circulation des personnes, des services et des biens envisagée dans l'objectif de réalisation d'un marché commun. C'est la raison pour laquelle l'Union Economique de l'Afrique Centrale a adopté le Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Les règles contenues dans ce règlement sont essentiellement destinées à protéger et maintenir une concurrence durable sur le marché commun et s'adressent par conséquent aux opérateurs économiques<sup>304</sup>. Comme c'est le cas pour toute réglementation de concurrence, le règlement susvisé interdit de nombreuses pratiques commerciales considérées comme anticoncurrentielles. Il s'agit notamment des ententes, des concentrations et

---

<sup>303</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 130.

<sup>304</sup> MAINGUY (D.), « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, p. 24.

des abus de position dominante qui sont susceptibles d'entraver de manière sensible la concurrence au niveau communautaire.

**135.** Mais les interdictions de contracter ne se limitent pas seulement au droit de la concurrence. En effet, dans nombre de situations, les textes communautaires interdisent de conclure des contrats. Cette interdiction de contracter se retrouve dans le droit des procédures collectives. En vue d'assurer les intérêts de la masse des créanciers, le commerçant en état de cessation des paiements est astreint à ne plus passer un certain nombre d'actes. De même, en droit des sociétés (régé par l'Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique), la liberté des associés de passer certains actes se trouve limitée lorsque ces actes peuvent porter atteinte à l'intérêt de la société ou des autres associés.

C'est dire que les atteintes à la liberté de conclure un contrat en droit communautaire peuvent avoir pour finalité soit la protection d'un intérêt général, en l'occurrence, la saine concurrence sur le marché commun (Section I) soit la protection des intérêts catégoriels (Section II).

## **SECTION I**

### **L'INTERDICTION JUSTIFIEE PAR LA PROTECTION D'UN INTERET GENERAL : LE CAS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES**

**136.** Le droit des contrats et le droit de la concurrence ont pendant longtemps entretenu des relations paisibles<sup>305</sup>. La raison était assez simple. L'existence d'un marché fluide suppose une pluralité de participants ainsi que la liberté d'entrer et de sortir à des conditions non discriminatoires<sup>306</sup>. L'économie libérale classique reposait donc sur le double principe de la liberté

---

<sup>305</sup>FAGES (B.) et MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, p. 71.

<sup>306</sup> DECOOPMAN (N.), « Droit du marché et droit des obligations », in Le renouvellement des sources des obligations, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, p. 144.

d'entreprendre et d'agir qu'incarne la liberté contractuelle. C'est pourquoi, les premières tentatives de réaction contre les excès de la liberté d'entreprendre ont pris appui sur des mécanismes de droit commun<sup>307</sup>.

137. En effet, la libre compétition comporte en elle-même ses propres limites car la liberté totale de la concurrence entraîne inéluctablement la création des monopoles, ce qui se traduit par la suppression de la concurrence<sup>308</sup>. Il est donc apparu nécessaire de protéger le marché contre les pratiques susceptibles d'éradiquer la concurrence<sup>309</sup>. Dans cette optique, les mécanismes de droit commun sont apparus inadaptés aux mutations du marché et à la complexité des mécanismes d'échanges<sup>310</sup>. Ils ne sont plus réservés de nos jours qu'à certaines pratiques restrictives de concurrence pour le moins dérisoires<sup>311</sup>. C'est pourquoi, la mise en place d'un marché commun au sein de la CEMAC a été suivie par l'adoption des règles de concurrence destinées à préserver une saine concurrence dans cet espace économique.

Ces règles destinées à défendre l'ordre public économique de la communauté procèdent par des interdictions qui touchent essentiellement le droit des contrats<sup>312</sup>. Plusieurs contrats peuvent se trouver interdits parce qu'ils portent atteinte à la concurrence, soit par leur objet, soit par leur effet (Paragraphe 1). La conclusion d'un contrat en violation de la réglementation

---

<sup>307</sup> SERRA (Y.), « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », in Actes du colloque sur le droit du marché et droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, p. 7.

<sup>308</sup> IZORCHE (M.L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », R.T.D.Com., 1998, p.17.

<sup>309</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, chron., p.51.

<sup>310</sup> V. notamment un arrêt de la cour d' Appel de Paris qui rappelle qu'il ne saurait être contesté à des producteurs et des distributeurs la liberté de contracter ou de mettre fin à leurs relations contractuelles dans les conditions prévues par le droit commun des obligations. Qu'en conséquence, le référencement ou le déréférencement d'un fournisseur par un distributeur résulte du jeu normal de la négociation contractuelle. Mais la même cour tempère cette règle de droit commun en précisant qu'encore faut-il que ladite pratique n'ait pas pour « *objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence* » (Arrêt du 13 déc. 1995, D. 1996, IR, 22).

<sup>311</sup> FAGES (B.) et MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », op. cit., p. 72. V. également, BOUDOU (M.), La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence, thèse, Paris II, 2001.

<sup>312</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), « Droit de la concurrence et droit des contrats », op. cit., p.51.

sur les pratiques anticoncurrentielles étant punie par les textes communautaires (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Les pratiques anticoncurrentielles interdites**

138. Le règlement n°1/99 interdit un certain nombre de pratiques commerciales ayant des effets anticoncurrentiels (A). Mais étant donné que les mêmes pratiques ont fait l'objet de nombreuses réglementations nationales, il convient de définir les critères d'interdiction retenus par le droit communautaire (B).

### **A – L'ENUMERATION DES PRATIQUES INTERDITES**

139. Le droit communautaire de la concurrence de la CEMAC à l'instar du droit européen de la concurrence<sup>313</sup> ou en droit de la concurrence de l'UEMOA<sup>314</sup>, ne régit que les pratiques collectives, à l'exclusion des pratiques restrictives qui restent de la compétence des droits nationaux<sup>315</sup>. Les pratiques collectives sont en effet les seules qui peuvent atteindre de manière sensible le marché communautaire<sup>316</sup>. Le règlement n° 1/99 interdit ainsi les ententes illicites (1), les abus de position dominante (2) et les concentrations

---

<sup>313</sup> WAELBROECK (M.) et FRIGNANI (A.), *Concurrence*, Commentaire Megret, vol. 4, 2<sup>e</sup> éd., Université de Bruxelles, 1997 ; SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.) et BLAISE (J.-B.), *Droit européen des affaires*, 4<sup>e</sup> éd., P.U.F, 1994 ; GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.) et VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1994 ; KOVAR (R.), « Concurrence », in, *Rép. Dr. Communautaire*, D.2000. AHREL (P.), « Modernisation des règles relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante (publication du nouveau règlement) », P. A., n° 66, 02 avril 2003, p. 6.

<sup>314</sup> COULIBALY (A.S.), « Le droit de la concurrence de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine », *Revue Burkinabè de droit*, 2003, n° 43-44, pp. 37 à 77.

<sup>315</sup> Loi n°90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun ; Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence au Cameroun et abrogeant certaines dispositions de la loi n°90/031 du 10 août 1990 ; Loi n°014/98 du 23 juillet 1998 fixant la concurrence en république gabonaise.

<sup>316</sup> GAGNAIRE (F.), « Politique de concurrence dans la Communauté Européenne », P. A., n°78, 18 avril 2003, pp. 8 à 15.

économiques (3) qui portent atteinte à la concurrence au niveau communautaire.

## **1 – Les ententes illicites**

**140.** Aux termes de l'article 3 paragraphe 1<sup>er</sup> du règlement n° 1/99, « *sont incompatibles avec le marché commun et par conséquent interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises, et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ...* ».

Cette disposition saisit le contrat dans toutes ses dimensions car y sont interdits aussi bien les contrats conclus expressément que les manifestations de volonté non traduites explicitement par un acte. Peuvent ainsi tomber sous le vocable d'entente illicite, aussi bien les conventions expresses et tacites que les actions concertées<sup>317</sup> et les coalitions. Cette solution classique en droit de la concurrence se justifie par le fait que le droit de la concurrence est un droit économique qui ne s'intéresse qu'aux comportements<sup>318</sup>, et par conséquent à la finalité de l'acte. Dès lors, l'acte primitif qui a servi de support n'a qu'un rôle subsidiaire, le seul comportement des parties pouvant permettre d'établir l'infraction<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Par sa nature même, la pratique concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord. Elle peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants. Mais un parallélisme des comportements ne suffit pas à lui seul pour établir l'existence d'un indice sérieux. Cependant, il peut s'avérer être un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas à des conditions normales de concurrence. V. CJCE, Arrêt du 14 juillet 1972, Geigy AG / Commission, 52-69, Rec., p. 787 ; Arrêt du 14 juillet 1972, Sandoz AG / Commission, 53-69, Rec., p. 845.

<sup>318</sup> NJEUFACK TEMGWA (R.), La protection de la concurrence dans la CEMAC, thèse, Université de Dschang, 2005, n°32.

<sup>319</sup> La CJCE décide par exemple dans un cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, qu' « *il suffit, pour que l'article 85 (actuel art. 81 du traité de Rome) soit applicable, qu'elles prolongent leurs effets au-delà de leur cessation formelle. Le régime de concurrence instauré par les articles 85 et suivants du traité s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique* », Arrêt du 3 juillet 1985, Binon / AMP 243/83, Rec., p. 2015 (cf. al. 17).

141. Cela ne signifie pas pour autant que la volonté ne joue aucun rôle en droit de la concurrence. Bien au contraire. C'est la volonté implicite des parties qui est recherchée. L'atteinte à la concurrence par deux ou plusieurs entreprises à travers les mêmes actes ne peut être que la résultante d'une concertation entre celles-ci<sup>320</sup>. Le rôle des autorités de concurrence est alors d'établir la réalité des faits, c'est-à-dire la volonté non expressément matérialisée dans un acte<sup>321</sup>. La restriction ou la suppression doit avoir été voulue ou être prévisible par les participants, peu importe alors que ladite volonté soit matérialisée dans un acte ou non.

142. L'atteinte au jeu de la concurrence par les ententes peut consister à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ou à pratiquer les ventes liées ou à favoriser les pratiques discriminatoires.

143. La Cour de cassation juge ainsi qu'une convention d'exclusivité créant artificiellement une barrière à l'entrée d'un marché constitue une entente bien que les auteurs des actions prohibées n'exerçaient pas une activité économique sur le marché en cause<sup>322</sup>. De même, constitue une

---

<sup>320</sup> Cela ne va pas toujours de soi. La CJCE exige de la commission qu'elle réunisse des éléments de preuve concordants et suffisamment probant pour établir la preuve que le comportement de deux entreprises est le résultat d'une concertation entre elles. Il n'y a par conséquent pas de pratique concertée lorsque les entreprises incriminées peuvent expliquer autrement leur comportement. V. notamment, Arrêt du 28 mars 1984, CRAM / Commission, 29/83 et 30/83, Rec., p. 1679 (cf. al. 16-20).

<sup>321</sup> La CJCE considère ainsi qu'il y a pratique concertée lorsque le comportement parallèle est susceptible de permettre aux intéressés la recherche d'un équilibre des prix à un niveau différent de celui qui aurait résulté de la concurrence, et la cristallisation de situations acquises au détriment de la liberté effective de circulation des produits dans le marché commun et du libre choix par les consommateurs de leurs fournisseurs. V. Arrêt du 14 juillet 1972, ICI / Commission, 48-69, Rec., p. 619 ; Arrêt du 14 juillet 1972, BASF / Commission, 49-69, Rec., p.713 ; Arrêt du 14 juillet 1972, Bayer AG / Commission, n°51-69, Rec., p. 745 ; Arrêt du 14 juillet 1972, Francolor / Commission, n° 54-69, Rec., p. 851.

<sup>322</sup> Cass. com., 13 févr. 1996, Bull. civ., IV, n° 48, D. 1996 , IR 70,



entente illicite sur le marché de la livraison florale, le contrat par lequel les parties ont défini et publié les règles standard de comportements entre les fleuristes. Ceux-ci s'étaient engagés dans un réseau de transmission florale et de conditions minima de transaction susceptibles d'être assurées en toutes circonstances, par ces fleuristes et à fixer le prix et le contenu de catalogues<sup>323</sup>. Ont également été sanctionnées des pratiques consistant à mettre en oeuvre, antérieurement à la remise des offres, une concertation qui a eu pour objet, par une stratégie de groupement et par la fourniture d'offres de couverture, de maintenir la répartition des marchés résultant des précédents appels d'offres au bénéfice de ces entreprises<sup>324</sup>.

144. C'est dire que plusieurs contrats peuvent tomber sous le coup de l'interdiction des ententes illicites. Mais pour que cette incrimination soit retenue, il faudrait qu'il y ait un contrat valable, ce qui suppose une rencontre de deux ou de plusieurs volontés indépendantes. Tel n'est pas le cas des décisions prises entre une société mère et ses filiales du moment où celles-ci ne jouissent pas d'une autonomie suffisante dans la gestion de leurs entreprises. L'exigence d'un concours de volontés entre plusieurs personnes distinctes suppose une autonomie de gestion et une liberté commerciale<sup>325</sup>. A défaut d'une telle autonomie, l'accord est considéré comme une organisation des tâches purement interne et échappe à tout contrôle des autorités de concurrence<sup>326</sup>. La loi camerounaise n°98-13 est d'ailleurs plus précise que l'article 3 du règlement n°1/99. L'article 5 alinéa 1 dispose : « *sont prohibés, les accords et les ententes entre les personnes physiques et/ou morales jouissant d'une autonomie commerciale...* ». Cette autonomie commerciale n'est pourtant pas exigée en matière de position dominante.

---

<sup>323</sup> Cons. Conc., 06 février 2001, déc. n° 00D-75, voir le site [www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/00d75](http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/00d75).

<sup>324</sup> Cons. Conc., n° 2000-D-34 du 18 juillet 2000 relative à des pratiques relevées lors de la passation de plusieurs marchés d'électrification rurale dans le département de l'Eure-et-Loir

<sup>325</sup> SELINSKY (V.), « Ententes illicites », J.-Cl concurrence consommation, 1992, Fasc. 310.

<sup>326</sup> CJCE, 25 nov. 1971, Beguelin import c/ Beguelin Export, aff. 22/71, Rec. 949, R.T.D.E., 1972, 411, concl. A. Dutheil de Lamonthe, note R. Joliet ; GAVALDA (Ch.) et PARLEANI, Traité de Droit Communautaire des Affaires, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1992, n° 523.

## **2 – L'abus de position dominante**

145. Le règlement n° 1/99 rend incompatible avec le marché commun, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci. La position dominante est définie à l'article 15 du règlement n° 1/99 comme « *tout monopole ou toute situation tendant à favoriser l'acquisition d'une part du marché supérieure ou égale à 30%* ». Ce n'est pas la détention de la position dominante en soi qui est sanctionnée. Mais son usage abusif, c'est-à-dire le fait d'accomplir des actes qui entravent de manière sensible la libre concurrence sur le marché communautaire. L'usage abusif de la position dominante peut consister aux termes de l'article 16 du règlement n°1/99 à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ; à pratiquer des prix anormalement bas ou abusivement élevés ; à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; à appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats et de se concerter sur les conditions de soumission à des appels d'offres en vue d'un partage du marché au détriment des autres concurrents.

146. Contrairement aux ententes dont l'illicéité ne résulte que de leur effet anticoncurrentiel, ces pratiques sont déjà interdites par le droit de la concurrence des différents Etats membres. Mais elles sont considérées comme des pratiques restrictives de concurrence, d'importance mineure pour le marché commun, et ne sont pas interdites par le droit communautaire. Elles relèvent des droits nationaux mais peuvent devenir des pratiques anticoncurrentielles soumises aux autorités communautaires si elles émanent d'une entreprise qui remplit les conditions de l'article 15 du règlement n°1/99 qui définit la notion de position dominante.

147. La position dominante est, en effet, définie à l'article 15 du règlement n°1/99 comme tout monopole ou toute situation tendant à favoriser l'acquisition d'une part du marché supérieure ou égale à 30%. Cet article retient uniquement le critère de la part de marché sans pour autant spécifier si le marché de référence est le marché géographique ou celui des produits en cause. Dans une de ses décisions, la C.J.C.E considère comme marché géographique en cause, toute partie ou territoire de la communauté présentant un poids économique assez significatif au regard du reste de la communauté. On peut en déduire que le critère de la part de marché se réduit au marché des produits en cause<sup>327</sup>.

Même réduit au marché des produits en cause, ce critère a été jugé insuffisant pour déterminer avec exactitude la détention d'une position dominante sur un marché donné<sup>328</sup>. Le critère de comportement retenu par la Cour de Justice des Communautés Européennes est plus satisfaisant. Celle-ci considère qu'une entreprise n'est en position dominante que lorsqu'elle détient une puissance économique qui lui permet « *de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants* »<sup>329</sup>. Dans tous les cas, l'organe de régulation de la concurrence au niveau communautaire qu'est le Secrétariat Exécutif de la CEMAC aura fort à faire même en tenant compte du seul critère de la part de marché. Il faudra au préalable déterminer les produits en cause, c'est-à-dire procéder à une classification des produits pouvant faire l'objet d'un même marché.

148. Il est donc *a priori* difficile de savoir si une entreprise est en position dominante ou non, à moins qu'il ne s'agisse des monopoles ou quasi monopoles. Cette incertitude laisse les opérateurs économiques perplexes car

---

<sup>327</sup> NJEUFACK TEMGWA (R.), op. cit., n° 42.

<sup>328</sup> KALIEU (Y.) et KEUGONG WATCHO (R.), Commentaire des règlements n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles et n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres, Juridis Périodique, n°54, avr.-juin 2003 p.99 ; NJEUFACK TEMGWA (R.), op. cit., n° 42.

<sup>329</sup> CJCE, 14 février 1978, Rec., p. 208, R.T.D.E, 1978, note Delannay.

on ne sait jamais si l'acte qu'on passe ou le comportement qu'on adopte serait susceptible d'être sanctionné pour abus de position dominante.

Ce sont donc de multiples contrats qui courent le risque d'être frappés de nullité pour abus de position dominante sans que les parties aient eu la possibilité de le prévoir lors de leur formation. Ce risque est également à craindre en ce qui concerne les concentrations économiques interdites.

### **3 – Les concentrations économiques**

149. La concentration est définie comme un ensemble d'opérations ayant pour objet l'accroissement de la dimension de l'entreprise et de sa puissance économique par la diminution du nombre des entreprises participantes<sup>330</sup>. Elle n'a été réglementée en droit européen que très récemment dans règlement (CEE) 4064/89 du conseil relatif au contrôle des concentrations<sup>331</sup>. L'article 5 alinéa 1<sup>er</sup> du règlement n°1/99 prend en compte, pour l'application du droit de la concurrence, toute opération de fusion quelle que soit la dénomination de l'opération<sup>332</sup>. Le contrôle des opérations de concentration est destiné à prévenir l'émergence des structures de marché qui engendrent ou qui peuvent engendrer des incidences anticoncurrentielles<sup>333</sup>.

Le droit communautaire n'interdit que les opérations de concentration qui peuvent fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun<sup>334</sup>. Il s'agit de celles qui ont pour effet de restreindre sensiblement les possibilités de choix des fournisseurs et/ou des utilisateurs, de limiter l'accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés ou de créer des barrières à l'entrée

---

<sup>330</sup> CORNU (G.), Vocabulaire Juridique, Association Henri CAPITANT, Quadrige, PUF, 2001, p. 83.

<sup>331</sup> LA LAURENCIE (J.-P. de), « Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations : comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux », D.1990, Chron., p.141, BOLZE (Ch.), « Le Règlement (CEE) 4064/89 du conseil relatif au contrôle des concentrations », Revue des sociétés, 1990, p. 207 et ss.

<sup>332</sup> L'acquisition de contrôle d'une entreprise qui peut se faire par prise de participation constitue également une forme de concentration (BOLZE (Ch.), op. cit., p. 207 et ss.).

<sup>333</sup> Rapport de la commission française de la concurrence, 1985, p. XIV.

<sup>334</sup> GENESTE (B.), Droit communautaire de la concurrence, coll. Gestion internationale, Vuibert, Paris, 1993.

en interdisant particulièrement aux distributeurs d'effectuer des importations parallèles (article 7 du règlement n°1/99).

**150.** Ne sont cependant pas concernées par l'interdiction, les opérations de concentration réalisées d'une part lorsque des établissements de crédit, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour leur compte ou pour le compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente. Et d'autre part lorsque le contrôle est exercé à titre provisoire par une entreprise mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un Etat membre dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de faillite des entreprises.

De même, aux termes de l'article 7 (2), *« les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante et qui affectent faiblement la concurrence dans le marché commun ou une partie de celui-ci doivent être déclarées compatibles »*.

**151.** Toutefois, en pratique, l'opération de concentration se distingue mal d'une entente. Elle suppose en effet une rencontre de volontés matérialisée par un accord exprès en vue de la fusion entre deux entreprises précédemment indépendantes ou de l'acquisition d'une part du capital d'une entreprise par une autre dont l'objectif est la prise de contrôle de la première par la seconde. Qu'il s'agisse cependant de la concentration ou de l'entente, l'infraction ne peut être retenue que si certaines conditions sont réunies.

## **B – LES CRITERES D'INTERDICTION**

**152.** Les pratiques anticoncurrentielles ne sont sanctionnées que si certaines conditions sont réunies. Elles doivent avoir des effets au moins restrictifs de concurrence. Mais contrairement au droit commun des contrats où la nullité ou la validité d'un acte s'apprécie au moment de sa formation, le droit de la concurrence apprécie l'acte aussi bien lors de sa formation que lors

de son exécution. Il sanctionne ainsi les pratiques ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel (1) dès lors que le seuil de sensibilité communautaire est atteint (2).

## **1 – L'objet ou l'effet anticoncurrentiel**

153. L'atteinte à la concurrence doit en premier lieu être jugée par rapport à l'objet du contrat. Les dispositions législatives relatives à la concurrence constituent en effet un nouvel avatar de l'ordre public de l'article 6 du code civil. L'illicéité de l'objet s'apprécie par rapport à la transparence qui doit exister sur le marché<sup>335</sup>. Les articles 3 et 16 donnent une liste indicative de pratiques considérées comme restrictives de concurrence parce que constitutives d'entente ou d'abus de position dominante<sup>336</sup>. En d'autres termes, si l'objet d'un contrat tombe sous le coup de l'une de ces interdictions, le contrat est susceptible d'être sanctionné.

154. Cependant, le droit de la concurrence a une acception différente de la notion d'objet. Selon certains auteurs<sup>337</sup>, « *le mot objet correspond au concept d'objectif et par conséquent à la notion juridique de cause* ». La cause ici évoquée est la cause objective, ce pourquoi les parties ont contracté. L'objectif est de saisir l'effectivité de l'atteinte à la concurrence et non de rechercher l'état d'esprit des contractants<sup>338</sup> qui reste l'apanage du droit commun des contrats<sup>339</sup>. Mais le contrôle ne s'arrête pas à la cause du contrat. L'objet même du contrat peut être anticoncurrentiel car le contrat comporte au moins une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. En d'autres

---

<sup>335</sup> Le droit des contrats et le droit de la concurrence entretiennent des rapports à la fois complémentaires et antinomiques dans ce sens qu'ils utilisent les mêmes concepts mais leur donne des contenus différents. V. par ex., l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 déc. 1995 précité.

<sup>336</sup> V. supra n° 140 et 145.

<sup>337</sup> MOUSSERON (J.M.), *Technique contractuelle*, Francis Lefèbvre, Paris, 1988, n°240 ; DREIFUSS-NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des contrats », R.T.D.Civ., 1990, p. 374.

<sup>338</sup> DREIFUSS-NETTER (F.), op. cit., p. 374.

<sup>339</sup> Contra, POESY (R.), « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », P.A., n°210, du 20 octobre 2000 ; selon cet auteur, il est inexact de considérer que le droit de la concurrence est indifférent à l'intention des parties puisqu'il n'y a d'entente que pour les seuls contractants ayant souscrits en considération d'un motif illicite (car anticoncurrentiel).

termes, tout le contenu du contrat peut être anticoncurrentiel ou certaines clauses spécialement. L'intention des parties contractantes prend une part prépondérante dans ce critère parce qu'un type donné d'entente n'est pas anticoncurrentiel par nature<sup>340</sup>.

155. La prise en compte par le droit de la concurrence des notions civilistes d'objet et de cause du contrat pour sanctionner un contrat qui porte atteinte à l'ordre public économique, connaît cependant deux atténuations. D'une part, un contrat (ou une clause) anticoncurrentiel(le) peut être « racheté(e) » si l'accord ou la concentration est exempté(e)<sup>341</sup> ou bien lorsque l'accord ou la concentration dénoncé(e) a « pour effet d'assurer un progrès économique »<sup>342</sup>. D'anticoncurrentiel, l'accord devient « bénéfique » pour le marché. Il ne sera plus sanctionné. Le droit civil ne connaît pas une telle possibilité<sup>343</sup>. Lorsqu'une convention porte atteinte à l'ordre public classique, aucun moyen de rachat n'est possible. Peu importe que ladite convention ait ou non une importance économique ou même sociale. L'ordre public économique se distingue ainsi par son adaptabilité à chaque situation.

156. L'atteinte à la concurrence doit également être jugée par rapport à l'effet du contrat. Il s'agit de l'une des spécificités de l'ordre public en matière de concurrence. La validité du contrat ne s'apprécie pas seulement à la formation du contrat. L'effet qui, d'après Mme Nicole Decoopman, « est le

---

<sup>340</sup> JIOGUE (G.), Introduction à l'étude du droit camerounais de la concurrence, thèse, Yaoundé, 1997, n° 37, p. 31.

<sup>341</sup> Article 3 paragraphe 2 du règlement n°1/99 « Toutefois, certains accords peuvent être exemptés de l'interdiction prévue à l'article 2 ci-dessus. Lesdits accords devraient toutefois répondre aux conditions ci-après :

- Apporter effectivement une contribution au développement de l'efficacité économique;
- Etre indispensable à la réalisation de l'efficacité économique ;
- Apporter un bénéfice ou un profit certain aux consommateurs ou aux utilisateurs. Ce profit n'est pas seulement de nature pécuniaire ».

<sup>342</sup> Aux termes de l'article 8 du règlement n°1/99, le Secrétariat exécutif, dans l'appréciation de l'effet anticoncurrentiel d'une concentration, doit tenir compte de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun, de la structure de tous les marchés en cause, de la position sur le marché des entreprises concernées et leur puissance économique et financière, de l'intérêt des consommateurs intermédiaires et finals et de l'évolution du progrès technologique pour autant que ce facteur soit à l'avantage des consommateurs .

<sup>343</sup> POESY (R.), article précité.

*résultat concret – actuel ou potentiel – produit par l'existence ou l'exécution d'une convention* »<sup>344</sup>, doit également être contrôlé. Ce contrôle s'étend aussi à l'exécution du contrat. Ce qui permet aux autorités de concurrence de saisir toutes les atteintes aussi bien celles dissimulées lors de la convention, que celles que les parties n'auraient pas expressément prévues. La concurrence étant une valeur sociale protégée qu'aucune atteinte même non intentionnelle ne doit être admise<sup>345</sup>. Cette prise en compte des effets permet, en outre, d'apprécier la licéité de la pratique au regard du comportement des autres concurrents : le cadre individualiste du contrat est dépassé<sup>346</sup>. Les acteurs du droit de la concurrence ne sont donc pas nécessairement les mêmes, c'est-à-dire les contractants comme en droit commun<sup>347</sup>. La jurisprudence est même allée plus loin en considérant qu'une clause licite pouvait devenir illicite s'il existe d'autres contrats similaires qui font du marché un marché fermé. La Cour de Justice des Communautés Européennes décide en effet dans une espèce que l'« *existence des contrats similaires est une circonstance qui, avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié* »<sup>348</sup>. Elle invitait ainsi les parties à tenir compte de l'environnement juridique avant la conclusion de leur contrat<sup>349</sup>. Sous cet angle, cette décision est critiquable car il devient difficile, voire impossible, pour les parties de prévoir le sort de leur contrat par rapport à la législation sur la concurrence, et ce, même si le juge communautaire européen atténue la vigueur de son affirmation en précisant que le contrat en cause doit contribuer de manière significative à la fermeture du marché.

157. Il en ressort qu'en matière d'ententes illicites, le contrat, acte matériel, ne peut être considéré que comme une preuve de l'existence de l'infraction et non comme une condition de son existence car l'entente peut

---

<sup>344</sup> Op. cit., p. 150.

<sup>345</sup> JIOGUE (G.), op.cit., n° 39, p. 32.

<sup>346</sup> DECOOPMAN (N.), op. cit., p. 145.

<sup>347</sup> DREIFUSS-NETTER (F.), op. cit., p. 369.

<sup>348</sup> CJCE, 16 déc. 1975, Suiker Unie e.a., c/ Commission, Rec., p. 1663.

<sup>349</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), « Droit de la concurrence et droit des contrats », op. cit., p.53.



être présumée<sup>350</sup>. Le conseil français de la concurrence rappelle fréquemment que la preuve d'une condamnation peut résulter « *d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune de ces pièces prises isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* »<sup>351</sup>. Cette appréciation des effets passe par une analyse concrète, économique d'une situation<sup>352</sup>.

Le critère de l'effet anticoncurrentiel retenu par le droit de la concurrence communautaire de la CEMAC peut donc permettre au Secrétariat Exécutif d'aller outre les stipulations du contrat, pour sanctionner un contrat même si les parties n'avaient pas pu prévoir les effets anticoncurrentiels du moment où ceux-ci ont atteint le seuil de nuisance communautaire.

## **2 - L'atteinte au seuil communautaire**

**158.** Le droit communautaire de la concurrence CEMAC est applicable dans tous les Etats membres de la CEMAC. Dès lors, la logique de l'article 2 du règlement n°1/99 voudrait qu'une pratique ne soit sanctionnée que lorsqu'elle fausse ou restreint d'une manière sensible les échanges dans la communauté. Le marché commun créé par l'Union Economique de l'Afrique Centrale se trouve donc au centre de la politique communautaire de la concurrence. C'est dire qu'une détermination du seuil de sensibilité communautaire (b) ne peut se faire que si la notion de marché commun est éclaircie (a).

### **a) Le marché de référence : le marché commun**

**159.** Le vocabulaire juridique définit le marché entre autres comme un « *type d'économie où règne la libre concurrence* » en faisant référence à

---

<sup>350</sup> SELINSKY (V.), Ententes illicites, op. cit., p. 8.

<sup>351</sup> Déc. n° 89-D-42, Aff. Equipement électrique, Rec. Lamy, n° 380, note V. SELINSKY ; Rev. Conc. Consomm., n° 53, p. 42.

<sup>352</sup> DECOOPMAN (N.), op. cit., p. 50.

l'économie de marché<sup>353</sup>. Notion économique néanmoins, le marché d'un bien ou d'un service est décrit comme le lieu de confrontation d'une offre et d'une demande qui permet la fixation d'un prix. La recherche des pratiques susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence sur un marché donné impose donc au préalable de rechercher quel est le marché concerné, encore appelé marché « *pertinent* » ou « *marché en cause* ». Il s'agit du marché à prendre en considération pour apprécier, en vue de l'application des règles de concurrence, la situation économique d'une entreprise, l'objet ou l'effet d'une entente<sup>354</sup>. Celui-ci est connu par la délimitation des produits entrant en concurrence sur un espace géographique connu.

**160.** En terme de produits, le marché de référence se définit comme « *le lieu sur lequel se confrontent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acheteurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts* »<sup>355</sup>. Sa délimitation permet de dessiner les contours de la concurrence potentielle<sup>356</sup>. Mais cette détermination du marché des produits en cause est pour le moins difficile à cerner<sup>357</sup>. D'abord considérée par la Cour de cassation comme étant un fait relevant du pouvoir souverain de la cour d'appel de Paris<sup>358</sup>, la délimitation du marché pertinent dans un cas d'espèce, a été considérée par la doctrine comme « *une opération intellectuelle qui relève de l'appréciation, du jugement et non de la constatation* »<sup>359</sup>. Cette opération est d'ailleurs délicate car « *opérer des découpages de l'activité économique en marché de produits présentant entre eux un degré suffisant d'interchangeabilité en vue d'un même usage et donc destinés à satisfaire une demande homogène voire une*

---

<sup>353</sup> CORNU (G.), P.U.F., p. 539.

<sup>354</sup> CANIVET (G.) et CHAMPALAUNE (C.), « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in *Le juge et droit de l'économie*, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 258.

<sup>355</sup> 1<sup>er</sup> rapport d'activité du Conseil français de la concurrence, année 1987, p. XX.

<sup>356</sup> 6<sup>e</sup> rapport d'activité du Conseil français de la concurrence, année 1989, p. XLVII.

<sup>357</sup> La délimitation du marché des produits en cause se fait en tenant compte de la substituabilité plus ou moins grande des biens ou services offerts à une clientèle déterminée. V., SELINSKY (V.), « Abus de domination », *J.-Cl concurrence consommation*, 1992, Fasc. 315, p.4.

<sup>358</sup> Cass. com., 29 avr. 1989, Bull. civ., IV, n° 135, p. 90.

<sup>359</sup> BOUTARD- LABARDRE (M.-C.), et BUREAU (M.), « La délimitation du marché pertinent », *RJDA*, 11/93, p. 747.

*clientèle déterminée, se réalise d'un trait de plume tant que l'on se cantonne à une présentation purement théorique du fonctionnement du modèle concurrentiel à partir de la méthode d'équilibre partiel ; (...) le découpage devient toutefois un exercice chirurgical beaucoup plus difficile lorsqu'il s'agit de quitter le terrain purement théorique et de raisonner sur des cas concrets* »<sup>360</sup>. L'appréciation des faits ayant pour but de délimiter le marché pertinent doit donc être soumise au contrôle de la Cour de cassation parce qu'il ne s'agit pas d'une simple constatation mais d'une opération juridique, celle de la qualification juridique. Dans le cadre du droit de concurrence de la CEMAC, cette opération incombera au Secrétariat Exécutif dont la décision est soumise au contrôle de la Cour de Justice communautaire de la CEMAC<sup>361</sup>.

**161.** Géographiquement, le marché doit se limiter à un territoire donné. Dans le cadre de la CEMAC, le marché commun institué, est un vaste espace sans frontière entre les six Etats membres de la CEMAC. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'une pratique anticoncurrentielle affecte le marché de tous les Etats membres pour relever de la compétence du Secrétariat Exécutif de la CEMAC. L'article 16 du règlement n°1/99 précise d'ailleurs que l'affectation d'une partie du marché commun suffit pour mettre en œuvre la réglementation sur les abus de position dominante. Le marché doit donc être limité au territoire *« sur lequel les entreprises engagées dans l'offre des biens et des services en cause sur lesquels les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peuvent être distinguées des zones géographiques voisines parce qu'en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »*<sup>362</sup>.

Il en ressort que l'importance économique d'une zone par rapport à l'ensemble du marché communautaire peut constituer un élément suffisant

---

<sup>360</sup> GLAIS (M.), « Le concept de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Traité de Rome », in *Revue du marché commun*, n° 306, avr. 1987, p. 203.

<sup>361</sup> KALIEU (Y. R.), « La cour de Justice de la CEMAC et les pratiques anticoncurrentielles », in *Actes du colloque de Libreville sur la Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC*, AUF, GIRAF, 2005, p. 47.

<sup>362</sup> Communication sur la définition du marché en cause, J.O.C.E., C. 372/03 du 9 déc. 1997, point n° 7 ; DUTHEUIL DE LA ROCHERE (J.), *Droit communautaire matériel*, coll. Les fondamentaux, Hachette, Paris, 2001.

pour retenir la compétence des autorités communautaires sans qu'il soit besoin que la pratique dépasse les frontières de tous les Etats membres<sup>363</sup>. Il suffit que les territoires concernés puissent constituer une « *partie substantielle* » du marché commun. La délimitation du marché permet de déterminer les conditions de concurrence sur celui-ci afin de voir si la pratique en cause affecte sensiblement le marché de référence.

## **b) La difficile détermination du seuil de sensibilité communautaire**

162. Le droit communautaire des pratiques commerciales anticoncurrentielles, faut-il le rappeler, régit les mêmes pratiques que les droits nationaux. Afin d'éviter les conflits de compétence, l'article 2 du règlement n°1/99 dispose que le droit communautaire ne régit que les pratiques qui réduisent sensiblement le marché commun. S'il est aisé de définir le marché commun, la notion de sensibilité reste difficile à cerner. A partir de quel degré d'affectation une pratique peut-elle être déclarée communautaire ? Est-ce que le simple fait qu'une entente ait des effets sur le marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci suffit pour qu'elle devienne une pratique communautaire ? Une réponse négative s'impose. Les critères de « *part de marché* » et de « *chiffre d'affaires* » retenus respectivement pour l'abus de position dominante<sup>364</sup> et les concentrations<sup>365</sup> restent une simple condition d'applicabilité de la norme communautaire<sup>366</sup>. Il n'y a donc pas une nette démarcation entre les droits nationaux et le droit communautaire. Mais ce vide législatif n'a pas une importance significative pour les contractants car dans tous les cas, la pratique a peu de chance d'échapper à la sanction.

---

<sup>363</sup> V. par ex., C.J.C.E, Arrêt Suiker Unie, 16 déc. 1975, rec., p. 1663, dans lequel, la C.J.C.E juge que le fait que la production belge du sucre représentait 8% et la consommation 6% de celle de la communauté suffisait « *pour que le territoire belgo-luxembourgeois soit considéré comme une partie substantielle du marché commun de ce produit* ».

<sup>364</sup> L'article 15 du Règlement n° 1/99 dispose : « *Tout monopole ou toute situation tendant à favoriser l'acquisition d'une part du marché supérieure ou égale à 30% est constitutif de position dominante* ».

<sup>365</sup> L'article 6 (2) dispose : « *Une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque deux (2) au moins des entreprises partenaires réalisent sur le Marché Commun un chiffre d'affaires supérieur à un milliard de francs CFA chacune ou les entreprises parties à l'opération détiennent ensemble 30 % du marché* ».

<sup>366</sup> NJEUFAK TEMGWA (R.), op. cit., n° 197.

## **Paragraphe 2 : La sanction des contrats ayant des effets anticoncurrentiels**

**163.** L'ordre public économique que la réglementation sur la concurrence tend à protéger est un ordre public de direction. La sanction normale est une nullité de plein droit (A) qui ne peut manifestement être mise en œuvre par les autorités de concurrence. Mais celles-ci, à savoir, le Conseil Régional de la Concurrence et le Secrétariat Exécutif<sup>367</sup>, disposent d'un pouvoir d'injonction original qui permet au Secrétariat Exécutif de reformer le contrat (B).

### **A – LA NULLITE DE PLEIN DROIT**

**164.** L'article 4 du règlement n°1/99 dispose que « *tous les accords ou décisions pris en rapport avec les pratiques prohibées par l'article 3 sont nuls de plein droit. Cette nullité peut être invoquée par les parties ou par les tiers, mais n'est pas opposable aux tiers par les parties* ». Cette nullité dont l'étendue déborde le cadre du droit commun des nullités d'ordre public (1) risque de connaître des difficultés d'application (2).

#### **1 – Une nullité de plein droit hors du commun**

**165.** L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles touche particulièrement la cause de l'obligation et l'objet du contrat. Le contrat est dit anticoncurrentiel lorsque la cause de l'obligation est illicite ou l'objet illicite. La sanction normale de cette illicéité est la nullité absolue<sup>368</sup> puisque les règles de concurrence visent la protection d'un intérêt général et non celui d'une partie au contrat. La nullité de plein droit prévue à l'article 4 est donc

---

<sup>367</sup> Depuis la modification du Règlement n° 1/99 par le Règlement n° 12/05, le Conseil Régional ne joue plus qu'un rôle consultatif auprès du Secrétariat Exécutif de la CEMAC, qui est devenu le nouvel organe juridictionnel chargé d'instruire et de sanctionner les infractions relatives à la concurrence.

<sup>368</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 534 et ss.

une nullité absolue. L'exécution d'un contrat ayant un objet anticoncurrentiel en connaissance de cause ne peut donc valoir confirmation de l'acte nul<sup>369</sup>. En principe, l'action en nullité est ouverte à toute personne qui justifie d'un intérêt légitime et pécuniaire<sup>370</sup>, même à un participant repentant qui peut se « *prévaloir de son propre fait* »<sup>371</sup>. Il s'agit d'une marque de réalisme du droit commun des contrats. La défense de l'intérêt général implique que les chances d'annulation se multiplient. Or les contractants maîtrisent mieux le contenu et les effets réels du contrat sur l'intérêt général protégé<sup>372</sup>. En outre, un participant peut demander la répétition des prestations fournies car le droit de la concurrence ne s'intéresse qu'à la cause objective et reste indifférent à la cause subjective du contrat<sup>373</sup>. Or la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »<sup>374</sup> ne joue que pour les causes immorales<sup>375</sup>. C'est dire qu'un participant repentant peut demander à son cocontractant la répétition des prestations fournies.

**166.** L'article 4 limite cependant le droit des parties à se prévaloir de la nullité de l'acte. Celle-ci est opposable entre les parties et même par les tiers aux parties ; mais ces dernières ne peuvent l'opposer aux tiers. La nullité, faut-il le rappeler, est l'anéantissement rétroactif du contrat. Lorsqu'elle est prononcée, les parties sont remises au *statu quo ante*, du moins si la nullité est totale. C'est dire qu'en principe, tous les droits qui ont pu résulter du contrat sont anéantis. Les tiers qui ont traité avec les parties et dont les droits sont dépendants du contrat voient aussi leurs droits anéantis<sup>376</sup>. Mais, pour que la nullité leur soit opposable, ils doivent avoir été mis en cause dans

---

<sup>369</sup> DREIFUSS-NETTER (F.), op. cit., p. 383 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1966, D. 1966, 553, note Malaurie.

<sup>370</sup> Cass. com., 22 nov. 1988, J.C.P. 1989, IV, 32 ; Cass. com., 3 janv. 1996, R.J.D.A. 1996, n° 806.

<sup>371</sup> Paris, 1<sup>er</sup> oct. 1980, D. 1983, IR 222, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac, R.T.D.Com., 1981, 791, obs. Alfandari et Jeantin.

<sup>372</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 396.

<sup>373</sup> Supra, n° 153 et ss.

<sup>374</sup> Littéralement, « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ». C'est une maxime qui signifie qu'en annulant le contrat, le juge a la possibilité de refuser la répétition des obligations exécutées.

<sup>375</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 580.

<sup>376</sup> Par exemple le sous acquéreur d'un bien ne peut garder la propriété du bien si le contrat de vente initial est nul. Le second cessionnaire n'ayant jamais été propriétaire, ne pouvait céder plus de droit qu'il n'en disposait.

l'instance d'annulation<sup>377</sup>. L'anéantissement s'opère donc en cascade et risque d'anéantir les droits des tiers, ce qui conduit à une insécurité juridique<sup>378</sup>. Par exemple, le tiers ayant traité avec une des parties pouvait ignorer que le contrat primitif était illicite.

**167.** C'est pour limiter les effets néfastes de cette insécurité juridique que les auteurs du règlement n°1/99 ont exclu en toute hypothèse que les parties puissent opposer la nullité de leur contrat pour objet ou effet anticoncurrentiel aux tiers. Le règlement ne fait aucune distinction entre le tiers de bonne foi et celui qui a contracté en connaissance du caractère illicite de la convention. Cette inopposabilité est parfois admise aux tiers de bonne foi notamment en matière mobilière. Ils y sont admis à soulever la règle de l'article 2279 du code civil en vertu de laquelle « *en fait de meubles, la possession vaut titre* »<sup>379</sup>. Nonobstant cette exception, l'article 4 du règlement n°1/99 marque sa singularité par rapport au droit commun des nullités. L'acte nul de nullité absolue reste valable au regard des tiers même de mauvaise foi, tant qu'ils n'ont pas jugé utile de soulever cette nullité. Est-ce une manière pour le législateur communautaire d'aggraver la sanction des auteurs des pratiques anticoncurrentielles ?

**168.** Cela peut être le cas, le texte ne donne pas des précisions sur le régime général de cette nullité. Elle est donc soumise au droit commun des nullités sous réserve de l'exception sus évoquée. Cette particularité de la

---

<sup>377</sup>TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 432.

<sup>378</sup> C'est pourtant la solution retenue par l'article 81 § 2 du traité de Rome. La jurisprudence communautaire européenne reste fermement attachée à cette règle de nullité absolue *ex tunc*. La CJCE décide en effet dans son arrêt du 6 février 1973, Brasseries de Haecht II, que « *la nullité visée par l'article 85, paragraphe 2 (actuel article 81 paragraphe 2), produit des effets rétroactifs* ». Par la suite, la CJCE dans son arrêt du 18 décembre 1986 VAG, a déclaré que « *de tels accords sont nuls de plein droit* ». Puis, dans l'arrêt Béguelin Import, elle a estimé qu'une entente nulle ne pouvait produire aucun effet ni entre les parties, ni à l'égard des tiers. En ce sens, le cercle des opérateurs bénéficiant du droit d'invoquer la nullité est donc large. Pour plus de détails, v. KOZAK (M.), « La sanction civile des violations du droit de la concurrence au regard de l'acquis du droit communautaire et du droit polonais », R.D.A.I., n° 3, 2005, p. 377.

<sup>379</sup> En matière immobilière, le possesseur de bonne foi n'est pas protégé comme le possesseur de meuble de bonne foi ; mais il peut se prévaloir de la prescription abrégée de dix ans.

nullité des pratiques anticoncurrentielles pourra cependant connaître quelques difficultés lors de sa mise en œuvre.

## **2 – Les obstacles à sa mise en œuvre**

**169.** Le Secrétariat Exécutif de la CEMAC n'a pas compétence pour prononcer la nullité des contrats ayant un effet anticoncurrentiel. C'est une solution déjà retenue en droit européen de la concurrence. Il a été convenu qu'il est judicieux que ce soit les juridictions nationales qui tirent les conséquences civiles de la nullité des accords anticoncurrentiels suivant les règles nationales de chaque Etat<sup>380</sup>. Il reviendra donc aux juridictions nationales de la prononcer. Schématiquement, on ignore la procédure qui sera appliquée pour y arriver. Le Secrétariat Exécutif est le seul organe destiné à connaître en première instance des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le marché commun<sup>381</sup>. Celui-ci devra peut-être après avoir déclaré le contrat anticoncurrentiel, saisir les juridictions nationales compétentes<sup>382</sup> pour qu'elles prononcent la nullité et appliquent les conséquences de droit qui en résultent<sup>383</sup>. Le caractère anticoncurrentiel de la pratique étant établi, toutes personnes justifiant d'un intérêt légitime et pécuniaire peuvent aussi saisir la juridiction compétente. Cette solution n'est pas très évidente car les sanctions infligées au niveau communautaire peuvent rendre cette démarche inutile pour les parties au contrat.

**170.** Ceci est d'autant plus probant que les contrats incriminés ne seront pas toujours frappés d'une nullité intégrale. La cause ou l'objet illicite peut ne pas affecter tout le contrat. S'il ne s'agit pas d'un élément substantiel

---

<sup>380</sup> KOZAK (M.), op. cit., p. 377.

<sup>381</sup> KEUGONG WATCHO (R.), La répartition des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales en droit de concurrence de la CEMAC, Mémoire de DEA, Dschang, 2002, 87p.

<sup>382</sup> Il s'agit d'une cour d'appel de l'Etat dans lequel le contrat a été formé ou dans lequel les effets anticoncurrentiels se sont faits sentir.

<sup>383</sup> L'applicabilité de cette règle risque d'être difficile car aucune obligation générale n'est faite aux Etats membres de se doter d'une réglementation de la concurrence et même dans les Etats où les réglementations de la concurrence datent de plus d'une décennie (au Cameroun la première législation de la concurrence date de 1990, en République Centrafricaine, elle date de 1992 et au Congo de 1994), les textes sont restés inappliqués et les différentes commissions inopérantes.



du contrat, le contrat reste valable dans les autres dispositions. Le Secrétariat Exécutif dispose alors d'une série de moyens assez efficaces qui rendent inutile le recours aux juridictions pour appliquer les conséquences de la nullité. Il en est ainsi notamment du droit de réformer le contrat.

## **B – LE DROIT DE REFORMER LE CONTRAT**

**171.** Le Secrétariat Exécutif bien que dépourvu du pouvoir de prononcer la nullité des contrats ou des clauses anticoncurrentiels, dispose des moyens qui lui permettent de se positionner dans l'avenir en un véritable juge du contrat. Grâce à son pouvoir d'injonction, il peut ordonner la suppression d'une clause (1), ou enjoindre la modification de certaines clauses du contrat (2).

### **1 – Le droit de supprimer les clauses anticoncurrentielles**

**172.** Aux termes de l'article 32 paragraphe 1<sup>er</sup> du règlement n° 1/99 : *« le Secrétariat Exécutif peut obliger, par voie de décision, les entreprises intéressées à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 3 »*. De même, l'article 34 lui permet d'adresser aux entreprises intéressées des recommandations visant à faire cesser l'infraction avant de prononcer une injonction. *« Faire cesser »* l'infraction signifie supprimer les clauses contractuelles qui rendent le contrat anticoncurrentiel ou même supprimer le contrat tout entier s'il s'avère que le contrat ne peut survivre en l'absence de la clause illicite<sup>384</sup>.

Le pouvoir de décision du Secrétariat Exécutif se rapproche ainsi de celui du juge judiciaire appelé à prononcer la nullité totale ou partielle du contrat. La suppression de la clause ou du contrat prive en effet la clause ou le contrat de tout effet. Le contrat ou la clause n'est pas déclaré(e) nul(le) mais, reste inutile, ne peut plus être exécuté(e). On est alors proche d'une

---

<sup>384</sup> POESY (R.), op. cit.,

clause réputée non écrite qui, est souvent assimilée à une clause nulle et de nul effet<sup>385</sup>. Toutefois, cette suppression, contrairement à la nullité ou à l'éradication d'une clause réputée non écrite, ne peut produire d'effet que pour l'avenir. Elle n'a point d'effet rétroactif. La différence n'est cependant pas très significative car dans la plupart des cas, les contrats ayant des effets anticoncurrentiels sont des contrats à exécution successive dont la nullité n'opère pas rétroactivement<sup>386</sup>.

173. Pour assurer l'efficacité de la suppression prononcée par le Secrétariat Exécutif, l'article 3 paragraphe 2 du Règlement n°1/99 prévoit qu' *« Il peut notamment enjoindre à des entreprises coupables d'ententes d'informer par écrit leurs contractants de la décision qu'il a prise et de leur signaler que, durant une période de quatre mois à compter de cette information, ceux-ci ont le droit, s'ils le désirent, de renégocier les clauses des contrats en cause ou de les résilier moyennant un préavis raisonnable »*.

Le Secrétariat Exécutif dispose ainsi d'un pouvoir d'injonction qui lui permet de contrôler le contenu du contrat d'une manière plus efficace que le juge judiciaire. L'objectif immédiat n'est pas d'annuler le contrat et de procéder à la restitution des prestations fournies, mais plutôt de rendre le contrat inoffensif vis-à-vis des règles d'ordre public. La résiliation du contrat ne peut donc intervenir que si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur les nouvelles clauses du contrat. Dans certains cas, le Secrétariat Exécutif pourra enjoindre simplement la modification des clauses illicites.

## **2 – Le droit d'enjoindre les modifications de certaines clauses**

174. Le Secrétariat Exécutif peut parfois imposer une réécriture du contrat ayant des effets anticoncurrentiels. L'article 36 lui permet de renoncer à la poursuite s'il obtient des entreprises participantes l'engagement de modifier leurs accords. Le Secrétariat Exécutif devra alors préciser les clauses

---

<sup>385</sup> Infra, n° 594 et ss.

<sup>386</sup> POESY (R.), article précité.

à modifier et donner le contenu du contrat modifié<sup>387</sup>. Le droit français de la concurrence offre quelques exemples de modifications du contenu du contrat exigé par le conseil de la concurrence.

Est illustrative à cet égard, la décision relative à l'enseignement de la conduite des véhicules dans le département d'ille-et-vilaine<sup>388</sup>. Le conseil français de la concurrence a enjoint à l'association E.C.F de préciser, dans les règles régissant les obligations des adhérents, que l'obligation faite aux membres de l'E.C.F dans les termes suivants «*respect rigoureux des règles de répartition géographique d'activités de chaque membre fixées par le conseil du groupe*», ne leur interdisait pas de répondre à la demande émanant de clients domiciliés dans une zone attribuée à un autre adhérent de l'E.C.F. Dans le même esprit, et à propos de la distribution des montres Rolex, le conseil français a enjoint à ladite société de modifier les clauses de ses accords de distribution sélective, de telle sorte que le champ de la sélection de ses revendeurs ne soit pas limité aux seuls établissements spécialisés en horlogerie-bijouterie et que le choix de ces derniers ne repose pas sur le critère, toujours imprécis et subjectif, des possibilités locales de vente<sup>389</sup>.

175. La sanction de la violation des règles d'ordre public contenues en droit de la concurrence présente donc une grande spécificité par rapport au droit commun des sanctions des règles d'ordre public de direction qui connaît seulement la nullité du contrat. Lorsque l'atteinte à la concurrence est réelle et que le Secrétariat Exécutif a déjà pris une décision, la suppression de la clause est accompagnée des mesures d'assouplissement qui permettent aux parties de sauver l'accord en renégociant les clauses illicites. Lorsque la

---

<sup>387</sup> MAINGUY (D.), « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », op. cit., p. 30.

<sup>388</sup> Cons. Conc., 27 juin 1995, Secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules dans le département d'ille-et-vilaine, B.O. du 8 septembre 1995.

<sup>389</sup> Cons. conc., 19 novembre 1996, distribution des montres rolex, B.O. du 6 mars 1997 (décision confirmée par paris, 9 décembre 1997, B.O. du 19 décembre 1997); dans le même sens, v. CANIVET (G.) et VOGEL (L.), « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », D.1991, Chron., p.283 ; BONET (G.), « La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire : La décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991 », D.1992, Chron. 303.

décision n'est pas encore prise, le Secrétariat Exécutif peut enjoindre des modifications qui enlèveront le caractère illicite à l'accord.

176. On peut dès lors s'interroger sur le sort de la nullité de plein droit prévue à l'article 4 du règlement n°1. Les difficultés de sa mise en œuvre ne vont-elles pas contribuer à son effacement face au pouvoir d'injonction du conseil régional qui est guidé par un souci d'efficacité du contrôle ? La question mérite d'être posée car force est de constater que les sanctions applicables aux règles d'ordre public communautaire sont de plus en plus souples. Elles semblent guidées par un souci de survie du contrat préférée par rapport à son anéantissement. Le contrat est en effet à la base de l'activité économique et l'annulation de certains contrats importants peut avoir des incidents directs sur un secteur d'activité. Finalement, la protection de l'intérêt général passe non pas nécessairement par la nullité des engagements qui lui sont contraires, mais surtout par leur réécriture. C'est également le souci de la stabilité économique qui commande les interdictions de contracter faites à certaines personnes pour protéger des intérêts catégoriels.

## **SECTION II**

### **LES INTERDICTIONS JUSTIFIEES PAR LA PROTECTION DES INTERETS CATEGORIELS**

177. L'atteinte à la liberté de conclure un contrat est parfois justifiée par le souci de protéger un ensemble de personnes ayant des intérêts communs. Tel est le cas des interdictions de contracter dont peuvent être sujets les débiteurs en état de cessation de paiement, ou certains associés. Dans le premier cas, les personnes protégées sont les créanciers du débiteur. Ceux-ci n'ont pas intérêt à ce que le passif du débiteur s'aggrave ou que celui-ci accorde des avantages indus à certains d'entre eux. Dans le second cas, la liberté d'un associé de céder ses actions peut être supprimée s'il y va de l'intérêt de la société.

Le droit de conclure un contrat peut donc être limité chez les commerçants en état de cessation des paiements (paragraphe 1) et lorsque l'intérêt de la société le requiert (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : La protection des intérêts de la masse des créanciers**

178. Traditionnellement, le droit des procédures collectives permet de remettre en cause les contrats conclus par le débiteur au cours de la période suspecte qui est la période comprise entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture. Cette limite à la liberté de conclure les contrats, reprise par l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, n'a plus rien d'exceptionnel. Seulement, cette autre atteinte à la liberté de conclure un contrat ne peut passer inaperçue dans le cadre de cette étude dont l'objectif est notamment de présenter les nouvelles limites des contractants. Il est normal que dans un Etat de droit, chaque citoyen puisse savoir d'avance ce qu'il doit faire et ce qu'il ne doit pas faire. En matière contractuelle, la connaissance des droits de chacun a une importance particulière. Elle garantit la sécurité des transactions. Ce n'est pourtant pas le cas des nullités et inopposabilités habituellement instituées pour les actes constitués au cours de la période suspecte. En effet, si l'inopposabilité des actes constitués au cours de la période suspecte a pour but de préserver les intérêts de la masse des créanciers (A) il n'en demeure pas moins, qu'elle favorise une insécurité juridique (B)

### **A – L'INOPPOSABILITE DES ACTES DE LA PERIODE SUSPECTE**

179. Aux termes de l'article 67 de l'AUPCAP, « *Sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, telle que définie par l'article 72 ci-après, les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture* ». Un débiteur est déclaré en état de

cessation des paiements lorsque son actif est insuffisant pour faire face à son passif. Il s'agit d'un état de fait qui doit être constaté avant d'être déclaré par la juridiction compétente. Lorsque cet état est avéré, l'instinct de survie pousse parfois le débiteur à passer des actes qui peuvent rendre la situation encore plus inconfortable pour les créanciers.

Pour lutter contre une telle fraude et préserver l'égalité entre les créanciers, l'AUPCAP préfère l'inopposabilité à la nullité jadis prévue par le code de commerce. Il est question pour le syndic d'examiner l'activité passée du débiteur pour faire réviser, le cas échéant, certaines opérations accomplies ou certains droits consentis avant le jugement<sup>390</sup>. L'inopposabilité permet de ce fait de recouvrer les biens et les droits qui ont été soustraits frauduleusement ou non du patrimoine du débiteur pour garnir l'actif propre de la masse<sup>391</sup>.

**180.** Le choix de l'inopposabilité n'est pas tout à fait neutre. L'inopposabilité est en fait une sanction qui prend sa source dans une imperfection de la formation du contrat mais qui, en règle générale, a pour seul objet la protection des tiers dont les intérêts légalement protégés ont été méconnus par les contractants<sup>392</sup>. Tout se passe à l'égard des tiers comme si le contrat n'avait pas été conclu. Par contre, la nullité sanctionne l'inobservation des conditions de formation du contrat en l'anéantissant rétroactivement. La conséquence en est que le contrat inopposable aux tiers reste valable entre les parties<sup>393</sup> ; alors que le contrat nul ne produit les effets ni à l'égard des parties, ni à l'égard des tiers<sup>394</sup>. Le choix de l'inopposabilité

---

<sup>390</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 3108.

<sup>391</sup> Il faut en effet préciser que les nullités ou les inopposabilités des actes de la période suspecte ne sont pas systématiquement liées à l'idée de fraude, mais répondent désormais à la nécessité de reconstituer l'actif du débiteur, en reconstituant les forces vives de l'entreprise dans l'intérêt de l'unité économique (SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1995, n° 1797). Les nullités ont donc désormais une finalité patrimoniale exclusive de toute considération psychologique, d'où le qualificatif de « *nullités objectives* » retenu par certains (JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2006, n° 494).

<sup>392</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 82, p. 98.

<sup>393</sup> FALAISE (M.), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », P. A., n°103, du 27 août 1997.

<sup>394</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 547.

pour les actes de la période suspecte permet donc de respecter ce principe de droit commun car, la personne protégée par l'interdiction n'est pas une partie au contrat<sup>395</sup>, mais la masse des créanciers. Mais cette différence entre les deux notions doit être relativisée car comme l'a si bien écrit M. Grimaldi, un contrat inopposable serait pratiquement un contrat non viable<sup>396</sup>, d'autant plus qu' « aucune vie sociale ne serait possible si chacun était fondé à ignorer ce que fait autrui »<sup>397</sup>. L'observation est pertinente puisqu'en matière de procédures collectives, le créancier dont la créance a été déclarée inopposable à la masse des créanciers se trouvera à l'issue de la procédure en face d'un débiteur démuni car la procédure de liquidation s'achèvera très souvent pour insuffisance d'actif.

**181.** Qu'il s'agisse cependant de l'inopposabilité ou de la nullité, le résultat est en fait le même car la nullité jadis prévue par le code de commerce n'opérait qu'à l'égard de la masse des créanciers<sup>398</sup>. Il est question de priver d'effets un contrat qui était pourtant valable au regard du droit commun des obligations. Le créancier dont la créance est déclarée inopposable à la masse ne peut plus se prévaloir de celle-ci même si en théorie la créance reste valable<sup>399</sup>. Or, en cas d'ouverture d'une procédure collective, seuls les créanciers dans la masse ou les créanciers de la masse pourront être payés sur l'actif du débiteur.

---

<sup>395</sup> Il est toutefois des cas où la loi sanctionne les contrats qui portent atteinte aux intérêts des tiers par la nullité. Tel est le cas en droit des sociétés où la loi sanctionne par la nullité les cessions des parts sociales faites sans l'agrément des coassociés (art. 274 AU relatif au droit des sociétés commerciales). C'est également le cas, on l'a vu, pour la vente faite au mépris d'un droit de préemption existant sur la chose vendue. Une telle vente est nulle bien que l'intérêt protégé soit celui d'un tiers. On rencontre encore une telle nullité en droit français des régimes matrimoniaux. Tout acte de disposition accompli par un époux concernant le logement familial est nul si le consentement de l'autre époux n'a pas été requis (art. 215 al.3 du c. civ. Issu de la loi n°65-570 du 13 juil. 1965, art. 1<sup>er</sup> et 9).

<sup>396</sup> GRIMALDI (M.), « Le contrat et les tiers » in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, D. 2006, p. 174.

<sup>397</sup> Ibid.

<sup>398</sup> L'évolution du droit français n'est pas allée dans ce sens. En choisissant de conserver la nullité pour sanctionner les actes de la période suspecte, les lois de 1985 et du 26 juillet 2005 n'ont cependant pas conservé cette idée restrictive de la nullité de tels actes. Celle-ci constitue désormais une nullité à part entière (SOINNE (B.), op. cit., n° 1797), qui agit *erga omnes* dès lors qu'elle est prononcée par le juge car elle n'est pas automatique quand bien même les conditions seraient réunies (LIENHARD (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficulté*, Le nouveau droit des procédures collectives, 1<sup>re</sup> éd., Delmas, Dalloz, 2006, n° 1702).

<sup>399</sup> L'acte déclaré non avenu à l'égard de la masse reste valable dans les rapports du débiteur avec son cocontractant ainsi qu'à l'égard des tiers autres que la masse.

La seule consolation du cocontractant reste cependant que la clôture de la procédure que ce soit pour insuffisance d'actif ou pour extinction du passif fait recouvrer au créancier dont la créance a été déclarée inopposable à la masse, le droit de poursuite individuelle. Mais il est fort probable que ce recours n'aboutisse jamais ou soit frappé par la prescription en attendant le retour à une meilleure fortune.

**182.** Dans le même sens, l'acquéreur d'un bien du débiteur au cours de la période suspecte ne peut opposer son droit à la masse des créanciers. Cette inopposabilité produit ses effets à l'égard des tiers, et parfois même de bonne foi. En l'occurrence, le tiers sous-acquéreur à titre gratuit d'un bien aliéné pendant la période suspecte devra le restituer<sup>400</sup>. La solution est perturbatrice car le sous-acquéreur n'avait aucun moyen de savoir que son cocontractant avait traité avec un débiteur en état de cessation des paiements. Il a donc été victime d'une erreur commune<sup>401</sup>. Mais le droit des procédures collectives ne prend pas en compte cette erreur et instaure une inopposabilité en cascade qui produit en fait les effets d'une nullité. Lorsque le sous-acquéreur a acquis le bien à titre onéreux, l'inopposabilité ne peut lui être opposable que s'il est de mauvaise foi. C'est-à-dire qu'il connaissait l'état de cessation des paiements de l'aliénateur principal. La reconstitution du patrimoine du débiteur par l'inopposabilité des actes de la période suspecte a donc comme inconvénient, tout comme la nullité, de générer une forte insécurité pour les contractants du débiteur<sup>402</sup>.

**183.** La justification de ces interdictions de contracter est la protection des intérêts de la masse des créanciers. Il est reproché au cocontractant de la période suspecte soit d'avoir aidé le débiteur à aggraver son passif ou diminuer son actif, soit d'avoir rompu avec la règle de l'égalité entre les

---

<sup>400</sup> Art. 71 2° AUPCAP. Cass. com., 3 fév. 1998, D. 1999, p. 185, note M. BENABENT, R.T.D.Civ., 1998, p. 362 (qui étend les effets de la nullité même au sous-acquéreur de bonne foi).

<sup>401</sup> GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 415.

<sup>402</sup> JACQUEMONT (A.), op. cit., n° 493.



créanciers en se faisant procurer des avantages indus<sup>403</sup>. Si dans certaines hypothèses l'inopposabilité ne peut être prononcée que si le cocontractant a eu connaissance de la cessation des paiements au moment de la conclusion du contrat, il reste constant que lorsqu'il s'agit des inopposabilités de droit de l'article 68 de l'AUPCAP, la connaissance ou non de l'état de cessation des paiements n'a aucune influence sur la décision du juge. Ce qui favorise l'insécurité juridique.

## B – L'INSECURITE JURIDIQUE RESULTANT DE L'INOPPOSABILITE DES ACTES DE LA PERIODE SUSPECTE

**184.** Les inopposabilités des actes de la période suspecte peuvent être considérées comme des cas d'atteinte au principe de l'intangibilité des contrats<sup>404</sup>. Mais il s'agit surtout d'une interdiction de contracter. Il est reproché au cocontractant d'avoir traité avec un débiteur en état de cessation des paiements et que cet acte a aggravé le passif du débiteur ou a créé une inégalité entre les créanciers en lui accordant des avantages indus<sup>405</sup>. Ce qui veut dire qu'à partir du moment où un commerçant personne morale ou personne physique est en état de cessation des paiements, il ne doit plus passer certains actes. Il est donc interdit de contracter.

Cette interdiction est en principe dissuasive. Elle a pour objectif d'inciter les tiers à plus de prudence dans leurs activités. Ils doivent notamment éviter de traiter avec un débiteur dont la situation est irrémédiablement compromise, de peur qu'ultérieurement, un jugement déclaratif de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ne fasse remonter la cessation des paiements à une date antérieure à celle de leur acte<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> C'est notamment le cas lorsqu'il y a constitution des sûretés pendant la période suspecte pour les dettes antérieures.

<sup>404</sup> GUYON (Y.), op. cit., p. 415.

<sup>405</sup> LIENHARD (A.), op. cit., p. 275, n° 1701.

<sup>406</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 3137.

**185.** Il y aurait eu un simple recul du principe de la liberté contractuelle si l'on pouvait déterminer avec exactitude à partir de quel moment un commerçant est effectivement en état de cessation des paiements. Or tel n'est pas le cas. La cessation des paiements est un état de fait qui ne peut être déclarée que par le juge. Il est connu que le commerçant aux abois fait généralement recours aux moyens frauduleux ou contraires à l'honnêteté en matière commerciale, tels que les datations en paiement, l'émission des traites de complaisance ou des emprunts à des taux exorbitants pour payer les dettes exigibles et masquer la véritable situation de la société<sup>407</sup>. Il est par conséquent, difficile pour une personne de savoir que son partenaire est en état de cessation des paiements. En effet, même lorsque les difficultés deviennent de plus en plus pressantes, le commerçant fait généralement un effort de les cacher à ses partenaires de peur de perdre leur confiance. Le commerçant aux abois fonde souvent ses espoirs sur des nouveaux moyens de financement devant lui permettre de sortir des difficultés.

**186.** De nombreuses personnes pourront donc être désagréablement surprises de savoir que leurs créances ou les droits acquis ne seront pas pris en compte pendant la procédure collective. L'intérêt particulier cède ici la place à l'intérêt de la masse des créanciers et dans une moindre mesure à celui de l'entreprise car la sauvegarde de l'entreprise est le nouvel objectif du droit des procédures collectives communautaire. Et si la loi permet au débiteur de dilapider ses biens au cours de la période suspecte, cela compromettrait également le redressement espéré de l'entreprise car l'actif ne pourra plus permettre de satisfaire les créanciers et *a fortiori* de redresser l'entreprise. L'interdiction de contracter dans le cadre des procédures collectives rejoint ainsi celle faite dans certaines hypothèses aux associés car l'intérêt protégé n'est pas seulement celui de leurs coassociés, mais celui de la société.

---

<sup>407</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2877.

## Paragraphe 2 : La prise en compte de l'intérêt social

187. Le droit des sociétés constitue l'un des domaines de prédilection du contrat. Toute société repose sur un ensemble de contrats. Du contrat de société aux contrats de gestion de la vie courante de la société passant par les statuts de la société, le droit des sociétés offre un cadre idéal pour l'application du droit des contrats. Cette fonction est plutôt très bien remplie par le droit des sociétés<sup>408</sup> qui contribue dans une large mesure au raffermissement de la plupart des principes édictés par le code civil<sup>409</sup>. Cependant, dans certaines hypothèses, le droit des sociétés s'écarte des principes du code civil notamment de la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat. Cette interdiction de contracter trouve son terrain de prédilection aussi bien dans les sociétés de personne, marquées par l'*intuitus personae* que dans les sociétés anonymes et les S.A.R.L. où certaines conventions sont simplement interdites pour protéger les intérêts de la société<sup>410</sup>.

L'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique (AUDSC) est resté dans la logique de la protection de la

---

<sup>408</sup> En dépit bien sûr du fait que le droit des sociétés soit rigoureusement réglementé par le l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et des groupements d'intérêt économique. V. JAUFFRET-SPINOSI (C.), Le contrat, Rapport de synthèse, Journées brésiliennes de l'Association Henri Capitant, 2005, disponible sur [www.henricapitant.org/IMG/pdf/Rapport\\_de\\_synthese\\_Le\\_contrat.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Rapport_de_synthese_Le_contrat.pdf), mise à jour 15 mars 2006.

<sup>409</sup> Du moins, si l'on s'en tient à l'analyse contractualiste de la société au dépend de l'analyse institutionnelle, v. par ex. PRIEUR (J.), « Droit des contrats et droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 1997, p. 372 et ss ; BERTREL (J.-P.), « Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *R.T.D.Com.*, 1996, p. 595.

<sup>410</sup> En dehors des interdictions de céder les titres sociaux qui sont justifiées par un souci de préserver la forme sociale, le droit des procédures collectives porte aussi atteinte à la liberté de contracter de certaines personnes ayant participé de droit ou de fait à la gestion de la société. Aux termes de l'article 57 al.2 de l'AUPCAP, « *La juridiction compétente prononce l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion ait été constatée* ». Cette interdiction de contracter prend effet à partir de la décision d'ouverture. Les personnes intéressées sont les dirigeants sociaux de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non. Quant aux droits interdits de céder, il s'agit des parts sociales, actions ou autres droits sociaux. Cette interdiction peut être prononcée contre les dirigeants de toute société commerciale après ouverture d'une procédure collective. Les dirigeants concernés ne peuvent céder lesdits droits qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et dans les conditions fixées par lui (Art. 57 al.1 AUPCAP).

forme des sociétés de personnes par le contrôle des personnes devant y entrer en instituant un contrôle stricte de la cession des parts sociales (A). Par ailleurs, l'AUDSC a étendu l'interdiction de passer certaines conventions qui ne concernait jusque là que les dirigeants des sociétés anonymes aux dirigeants des (B).

## A – LE CONTROLE DE LA CESSION DES PARTS SOCIALES

**188.** L'incessibilité des parts sociales est un principe affirmé depuis longtemps en droit des sociétés. L'AUDSC part cependant d'un principe contraire : celui de la cessibilité des parts sociales. Mais cette cessibilité est soumise à des conditions tellement rigoureuses que la problématique de la cessibilité des parts sociales ne saurait se résoudre avec cette affirmation. C'est dire qu'au-delà de cette affirmation, le principe de l'incessibilité des parts sociales demeure (1), principe qui a cependant été assoupli par de moyens permettant à l'associé qui veut céder ses parts de les libérer (2).

### 1 – L'incessibilité des parts sociales

**189.** Le principe de l'incessibilité des parts sociales est posé depuis le code civil. Il est justifié par la nature des sociétés des personnes. Celles-ci sont caractérisées par *l'intuitus personae*. Contrairement aux sociétés de capitaux dont la personne de l'associé n'a aucune importance, la confiance qui règne entre les associés dans les sociétés de personne doit être inébranlable et l'entrée dans celle-ci contrôlée. Parce que les associés sont indéfiniment responsables du passif social, il n'est pas prudent qu'un inconnu puisse y entrer sans qu'ils lui accordent leur confiance. Les sociétés de personnes sont donc par nature des sociétés fermées. C'est pour conserver cette nature que le principe de l'incessibilité des parts sociales a été posé depuis le code civil.

Mais la portée de ce principe varie suivant qu'il s'agit d'une société en nom collectif (S.N.C) ou d'une société à responsabilité limitée (S.A.R.L). Dans

la première, le principe de l'incessibilité des parts sociales est plus marqué. Avant l'adoption de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique (AUDSC), il était déjà admis que les parts sociales sont incessibles et non négociables<sup>411</sup>. Ainsi, le contrôle des personnes qui pouvaient entrer dans la société était assuré<sup>412</sup>. La cession des parts sociales n'était pas libre même aux héritiers. Elle ne pouvait se faire qu'avec le consentement unanime des autres associés. Il en est de même de la cession entre vifs qui ne peut se faire qu'avec le consentement de tous les associés. L'AUDSC part sur un principe différent. Les parts sociales sont en principe cessibles. Mais leur cessibilité reste soumise au consentement de tous les associés. Aux termes de l'article 274 de l'AUDSC « *les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». L'unanimité de tous les associés est donc une condition *sine qua non* à la cession et les statuts de la société ne peuvent être d'aucun secours pour l'associé voulant céder ses parts sociales.

**190.** Quant aux sociétés à responsabilité limitée, le principe de l'incessibilité des parts sociales n'est pas affirmé avec autant de vigueur. Certes le consentement des associés est toujours requis, mais les statuts de la société peuvent prévoir de modalités plus douces. L'exigence du consentement de tous les associés n'est donc pas d'ordre public dans les S.A.R.L. Toutefois, les conditions de cession restent contraignantes pour les associés. Entrés librement dans une société, ils ne peuvent plus se libérer facilement des exigences de la qualité d'associé. La liberté contractuelle est ainsi limitée dans l'intérêt de la société ou plutôt de la forme de la société car l'interdiction de céder librement les parts sociales a pour but de préserver la forme de la société. Les sociétés de personnes sont constituées entre

---

<sup>411</sup> La négociabilité qui ne concerne que les actions est la faculté de céder selon les modes simplifiés du droit commercial (tradition manuelle, endossement). Par contre, la cessibilité est un moyen de céder les titres par les procédés plus formalistes de l'article 1690 du code civil. Elle concerne aussi bien les parts sociales que les actions.

<sup>412</sup> Art. 1861 permettait cependant à l'associé qui voulait quitter la société de conclure avec un tiers une convention de croupier (convention par laquelle l'associé s'associe avec un tiers uniquement pour la gestion de ses parts sans que celui-ci puisse intégrer la société).

personnes ayant une confiance mutuelle. Or, si les parts sociales venaient à être déclarées négociables, la société de personne perdrait de sa nature, et les tiers qui ont traité avec elle pourraient en être victimes, car la solvabilité de la société dépend également de celle des associés.

**191.** Le nantissement des parts sociales répond à la même règle d'unanimité des autres associés. Et lorsque l'unanimité est acquise, elle emporte admission du créancier nanti en cas de réalisation de la sûreté dans la société (art. 322 AUDSC). Cependant, tout ne se passera pas toujours aussi facilement. Que faire lorsque l'associé qui souhaite céder ou nantir ses parts sociales n'obtient pas le consentement de tous les autres associés ? L'AUDSC marque une différence d'avec les règles du code civil. Il a assoupli cette vieille règle du code civil qui constituait un piège pour l'associé en nom collectif obligé par la force des choses de rester dans une société dont il n'en voulait plus.

## **2 - Les palliatifs au principe de l'incessibilité des parts sociales**

**192.** Dans les S.N.C., l'article 274 de l'AUDSC dispose qu'à défaut d'unanimité, la cession ne peut avoir lieu, mais les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant. C'est dire qu'à défaut d'unanimité, l'associé qui désire quitter la société ne sera pas obligé d'y rester. Selon ce qui est prévu par les statuts, les associés peuvent racheter les parts devenues indésirables par l'associé sortant. Mais l'atteinte à la liberté contractuelle n'en est pas moins consommée car, ici, il n'est plus libre de choisir son cocontractant. Cette procédure souple permet d'éviter la mort prématurée de la société car dans les règles du code civil, la mort d'un associé entraînait de plein droit la dissolution de la S.N.C. Avec l'article 274 de l'AUDSC, si les autres associés n'acceptent pas que les parts soient cédées aux héritiers, ils n'auront plus qu'à racheter les parts sociales du *de cuius*. On retrouve ici une notion chère au droit communautaire des contrats spéciaux à savoir la survie du contrat toujours préférée en toute circonstance par rapport à son anéantissement.

**193.** En ce qui concerne les S.A.R.L, l'article 319 de l'AUDSC dispose que : « *si la société refuse de consentir à la cession, les associés sont indéfiniment et solidairement tenus dans un délai de trois mois qui suit la notification du refus à l'associé cédant, d'acquérir les parts à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert nommé par le président de la juridiction compétente* ». Aux termes de l'article 322 du même Acte uniforme, le nantissement des parts sociales répond aux mêmes conditions que les cessions et emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts régulièrement nanties.

Les associés dans les SARL ne sont pas les seuls à voir leur liberté contractuelle diminuée. La liberté des dirigeants de conclure certains actes y est également supprimée lorsque ceux-ci rentrent dans le domaine des conventions interdites.

## B – LES CONVENTIONS INTERDITES

**194.** La gestion quotidienne des affaires de la société est généralement confiée dans les sociétés anonymes et les SARL à des personnes qui ne sont pas nécessairement les associés. Ces personnes appelées les dirigeants sociaux<sup>413</sup>, ont le pouvoir de droit ou de fait d'engager la société et sont en contrepartie responsables des affaires sociales<sup>414</sup>. Par leurs prérogatives, les dirigeants sociaux sont en mesure de causer des dommages à la société, ou de manière plus subtile, de lui imposer des affaires qui ne sont pas nécessairement bonnes pour elle mais qui sont conformes à leurs propres intérêts. Pour protéger l'intérêt de la société dans les actes passés entre la société et les dirigeants, l'AUDSC interdit purement et simplement certaines conventions alors que d'autres sont soumises à une procédure de contrôle

---

<sup>413</sup> Dans l'espace de l' OHADA, il s'agit des gérants, des administrateurs, du directeur général et du directeur général adjoint, du président du conseil d'administration, du président directeur général, de l'administrateur général et de l'administrateur général adjoint.

<sup>414</sup> NJOYA NKAMGA (B.), Les dirigeants sociaux, thèse, Université de Dschang, 2007, p. 11.

préalable<sup>415</sup>. Les conventions interdites sont celles qui présentent un risque majeur pour le patrimoine social<sup>416</sup>. Elles ont un domaine bien défini (1) et sont sanctionnées par la nullité absolue (2).

## **1 – Les différentes conventions interdites**

**195.** L'AUDSC interdit aux articles 356, 450 et 507 aux gérants et associés des SARL, aux administrateurs et dirigeants des sociétés anonymes de contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement ou encore de cautionner ou d'avaliser par elle ses engagements envers des tiers. Cette interdiction s'applique également à toute personne interposée notamment aux conjoints, ascendants et descendants des dirigeants sociaux. L'AUDSC institue une présomption « absolue » d'interposition à l'égard des proches parents<sup>417</sup>. Ce qui veut dire que ces derniers ne peuvent en aucun cas être admis à prouver l'absence d'une interposition. Pourtant, l'interposition ne devrait être admise que lorsque le dirigeant social en cause est le véritable bénéficiaire du prêt ou de la garantie accordé(e) par la société apparemment à un tiers<sup>418</sup>. L'interposition ne devrait donc être qu'une question de fait laissée à l'appréciation du juge<sup>419</sup>.

**196.** Toutefois, ces conventions sont permises lorsque les actes susvisés sont conclus en faveur des personnes morales, associées dans les SARL, ou administrateurs dans les sociétés anonymes. C'est ainsi qu'une société mère peut emprunter à sa filiale et réciproquement. Ceci facilite la

---

<sup>415</sup> Ces conventions sont soumises au contrôle du commissaire aux comptes et doivent être approuvées par l'assemblée générale. V. ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P. G.) et SAMB (M.), OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E., Coll. D.U.A., Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 249 et ss.

<sup>416</sup> COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, 12<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n° 721.

<sup>417</sup> ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P. G.) et SAMB (M.), op. cit., n° 252.

<sup>418</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.), Mémento pratique FRANCIS LEFEBVRE, Sociétés commerciales, éd. Francis Lefebvre, 1995, n° 1382.

<sup>419</sup> Il a ainsi été jugé qu'il y a interposition lorsqu'une société consent un prêt à un tiers qui aussitôt octroie un prêt de même montant au directeur général de cette société (TGI, Seine, 27 nov. 1962, D. 1964, 730, note Dalsace).



constitution d'un pool de trésorerie au sein d'un groupe<sup>420</sup>. Mais il faut alors respecter la procédure particulière aux conventions réglementées<sup>421</sup> dans la mesure où il ne s'agit pas d'une opération de gestion courante conclue à des conditions normales<sup>422</sup>. En dehors de ces hypothèses bien déterminées, l'interdiction s'applique à tous les prêts, découverts et garanties souscrits par la société en faveur des personnes susvisées. Sa violation est sanctionnée par la nullité de l'acte.

## **2 – La sanction des conventions interdites**

197. L'AUDSC sanctionne par la nullité tous les actes passés en violation des articles 356, 450 et 507. Il a été jugé qu'une telle nullité est absolue puisqu'elle n'a pas pour seule finalité de protéger les intérêts des associés et des créanciers sociaux mais également « *de moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction des pratiques risquant de nuire d'une manière générale au crédit de celle-ci et aux rapports commerciaux* »<sup>423</sup>. Cette nullité ne peut donc être confirmée ultérieurement. Elle est opposable aux tiers par la société sauf si ceux-ci sont de bonne foi.

---

<sup>420</sup> COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 723.

<sup>421</sup> Articles 350 et ss. pour les SARL et 438 et ss. pour les sociétés anonymes.

<sup>422</sup> MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.), op. cit., n° 1382.

<sup>423</sup> Chambéry, 22 nov. 1976, rev. soc., 1977, 259, note Guilberteau et, sur pourvoi, ch. mixte, 10 juil. 1981, D. 1981, 637.

## CONCLUSION DU TITRE I

198. L'expression de la liberté contractuelle telle que contenue dans le code civil est cantonnée dans un cadre légal, c'est-à-dire qu'elle ne peut s'exercer que dans le cadre de la loi et plus exactement du droit positif<sup>424</sup>. Ainsi entendu, les exceptions au principe de la liberté contractuelle sus-évoquées ne peuvent être prises que comme une nouvelle vision du droit des contrats. Il y a peut-être atteinte à la liberté de conclure le contrat au niveau du choix du contrat à passer et de la personne de son cocontractant, mais ces atteintes sont justifiées par la nouvelle politique économique et sociale dite d'Etat-providence, qui est, somme toute contraire à la politique d'Etat-gendarme qui a présidé l'adoption ou plutôt, qui a guidé les différentes interprétations des dispositions du code civil relatives à la liberté contractuelle<sup>425</sup>. Alors quoi de plus normal que d'assister à une extension de la notion d'ordre public pour épouser l'air du temps. Cette extension qui a pour corollaire la réduction du domaine de la liberté contractuelle se matérialise aussi au stade de l'exécution du contrat pour assouplir la rigueur jadis réservée au principe de l'intangibilité des contrats.

---

<sup>424</sup> TERRE (F.), Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 2003, n°296.

<sup>425</sup> JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., pp.901 à 907 ; CHAZAL (J.-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil », R.T.D.Civ., 2001, pp. 265 à 283 ; BÜRGES (A.), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », R.T.D.Civ., 2000, pp. 1-23.

## TITRE II

# LE REcul DU PRINCIPE DE L'INTANGIBILITE DES CONTRATS

199. Le principe de l'intangibilité des contrats est posé par l'article 1134 al.1<sup>er</sup> du code civil qui est une quasi-copie de la formule de Domat<sup>426</sup>, « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Ce texte a aussitôt été interprété par la doctrine classique comme une illustration parfaite de l'immutabilité des conventions légalement formées<sup>427</sup>. L'article 1134 al.1<sup>er</sup> du code civil signifiait alors qu'à partir du moment où le contrat a été valablement formé, il s'impose aux parties comme si c'était une loi<sup>428</sup>. Il doit être respecté aussi bien par les parties que par le juge. Le contrat est intangible parce que ni la volonté d'une partie, ni une décision du juge ne peut y porter atteinte<sup>429</sup>. La mission du juge se réduit à l'interprétation de la

---

<sup>426</sup> In, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1767, Livre I, Titre I, Section II, VII : « *Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI* ». Section XII : « *Il n'y a aucune espèce de convention où il n'est sous entendu que chacun doit à l'autre la bonne foi* » cité par PAISANT (G.), Rapport introductif du colloque sur « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », Droit et patrimoine, mars 1998, n°58, p. 42.

<sup>427</sup> ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », R.T.D.Civ., 1999, p. 772 ; JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., p.901 ; LARROUMET (Ch.), Droit civil, Les Obligations, Le contrat, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 592 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Droit civil, Obligations, contrats, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n° 1150 et 1151 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, 9<sup>e</sup> éd., D. 2005, n° 438.

<sup>428</sup> V. MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. II, vol.I, Les Obligations, 9<sup>e</sup> éd., par F. Chabas, 1998, n° 721 selon qui, « *La règle de l'article 1134 du code civil est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne saurait délier les contractants* ».

<sup>429</sup> PAISANT (G.), Rapport introductif du colloque sur « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », op. cit., n° 58.

volonté des parties. Les clauses claires, précises et dépourvues d'ambiguïté doivent être respectées par le juge et seules les clauses imprécises peuvent donner lieu à interprétation de la volonté des parties.

**200.** Cette immutabilité n'était pas pourtant absolue dès 1804 car l'alinéa 2 de l'article 1134 prévoyait déjà que le contrat peut être révoqué par l'autorité de la loi. Le code n'ouvrait-il pas d'ailleurs une brèche à une révocation partielle du contrat avec l'institution du délai de grâce de l'article 1244 al.2 ?<sup>430</sup> Bien que le juge ne soit admis à venir au secours du débiteur impécunieux qu'avec une « *grande réserve* », il ne fait l'objet d'aucun doute que le contrat pouvait connaître quelques atteintes<sup>431</sup>. L'article 1134 al.1<sup>er</sup> du code civil ne peut en effet être lu indépendamment des autres articles du code civil et notamment de l'alinéa 3 du même article et de l'article 1135<sup>432</sup>.

**201.** C'est du moins cette interprétation ouverte de l'article 1134 du code civil qui a été retenue par la doctrine moderne et par les différents législateurs communautaires. En effet, une lecture approfondie des textes communautaires régissant certains contrats spéciaux permet de noter un souci de garantir la stabilité des contrats soumis aux normes communautaires. Seulement cette stabilité ne doit pas se confondre avec l'intangibilité<sup>433</sup>. « *La stabilité impose en réalité une certaine souplesse contractuelle* »<sup>434</sup>. Associant la sécurité juridique à un souci croissant de justice contractuelle<sup>435</sup>, le droit communautaire africain parvient à donner au contrat une conception évolutive en laissant une place importante au juge

---

<sup>430</sup> « *Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites, toute chose demeurant à l'état* ».

<sup>431</sup> PAISANT (G.), Rapport introductif du colloque sur « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », op. cit., p.42.

<sup>432</sup> ANCEL (A.), « La force obligatoire : jusqu'où faut-il la défendre ? », in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p. 163.

<sup>433</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., 1997, p. 366.

<sup>434</sup> BOUT (R.), Préface de regards sur la théorie de l'imprévision, 1994, cité par GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), op. cit., p. 366.

<sup>435</sup> CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 178.

dans toutes les phases de la vie contractuelle. Ce faisant, le droit communautaire africain donne un sens à l'expression du Doyen G. RIPERT selon laquelle l'immutabilité du contrat apparaît comme un anachronisme, son adaptabilité, au contraire, est une force au service de sa pérennité<sup>436</sup>. Ainsi, et en dépit du principe de la force obligatoire du contrat qui reste en vigueur, on note que dans de nombreux contrats, les contractants devront désormais admettre que le juge puisse anéantir certaines clauses contractuelles (CHAPITRE I) ou augmenter les obligations d'une des parties au contrat (CHAPITRE II).

### **Chapitre I : L'anéantissement de certaines clauses contractuelles**

### **Chapitre II : L'augmentation des obligations contractuelles**

---

<sup>436</sup> Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, L.G.D.J., 1936, p. 34.

# CHAPITRE I

## L'ANEANTISSEMENT DE CERTAINES CLAUSES CONTRACTUELLES

202. Le droit communautaire applicable dans les Etats de la CEMAC couvre de nombreux domaines<sup>437</sup>. Mais en dehors du contrat de vente commerciale dont le caractère consensuel et libéral a été formellement reconnu<sup>438</sup>, les autres contrats spéciaux réglementés sont marqués par une réduction considérable du domaine de la liberté contractuelle<sup>439</sup>. Les textes sont généralement d'ordre public et déclarent nulle et de nul effet toute clause contractuelle qui leur serait contraire. C'est le cas de l'article 28 de l'Acte uniforme sur le contrat de transport des marchandises par route, qui déclare nulle et de nul effet toute stipulation contractuelle qui directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de l'Acte uniforme. L'alinéa 2 du même article renchérit en déclarant nulle la clause de cession du bénéfice de l'assurance au transporteur, ainsi que toute clause déplaçant la charge de la preuve. On trouve là une volonté du législateur communautaire de contrôler le contenu du contrat afin qu'un contractant en situation de domination ne puisse imposer à son cocontractant des clauses qu'un homme avisé ne saurait accepter en toute indépendance. Mais cette volonté manifeste du législateur communautaire ne s'est pas traduite par une interdiction généralisée des clauses abusives dans les contrats réglementés.

203. Par ailleurs, l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), qui doit gérer les

---

<sup>437</sup> Supra, n° 7 et ss.

<sup>438</sup> Infra, n° 294 et ss. ; encore que cette liberté des parties est loin d'être totale, car, comme il sera démontré ultérieurement, l'exigence de la bonne foi n'est pas absente dans son exécution et revêt d'ailleurs un caractère obligatoire.

<sup>439</sup> Il en est ainsi du contrat de bail, de transport des marchandises par route, d'intermédiaires de commerce (agent commercial, courtier et commissionnaire).

conflits d'intérêts entre les créanciers et le débiteur ou l'entreprise, a dû, pour parvenir à ses fins, priver d'effets certaines clauses contractuelles pourtant valables au regard du droit commun des contrats.

C'est donc dire que le droit communautaire anéantit certaines clauses contractuelles lorsqu'elles sont susceptibles de porter atteinte au bon déroulement d'une procédure collective d'apurement du passif (Section 1) ou lorsqu'elles sont la résultante d'un comportement abusif d'un cocontractant même si la question des clauses abusives reste entière dans le droit communautaire applicable dans la CEMAC (Section 2).

## SECTION I

### L'ANEANTISSEMENT DANS LE CADRE DES PROCEDURES COLLECTIVES

**204.** Le nouveau droit communautaire des entreprises en difficulté comme c'est du reste le cas en France, ne s'accommode pas des règles du droit commun des contrats. Outre l'atteinte portée au principe de la liberté contractuelle, le principe de l'intangibilité des contrats s'y trouve nettement diminué. Hors mis les « *pièges tendus* » aux différents créanciers<sup>440</sup> qui leur permettent de croire que le non paiement de leur créance serait dû à une faute de leur part<sup>441</sup>, l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) qui est par nature d'ordre public, met en

---

<sup>440</sup> DUREUIL (B.), « De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », Rev. de proc. coll., 1972, p. 17 ; GUYON (Y.), « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. Bézard, Monchrestien, 2002, p. 318.

<sup>441</sup> V. notamment l'article 78 de l'AUPCAP qui impose à peine de forclusion la production des créances à partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales. Cette obligation de déclarer les créances est également imposée aux créanciers même ceux bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité alors que leur créance est censée être connue par le syndic et la masse des créanciers (Cass. com., 24 janv. 1973, D. 1973, p. 69) ; l'article 79 alinéa 1 leur donne néanmoins un droit à l'information au cas où ils n'auraient pas déclaré leur créance 15 jours après la première insertion du jugement d'ouverture dans un journal d'annonces légales.

échec les clauses contractuelles librement négociées. Il s'agit généralement des clauses de résiliation pour cause de cessation des paiements. La recherche de la survie de l'entreprise peut en outre conduire le syndic, ou le débiteur assisté du syndic, à anéantir d'autres clauses contenues dans le bail telle la clause interdisant la location-gérance. L'atteinte au principe de l'intangibilité des contrats ne fait donc l'objet d'aucun doute dans le cadre du droit OHADA (paragraphe 1) même si cette atteinte n'a pas la même vigueur que celle connue en droit français depuis 1985 et qui a du reste été confirmée par le nouveau droit français des procédures collectives<sup>442</sup> (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Une atteinte réelle au principe de l'intangibilité des contrats**

205. L'AUPCAP met en échec les clauses de résolution pour cause de cessation des paiements (A), frappe de nullité les clauses incluses dans le contrat de bail commercial interdisant la location-gérance (B) et restreint la mise en œuvre de certains principes propres aux contrats synallagmatiques (C) .

### **A – LA MISE EN ECHEC DES CLAUSES RESOLUTOIRES POUR CAUSE DE CESSATION DES PAIEMENTS**

206. La déclaration de cessation des paiements dans le droit uniforme africain n'entraîne pas automatiquement la fermeture de l'entreprise. La continuation de l'entreprise est indissociable de la procédure de redressement judiciaire dont l'objectif est uniquement de sauver l'entreprise des difficultés qui sont jugées surmontables par le juge. Elle peut également s'avérer nécessaire même en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens si elle permet de protéger l'intérêt du public ou celui des créanciers<sup>443</sup>. Dans toutes ces hypothèses, la survie de l'entreprise nécessite le maintien du

---

<sup>442</sup> Loi du 26 juillet 2005.

<sup>443</sup> Art. 113 AUPCAP.



réseau contractuel qui lie le débiteur à ses fournisseurs, ses banquiers, ses assureurs et même ses clients. Or, un cocontractant prévoyant peut dès la conclusion du contrat insérer une clause de résolution ou de résiliation si le débiteur vient à être déclaré en cessation des paiements. Quel est le sort réservé à cette clause ? L'AUPCAP n'accorde en principe aucune validité à ces clauses (1) mais ce principe s'estompe devant les contrats conclus *intuitus personae* (2).

## 1 - Principe

207. L'article 107 de l'AUPCAP dispose que « *La cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour ce motif est réputée non écrite* ». Cette disposition s'inspire de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 qui dispose que « *nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, aucune résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire* ». En France et avant la loi de 1967<sup>444</sup>, la validité de telles clauses était admise sur la base du droit commun ; mais sous l'empire de cette loi, la jurisprudence va commencer à les interdire<sup>445</sup>.

208. Cette solution retenue dans l'Acte uniforme OHADA est justifiée par la nouvelle philosophie des procédures collectives. Contrairement au droit de la faillite hérité de la colonisation<sup>446</sup> qui était encore applicable dans la plupart des Etats membres de l'OHADA<sup>447</sup>, et dont l'objectif était avant tout l'apurement du passif, le droit des procédures collectives applicable dans l'espace OHADA accorde une importance particulière à la survie de

---

<sup>444</sup> Loi n°67-563 du 13 juillet 1967.

<sup>445</sup> Cass. com., 17 mars 1975, D. 1975, 553, note Derrida, R.T.D.Com., 1975, 638, obs. Houin et Le Gall.

<sup>446</sup> Droit issu des lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889.

<sup>447</sup> Pour l'état du droit des procédures collectives dans les Etats membres de l'OHADA, v. OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002.

l'entreprise<sup>448</sup>. Si la masse des créanciers doit être satisfaite à l'issue de la procédure, le syndic même s'il assiste le débiteur est tenu de sauver l'entreprise tant que faire se peut.

209. Dans l'intérêt de l'entreprise, il est impérieux de permettre une continuation aussi large que possible des contrats et corrélativement la paralysie la plus étendue des mécanismes du droit commun permettant d'aboutir à la rupture du contrat<sup>449</sup>. A défaut même de permettre la continuation des contrats, la paralysie de la résiliation des contrats qui ne peuvent être poursuivis est susceptible de permettre à l'entreprise d'éviter la restitution de biens objets de ces contrats et par là même la diminution de son actif. C'est pourquoi, le syndic est le seul habilité à décider de mettre un terme ou non aux contrats en cours<sup>450</sup>. En effet, si la validité de la clause de résolution pour cause de cessation des paiements est admise, elle deviendra très rapidement une clause de style parce qu'elle présente l'avantage de procurer au cocontractant une résolution rapide et simple<sup>451</sup>. Le cocontractant

---

<sup>448</sup> Il y est même prévu une procédure de règlement préventif des difficultés qui peut être déclenchée avant même que la cessation des paiements soit avérée.

<sup>449</sup> MACORIG-VENIER (F.) « La rupture des contrats », in *Le droit des entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000*, P. A., n°178 du 06 septembre 2000, n° 2.

<sup>450</sup> Art. 108 AUPCAP : « *Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie* ».

<sup>451</sup> Il faut noter cependant que le droit d'option du syndic est limité pour certains contrats. Le maintien du contrat ne peut constituer un risque pour le sauvetage de l'entreprise que si les obligations qui incombent au débiteur sont de nature pécuniaire. En effet, les contrats qui doivent être résiliés ou résolus, sont nécessairement ceux qui présentent le risque d'aggraver le passif de l'entreprise. Ce qui ne peut être le cas d'une obligation non pécuniaire. La question a été posée à propos des contrats dans lesquels le débiteur en difficultés est créancier et particulièrement pour le sort du contrat de bail lorsque le bailleur est en état de cessation des paiements (KENDERIAN (F.), « *Le bail commercial relève-t-il du régime des contrats en cours en cas de procédure collective du bailleur ?* », D. 2003 Chron. p. 610). Schématiquement, ces contrats peuvent aussi présenter des désavantages pour le débiteur en redressement judiciaire lorsque la créance attendue est inférieure à la valeur marchande de la prestation fournie. Dans ce cas, on peut imaginer que le syndic puisse résilier le contrat et si nécessaire, le renégocier dans le cadre du plan de redressement afin qu'il soit plus rentable. Particulièrement dans le bail, la situation peut devenir critique pour le preneur. En effet, si le syndic avait le pouvoir de renoncer à la poursuite du bail, le preneur pourrait être contraint de quitter les lieux et, dans cette éventualité, il n'aurait même pas droit au paiement d'une indemnité d'éviction, celle-ci ne pouvant découler que du refus de renouvellement opposé par le bailleur dans les conditions prévues par le statut des baux commerciaux (art. 96 et ss. AUDCG). Le preneur évincé ne pourrait solliciter que des dommages-intérêts dont le montant devrait être déclaré au passif du bailleur, conformément à l'article 80 de l'AUPCAP (Cass. com., 6 févr. 1996, Bull. civ., IV, n° 36, D. 1996, IR, p. 73). Dans ces conditions, il faut s'attendre à ce qu'un propriétaire astucieux dépose son bilan, obtienne l'ouverture d'un

a généralement intérêt à invoquer ou à obtenir la rupture du contrat dans les conditions prévues par le contrat ou, à défaut, par les dispositions du code civil, tout particulièrement si le contrat n'a pas été ou n'est plus exécuté par l'entreprise en difficulté. Il s'agit pour lui d'empêcher toute continuation forcée ou d'éviter qu'une telle continuation ne se prolonge inconsidérément<sup>452</sup>. Cependant, la disparition de nombreux contrats compromettrait la continuation de l'exploitation et le redressement espéré de l'entreprise<sup>453</sup>. La clause résolutoire pour cause de cessation des paiements est donc réputée non écrite. La marge de manœuvre du cocontractant est par conséquent extrêmement réduite. Il ne peut faire valoir la clause contractuelle qui lui permettrait de se prémunir contre les inconvénients de la cessation des paiements, encore moins invoquer la résolution unilatérale que lui offre le droit commun des contrats. En revanche, la clause résolutoire expresse dont le fonctionnement dépend de l'inexécution du contrat, et qui aurait produit son effet avant l'ouverture de la procédure reste valable<sup>454</sup>.

**210.** Il faut cependant relever que l'AUPCAP répute ces clauses non écrites sans toutefois les déclarer nulles<sup>455</sup>. Cela signifie que la paralysie ne joue que pour le cocontractant dont la cessation des paiements est avérée. Par contre, lorsqu'une partie contractante est plurale, la paralysie ne s'opère qu'à l'égard du cocontractant en état de cessation des paiements, la résolution pouvant être invoquée à l'encontre des autres cocontractants. C'est ce que

---

redressement judiciaire, puis résilie lui-même, ou par l'intermédiaire du syndic, les baux devenus peu rentables, propose ensuite un plan de continuation assorti de la conclusion de nouveaux baux moyennant un loyer conforme à la valeur locative du marché. Il faut également s'attendre, en phase liquidative, à ce que le liquidateur du bailleur libère l'immeuble du ou des baux dont il est grevé afin de le céder au meilleur prix, ce qui est de l'intérêt des créanciers mais peut être lourd de conséquences pour le preneur *in bonis*, la disposition d'un local stable d'exploitation étant un facteur bien souvent prépondérant de prospérité pour une entreprise, quelle qu'elle soit. Face au silence des textes, certains auteurs estiment que lorsque le bailleur est mis en liquidation judiciaire, le bail ne saurait subir le même sort que les autres contrats. La faculté d'option du syndic doit être limitée dans ce cas, puisque les obligations qui lui incombent ne sont pas de nature pécuniaire (KENDERIAN (F.), op. cit., n° 17 et 18 ; AZIBER SEID (A.), Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives, thèse, Toulouse I, 2007, n° 361).

<sup>452</sup> MACORIG-VENIER (F.), op. cit., n° 2.

<sup>453</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité de Droit commercial, t.2, 17<sup>e</sup> éd., Par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 2004, n° 3048.

<sup>454</sup> SAWADOGO (F.M.), OHADA, Droit des entreprises en difficulté, coll. D.U.A, Bruyant, Bruxelles, 2002, p. 182.

<sup>455</sup> KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D.1993, Chron., p. 59.

décide la Cour de cassation<sup>456</sup>. Cela se justifie selon Monsieur Jacques Mestre par la nécessité d'interpréter restrictivement les règles applicables aux entreprises en difficulté<sup>457</sup>. Quid des contrats conclus *intuitus personae* ?

## 2 – Exception

211. L'AUPCAP contrairement à la solution retenue en droit français actuellement, exclut du champ d'application de l'article 107 les contrats conclus *intuitus personae*<sup>458</sup>. La question s'est aussitôt posée de savoir ce qu'on pouvait entendre par contrat conclu *intuitus personae*. La notion d'*intuitus personae* est en effet une notion très imprécise. Elle trouve son fondement à l'article 2003 du code civil qui dispose que l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. De même, l'article 1110 alinéa 2 du code civil énonce que l'erreur « *n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». On peut donc dire que les contrats *intuitus personae* sont les contrats dans lesquels la considération de la personne du cocontractant a été déterminante dans leur conclusion<sup>459</sup>.

212. Toutefois, et en dépit de l'apparente aisance de leur définition, l'identification de tels contrats pose encore de nombreuses difficultés. Si le code civil offre quelques exemples de contrats *intuitus personae*<sup>460</sup>, il n'en demeure pas moins que la suite de l'énumération est incertaine. Le contrat de compte courant ou encore les contrats d'ouverture de crédit ne sont-ils pas

---

<sup>456</sup> Cass. com., 19 déc. 1995, Bull. Civ., IV, n° 306, p. 280 ; R.T.D. Civ. 1996, p. 611, n° 8, obs. J. Mestre.

<sup>457</sup> Observations sous cet arrêt, op. cit.

<sup>458</sup> Cet article donne aussi la possibilité à chaque Etat de prévoir les hypothèses dans lesquelles ces clauses peuvent être valables. L'AUPCAP fait ainsi preuve d'une très grande souplesse par rapport à la loi française de 1985 qui exclut la possibilité d'une exception légale à la règle. V. MONTREDON (J.F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », J.C.P éd. E., 1988, n°15156, p. 274 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n°3049.

<sup>459</sup> SAWADOGO (F.M.), op. cit., p. 182.

<sup>460</sup> Il s'agit du contrat de mandat (art. 2003) et du contrat d'entreprise (art. 1795).

des contrats *intuitus personae* ? Et si tel est le cas, leur disparition immédiate ne risque-t-il pas de compromettre définitivement les espoirs de redressement de l'entreprise alors que ce sont très souvent des contrats sur lesquels repose un espoir de redressement ?<sup>461</sup> La souplesse des rédacteurs de l'Acte uniforme OHADA peut donc avoir des conséquences peu évidentes sur la finalité de la procédure de redressement. N'aurait-il pas été préférable d'exclure cette exception qui causera à coup sûr plus de problèmes qu'elle n'en résoudra ?<sup>462</sup>

213. Telle est en tout cas la solution retenue en droit français depuis la loi de 1985 (article 37) et plus précisément avec la décision de la Cour de cassation qui a admis, après une vive controverse doctrinale, que l'administrateur pouvait exiger le maintien de la convention d'ouverture de crédit pendant la période d'observation du redressement judiciaire<sup>463</sup>. Le maintien de la convention d'ouverture de crédit signifiant que les établissements de crédit sont obligés, si on leur demande, de fournir, après ouverture d'une procédure collective contre leurs clients, les fonds promis avant celle-ci, mais pas de consentir de nouveaux crédits<sup>464</sup>. Cette continuité doit se faire sous réserve du respect de la règle interdisant tout paiement de dettes antérieures au jugement d'ouverture de la procédure<sup>465</sup>. Cette continuation n'est en effet utile que dans le cadre du redressement judiciaire et a été écartée en toute hypothèse dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire par la Cour de cassation<sup>466</sup>. La sauvegarde de l'entreprise est ainsi préservée au détriment de la force obligatoire du contrat<sup>467</sup>. Ce qui

---

<sup>461</sup> AZIBER SEID (A.), op. Cit., 2007, n° 30.

<sup>462</sup> M. AZBER SEID propose ainsi que l'exclusion des contrats conclus *intuitus personae* du domaine de la continuation des contrats en cours pouvait se limiter au mieux à la procédure de liquidation des biens parce que dans celle-ci, il y a effectivement un changement de la personne du cocontractant puisque le débiteur n'intervient aucunement dans la procédure. Par contre, lorsque le débiteur est simplement assisté comme dans le cadre du redressement judiciaire, il n'y a pas changement de débiteur. Le principe qui gouverne les contrats conclus *intuitus personae* se trouve respecté (op. cit., n° 36).

<sup>463</sup> Cass. com., 8 déc. 1987, Rev. Banque, 1988, p. 96, obs. Rives-Lange, D. 1987, 53, note Derrida, Rev. Dr. Bancaire, 1988, p.60, obs. Crédot et Gérard, p. 69, note Dekeuwer-Défossez, JCP, 1988, II, 20927, note Jeantin.

<sup>464</sup> JACQUEMONT (A.), op. cit., n° 304.

<sup>465</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., t. 2, n° 2347.

<sup>466</sup> Cass. com., 20 janvier 1998, R.T.D.Com., 1998, 393, obs. Cabrillac.

<sup>467</sup> PERCEROU, Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : Mythe ou possibilité réelle ? in Mélanges Cl. Champaud, p. 507 ; d'après cet auteur, avec « *les réformes*

est également le cas lorsque l'AUPCAP prévoit la nullité des clauses du contrat de bail susceptibles de nuire à la continuation de l'exploitation.

## B – LA NULLITE DE CERTAINES CLAUSES CONTENUES DANS LE BAIL

214. Le contrat de bail commercial dont la réglementation est aussi largement d'ordre public n'échappe pas au principe de l'inefficacité des clauses de résiliation pour cause de cessation des paiements. L'article 97 de l'AUPCAP dispose en effet que l'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas de plein droit la résiliation du contrat de bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur et même des locaux de ces immeubles qui servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Cette disposition comme d'ailleurs tout le contenu de l'AUPCAP est d'ordre public et toute clause contraire est tout simplement réputée non écrite comme le précise l'article 107 du même Acte uniforme. Cette solution devenue classique en droit des procédures collectives<sup>468</sup> répond à la nouvelle donne de la matière. Elle permet de sauvegarder la propriété commerciale du débiteur, donc de continuer l'exploitation de l'entreprise. C'est un impératif pour la nouvelle philosophie des procédures collectives.

215. En outre, le tribunal peut juger que le redressement de l'entreprise passera par une location-gérance<sup>469</sup>. Le contrat de location-gérance ou de

---

*successives de 1955, 1965 et surtout 1985, s'est affirmée l'idée que le droit des faillites devait passer d'une finalité limitée à la garantie d'un paiement aussi large que possible des créanciers et d'un traitement équitable du débiteur à un objectif beaucoup plus étendu et complexe que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 janvier 1985 définit en ces termes : "Permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif" », v. spéc., p. 523.*

<sup>468</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit. t. 2, n° 3059.

<sup>469</sup> Aux termes de l'article 27 de l'AUPCAP, le débiteur doit en même temps qu'il fait la déclaration de cessation des paiements ou, au plus tard, dans les quinze jours qui suivent celle-ci, déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Cette offre de concordat peut comporter entre autres, les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délais et de remise, la cession partielle d'actif, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant le fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise.... La location-gérance ne peut cependant être autorisée que si la disparition ou la cessation d'activité même provisoire est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services (art. 115 al. 1<sup>er</sup>).

gérance libre est le contrat par lequel le commerçant loue le fonds de commerce à un autre commerçant qui exploite à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance périodique<sup>470</sup>. La location-gérance peut permettre de relancer l'entreprise si les difficultés sont dues à une mauvaise gestion du débiteur ou des dirigeants sociaux<sup>471</sup>. Le locataire gérant peut en effet disposer des moyens financiers, intellectuels et matériels lui permettant de redresser l'entreprise. Dans ce cas, les clauses interdisant la location gérance sont privées d'effet. L'article 115 alinéa 2 de l'AUPCAP permet au débiteur assisté du syndic de conclure un contrat de location-gérance même en présence d'une clause contraire dans le contrat de bail. La location-gérance ne peut toutefois être accordée abusivement car le tribunal devra justifier les raisons pour lesquelles la location gérance est admise. Le droit OHADA n'adopte donc pas le régime libéral source de nombreux abus dans la loi du 13 juillet 1967, mais opte pour le maintien de la location-gérance en cas de nécessité comme l'a fait jadis la loi du 25 janvier 1985.

**216.** On notera surtout que le droit des procédures collectives, un droit d'ordre public prime sur le droit de bail commercial qui revêt aussi un caractère d'ordre public<sup>472</sup>. Cela peut se comprendre. La réglementation du bail commercial vise la protection des intérêts d'une partie au contrat alors qu'il semble que le droit des procédures collectives poursuit des fins apparemment supérieures : la protection de l'entreprise et la sauvegarde des intérêts des créanciers.

**217.** On constate dès lors que le législateur communautaire africain accorde une importance particulière à la survie de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire. L'entreprise, loin d'être un bien du

---

<sup>470</sup> SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 1999, p. 955.

<sup>471</sup> La loi française du 26 juillet 2005 ne contient cependant aucune disposition relative à la location-gérance, ce qui suppose non un retour au droit commun, mais que l'article L. 621-34 du code de commerce a été purement et simplement supprimé (JACQUEMONT (A.), Droit des entreprises en difficulté, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2006, n° 302). Désormais, l'entreprise devra être exploitée tant pendant la procédure de sauvegarde que pendant celle du redressement par le dirigeant lui-même, assisté, représenté, voire surveillé par l'administrateur.

<sup>472</sup> KENDERIAN (F.), op. cit., n° 18.

débiteur, est en effet un maillon de la chaîne économique de l'Etat et nécessite de ce fait d'être protégée. Le maintien de l'entreprise a en effet comme corollaire le maintien de l'emploi et partant de la stabilité socio-économique. L'Etat moderne ne peut donc admettre que l'entreprise périclite à cause des intérêts égoïstes des contractants. C'est pourquoi, les règles de droit commun du contrat, notamment le principe de l'intangibilité des contrats doivent céder face à l'impératif de la sauvegarde d'une entreprise. On est donc loin du droit de la faillite issu de la loi de 1838 qui était un droit conçu pour sanctionner le débiteur en état de cessation des paiements pour avoir mal géré ses affaires.

218. Ainsi, en plus des désagréments inhérents à l'ouverture d'une procédure collective que sont l'extinction du droit à l'exigibilité immédiate des créances à terme et la suspension des poursuites individuelles, les créanciers doivent désormais supporter l'anéantissement des clauses contractuelles destinées à les protéger contre les effets pervers de cette procédure. Le contrat sort diminué de cette dure épreuve car il ne s'accommode plus de sa nature d'acte de prévision<sup>473</sup>. Les contrats synallagmatiques n'échappent pas à ce désir de sauvetage.

## C - LE REcul DES PRINCIPES PROPRES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

219. Le contrat synallagmatique est le contrat par lequel chacune des parties s'engage envers l'autre ou les autres s'il y en a plusieurs. Les obligations y sont réciproques et interdépendantes, c'est-à-dire que le créancier est en même temps débiteur et le débiteur est en même temps créancier<sup>474</sup>. Ce contrat répond à un régime différent de celui du droit commun en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles. Le

---

<sup>473</sup> LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in Etudes F. Terré, 1998, P. 643 selon qui, « Le contrat offre aux parties contractantes de s'approprier le futur : la prévision serait l'essence du contrat ».

<sup>474</sup> SERIAUX (A.), « La notion de contrat synallagmatique », in Le contrat à la fin du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 778 et ss. ; LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 181.



créancier de l'obligation inexécutée dispose du droit de soulever *l'exceptio non adempti contractus* ou exception d'inexécution et aussi de demander la résolution pour inexécution. Si l'une des parties réclame l'exécution de sa créance sans s'être acquittée de sa dette, l'autre pourra refuser de payer en invoquant l'exception d'inexécution. Si l'une des parties ne satisfait pas à son engagement, l'autre pourra demander la résolution du contrat<sup>475</sup>.

Ces règles particulières aux contrats synallagmatiques posent des problèmes en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une partie au contrat. Elles s'opposent en effet au principe de la continuité des contrats en cours. Assurer la survie de l'entreprise implique qu'il soit pourvu à la préservation des liens dont le réseau conditionne la marche<sup>476</sup>. Or, en cas de cessation des paiements, le débiteur en redressement judiciaire se heurtera généralement à la méfiance de ses anciens partenaires contractuels. A cette difficulté, s'ajoute celle de trouver de nouveaux partenaires à laquelle il n'y a aucune solution juridique<sup>477</sup>. Afin de donner une chance au redressement espéré, les rédacteurs du droit uniforme africain ont requis le maintien des contrats en cours limitant ainsi la mise en œuvre de l'exception d'inexécution (1) comme celle de la résolution (2).

## **1 - Les restrictions à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution en cas de cessation des paiements**

220. *L'exceptio non adempti contractus* est la prérogative qui est reconnue à une des parties au contrat synallagmatique de ne pas exécuter son obligation envers l'autre tant que celle-ci n'exécute pas la sienne<sup>478</sup>. Elle suppose pour sa mise en œuvre que les prestations ne soient pas

---

<sup>475</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 696 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 635.

<sup>476</sup> MONTREDON (J.F.), op. cit., p. 275.

<sup>477</sup> JACQUEMONT (A), op. cit., 303.

<sup>478</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 697 ; BENABENT (B.), Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 385.

concomitantes. Elle ne peut être soulevée que par la partie qui était en droit de recevoir exécution de la prestation de l'autre avant d'exécuter la sienne<sup>479</sup>.

221. La nécessité de limiter la mise en œuvre de l'exception d'inexécution du contrat en cas d'ouverture d'une procédure collective s'est faite sentir en France sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 dont l'article 38 permettait déjà au syndic d'imposer la continuation des contrats en cours. Pour échapper à l'emprise de cet article, certains contractants avaient prétendu subordonner la poursuite de la convention au règlement complet des arriérés de leur créance, cherchant à rompre la règle de l'égalité<sup>480</sup>. La Cour de cassation n'approuva pas cette pratique<sup>481</sup>. La loi du 25 janvier 1985 a entériné la jurisprudence de la haute cour en disposant dans son article 37 que lorsque l'administrateur requiert la continuation d'un contrat, « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* ».

221. L'AUPCAP ne contient pas une disposition analogue. Mais, à l'analyse de certaines de ses dispositions, il ne fait l'objet d'aucun doute que l'exception d'inexécution ne peut être admise si elle est soulevée pour les créances nées avant le jugement d'ouverture. D'une part, admettre la mise en œuvre de l'exception d'inexécution revient à rompre la règle de l'égalité entre les créanciers si chère en droit des procédures collectives. D'autre part, l'article 108 n'autorise l'exception d'inexécution qu'au cas où après avoir requis la continuation du contrat, le syndic n'a pas fourni la prestation promise. Lorsque le syndic décide de continuer l'exécution d'un contrat, les prestations fournies au débiteur doivent être payées au comptant. Il s'agit d'une créance de la masse et non plus d'une créance dans la masse comme

---

<sup>479</sup> Infra, n° 629 et ss.

<sup>480</sup> Par exemple, Gaz de France s'était arrogé une sorte de « *privilege du robinet* » faisant dépendre le réapprovisionnement de l'entreprise en difficulté du paiement intégral des factures antérieures au prononcé du jugement de redressement judiciaire.

<sup>481</sup> Cass. com., 22 janvier 1974, D. 1974, 414, note F. Derrida, Gaz. Pal., 1974, I, 445, note Galcher Baron, J.C.P., éd. G., 1974, II, 17865, note E.M.B., R.T.D.Com., 1975, p. 377, obs. R. Houin et J.-P. Le Gall.

c'est le cas des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture. A défaut de ce paiement instantané, le créancier pourra donc être admis à soulever *l'exceptio non adempti contractus*.

222. Cette solution doit cependant être nuancée. En effet, l'interdiction de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ne peut avoir de sens qu'autant qu'il s'agisse d'une obligation de somme d'argent<sup>482</sup>. Ce n'est qu'à ce titre que la règle de l'égalité entre les créanciers peut être rompue. Par contre, si l'obligation n'a pas une nature pécuniaire, il semble que l'exception d'inexécution pourra être soulevée par le créancier<sup>483</sup>. La même exception vaut pour la résolution pour inexécution.

## **2 – Les restrictions au jeu de la résolution pour cause d'inexécution en cas de cessation des paiements**

223. La résolution d'un contrat est l'anéantissement de ce contrat par suite de l'inexécution de ses obligations par l'une des parties. La résolution pour inexécution<sup>484</sup> se distingue de l'exception d'inexécution. Elle aboutit à la rupture de la relation contractuelle alors que *l'exceptio non adempti contractus* n'entraîne qu'une suspension des effets du contrat<sup>485</sup>. Aux termes de l'article 1184 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour les cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement* ». Comme c'est le cas pour l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution s'accommode mal avec les règles du droit des procédures collectives. Il va sans dire que la mise

---

<sup>482</sup> Cass. com., 26 novembre 1996, D. Aff., 1997, p. 160, Rev. Proc. Coll. 1998/3, p. 284, note F. Macorig-Venier (dans laquelle la Cour de cassation admet l'action en résolution fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrance résultant de l'article 1610 du code civil) ; Cass. com., 28 mars 1995, Rev. Proc. Coll., 1996/1, p. 70, note F. Macorig-Venier ; Paris, 16 janvier 1998, Rev. Proc. Coll., 1999 2/3, n° 5, note F. Macorig-Venier (en ce qui concerne l'action en résolution d'un bail pour manquement à une obligation de ne pas faire. En l'espèce, obligation de ne pas effectuer les travaux sans l'autorisation expresse du bailleur).

<sup>483</sup> MONTREDON (J.-F.), op. cit., p. 275.

<sup>484</sup> Le terme « *résolution pour inexécution* » est communément utilisé pour signifier aussi bien la résolution au sens strict c'est-à-dire un anéantissement total et rétroactif du contrat que la résiliation qui ne produit les effets que pour l'avenir.

<sup>485</sup> LARROUMET (Ch.), Op. cit., n° 697 ; MBA OWONO (Ch.), La suspension des obligations contractuelles, thèse, Nancy, 1993, n°158 et ss ; BENABENT (A.), op. cit., n° 385.

en œuvre de cette règle est un obstacle au principe de la continuité des contrats en cours et crée une inégalité entre les créanciers. C'est pourquoi, l'Acte uniforme sur le droit des procédures collectives n'admet la résolution pour inexécution que pour les créanciers postérieurs au jugement déclarant la cessation des paiements. L'article 109 alinéa 1<sup>er</sup> dispose en substance que « *Faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie* ».

224. Les exceptions à ce principe doivent être les mêmes que celles précédemment étudiées concernant l'exception d'inexécution. La règle ne pouvant avoir de sens que si l'obligation dont il est question est de nature pécuniaire. C'est du reste la solution retenue pour le bail commercial<sup>486</sup>. La possibilité d'agir en résolution d'un contrat pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent est admise quelle que soit l'importance du contrat pour le redressement de l'entreprise, y compris lorsqu'il s'agit du bail de l'immeuble affecté à l'exercice de l'activité<sup>487</sup>. La loi française du 25 janvier 1985 permet au bailleur de poursuivre ou d'introduire une action en résiliation pour défaut d'exécution par le preneur d'autres engagements antérieurs au jugement d'ouverture<sup>488</sup>. Peu importe même que le tribunal ait arrêté un plan de redressement par continuation en considération de l'existence d'un tel contrat. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 juillet 1999<sup>489</sup>. Cette dernière a considéré que l'adoption d'un plan de continuation ne pouvait faire échec à la poursuite de l'action en résiliation du bail à ferme pour défaut d'entretien et d'exploitation. Elle a par ailleurs ajouté que la

---

<sup>486</sup> Article 97 alinéa 4 AUPCAP.

<sup>487</sup> MACORIG-VENIER (F.), article précité.

<sup>488</sup> Cass. com., 28 mai 2002, J.C.P., éd. G., 2002, IV, n° 2252, selon laquelle, les causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire ne peuvent concerner que des obligations autres que le paiement d'une somme d'argent et sanctionne l'arrêt de la cour d'appel qui a prononcé la résiliation d'un bail pour non paiement des loyers antérieurs au jugement d'ouverture.

<sup>489</sup> D. 2000, Jur., p. 330.

rupture du contrat n'a pas à être considérée comme une modification substantielle des moyens du plan de continuation.

225. Toutefois, le bailleur ne peut résilier le contrat de bail pour les causes postérieures au jugement d'ouverture que dans des hypothèses très limitées. L'article 97 al. 5 de l'Acte uniforme ne permet au juge de prononcer sa résiliation que lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes pour garantir le privilège du bailleur. Autrement dit, le non paiement des loyers par le syndic ne suffit pas pour que le bailleur puisse obtenir la résiliation du contrat de bail.

226. L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif ouvre ainsi au juge un important pouvoir de régulation de la relation contractuelle<sup>490</sup>. L'office qui est traditionnellement reconnu au juge en matière contractuelle est largement dépassé. Il n'est plus seulement question de moduler l'efficacité des obligations convenues pour en diminuer la rigueur<sup>491</sup>. Le pouvoir du juge s'exerce carrément sur l'existence même des obligations<sup>492</sup>. Le désir de promouvoir le sauvetage des entreprises prend ainsi le pas sur la sécurité des transactions. Mais l'AUPCAP n'a pas complètement anéanti le contrat. L'atteinte au principe de l'intangibilité des contrats reste mesurée.

## **Paragraphe 2 : Une atteinte mesurée**

227. Tirant des leçons des difficultés suscitées par la loi française du 25 janvier 1985<sup>493</sup>, le législateur OHADA a entrepris de mettre sur pied un droit

---

<sup>490</sup> CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue, Mélanges, G. Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 44.

<sup>491</sup> Notamment, art. 1244 al. 2 du code civil pour le délai de grâce et 1152 pour les clauses pénales.

<sup>492</sup> CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », op. cit., p. 43.

<sup>493</sup> SAWADOGO (F.M.), op. cit., n° 24 ; MONTREDON (J.F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », J.C.P éd. E., 1988, n°15156, p. 269 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit de la faillite », D. 1994, chron., p. 20 ; CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), « Juin 1994 : Le printemps des sûretés réelles ? », D. 1994, chron., 243.

des procédures collectives qui, tout en s'inspirant des solutions classiques, est destiné à remédier aux insuffisances observées. Comme ce fut naguère l'objectif classique des procédures collectives, l'AUPCAP est également orienté vers l'apurement du passif c'est-à-dire la satisfaction des créanciers.

L'AUPCAP se démarque ainsi nettement de l'orientation actuelle du droit français des procédures collectives<sup>494</sup> en respectant les grands principes du droit des contrats à plusieurs niveaux. D'une part, les sûretés consenties sur les biens sont respectées lors des cessions partielles d'actif (A), et d'autre part, les clauses de retour à meilleure fortune restent valables (B).

## A – LE RESPECT DES SURETES CONSENTIES LORS DES CESSIONS PARTIELLES D'ACTIF

**228.** Lorsque le tribunal prononce la cessation des paiements d'une entreprise ou d'un commerçant personne physique, il doit décider de son avenir. Selon la gravité de la situation, le tribunal peut prononcer la cessation de l'activité, donc, la liquidation<sup>495</sup>, ou le maintien de l'activité en arrêtant soit la continuation, soit la cession<sup>496</sup>. Lorsque le maintien de l'activité est requis, l'entreprise est en état de redressement judiciaire<sup>497</sup>. L'aboutissement de cette procédure pourra nécessiter la transmission à titre onéreux de certains actifs

---

<sup>494</sup> V. JACQUEMONT (A.), op. cit., n° 303. *Adde*, SABATHIER (S.), Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives, thèse, Université de Toulouse I, 2000.

<sup>495</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar, 00/00/0000, Décision, EGECOM, ECOPRES, Etablissements CATIM c/ Société SOGERES, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), réf. Ohadata J-05-53.

<sup>496</sup> La notion de cessation des paiements telle que adoptée par l'AUPCAP permet en effet de saisir les difficultés d'entreprise en amont. Même si la cessation des paiements doit être prononcée lorsque le débiteur se trouve dans une situation difficile et irrémédiablement compromise (pour faire une distinction avec la procédure de règlement préventif qui permet de résoudre les difficultés momentanées que peut avoir une entreprise), l'article 25 ne permet plus au tribunal d'attendre que le débiteur cesse tout paiement. Il suffit par exemple que la comptabilité de l'entreprise fasse ressortir que le passif exigible est supérieur à l'actif disponible (NGUIHE KANTE (P.), « Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », Afrilex, 2005, pp. 175 à 192, voir, [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr) mise à jour, janv. 2005). Ce qui peut faciliter le sauvetage de certaines entreprises. Ce n'était pas le cas avant lorsque la jurisprudence considérait qu'il y avait cessation des paiements seulement à partir du moment où le débiteur ne payait plus ses dettes (Cass. req., 9 février 1903, D. 1905, I, 137, note THALLER ; Cass. com., 18 juin 1980, Bull. civ., IV, n° 262).

<sup>497</sup> Art. 112 AUPCAP.

de l'entreprise<sup>498</sup>. Or cette nécessité peut se heurter à l'existence des sûretés consenties sur l'actif à réaliser. Le produit de la cession devra donc échapper au débiteur assisté du syndic, ce qui risque de compromettre le redressement de l'entreprise. Pour permettre à ce dernier d'utiliser le prix de la cession à des fins de sauvetage, la loi du 25 janvier 1985 prévoit la prescription d'une sûreté équipollente<sup>499</sup>. Il est question de remplacer la sûreté réelle par une sûreté personnelle. Cette solution a été très critiquée par une partie de la doctrine française qui n'a pas hésité de parler de la consécration de « *l'idée d'une fungibilité des sûretés réelles* »<sup>500</sup>.

229. L'Acte uniforme OHADA retient une solution différente. Les articles 131 et suivants prévoient qu'en cas de cession à titre onéreux d'un bien ayant fait l'objet d'une sûreté réelle, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales doivent être désintéressés de préférence et selon l'ordre prévu aux articles 166 et 187 du même Acte. Seule la différence devra rester au syndic<sup>501</sup>. Les droits des créanciers nantis sont ainsi respectés. C'est du reste la solution retenue par la loi française de 1994<sup>502</sup> dont les auteurs ont certainement compris que « *les tentatives de remise à flot des entreprises moribondes* » en vue de protéger l'emploi était une stratégie irréaliste<sup>503</sup> car elle compromettrait le crédit des entreprises saines<sup>504</sup>. Mais la loi du 26 juillet 2005 retourne une fois de plus la situation à l'encontre des créanciers munis

---

<sup>498</sup> La cession partielle d'actif doit être prévue dans le concordat de redressement et peut concerner des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles. Cette cession a un caractère d'ordre public et toute clause contractuelle qui interdirait la cession d'un bien en cas de redressement judiciaire est nulle et de nul effet ; puisqu'il revient au syndic de choisir les biens qui pourront faire l'objet d'une cession. V. DONTEN WILLE (H.), « Du caractère d'ordre public des formes de vente forcée dans le cadre des procédures collectives », (concl. sur Cass. Ass.Plén. , 11 mai 1988), D.1990, p. 533.

<sup>499</sup> Elle devra être prescrite par le juge commissaire lors de la phase d'observation, ou par le tribunal lors de l'exécution du plan de redressement.

<sup>500</sup> MONTREDON (J.F.), op. cit., p. 270.

<sup>501</sup> L'article 132 alinéa 2 dispose à cet effet que la juridiction compétente ne peut homologuer la cession partielle d'actif que si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition.

<sup>502</sup> Art. 29 de la loi du 10 juin 1994. Reste cependant qu'en matière mobilière, ne bénéficient de la propriété que les sûretés assorties d'un droit de rétention (CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), op. cit., n°8).

<sup>503</sup> Dont on a affirmé qu'elle « *avait la rectitude et l'assurance des choses rêvées* », FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit de la faillite », op. cit., p. 20.

<sup>504</sup> CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), op. cit., n°1.

de sûretés réelles spéciales<sup>505</sup> parce que, soutient-on, la réforme de 1994 a eu pour méfait de mettre sur place un système « *abâtardi* » et « *cumulant les inconvénients* »<sup>506</sup>. Dans toute cession partielle d'actifs, seuls les créanciers postérieurs au jugement (créanciers de la masse en droit OHADA) ayant un rapport direct avec la branche d'activité cédée doivent être payés<sup>507</sup>. Le tri imposé parmi les créances postérieures permet toutefois d'atténuer la rigueur de ce système, en ne privilégiant que les créanciers utiles, ceux-là qui sont des acteurs obligés du redressement de l'entreprise<sup>508</sup>. L'utilité des sûretés est en tout cas amenuisée. Car, même en cas de liquidation judiciaire, les créanciers postérieurs au jugement viennent avant les créanciers munis des sûretés réelles spéciales.

**230.** Le droit OHADA préserve donc toute l'utilité de ces sûretés malgré les difficultés que connaît le débiteur et en dépit du souci de redressement de l'entreprise.

C'est en tout cas le moindre mal pour cette garantie qui est en fait peu rassurante pour le créancier lorsque le débiteur vient à être déclaré en état de cessation des paiements. Lorsque le bien est cédé que ce soit dans le cadre d'une cession partielle ou d'une cession globale d'actif, celui-ci ne vient dans le partage qu'au quatrième rang après les frais de justice, le privilège du trésor et le super-privilège des créances de salaires<sup>509</sup>. Il est donc probable que le créancier muni d'une sûreté réelle ne soit pas satisfait à l'issue de la

---

<sup>505</sup> Nouv. Art. L. 622-17 al. 1 du code de commerce : « 1- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période sont payées à l'échéance.

2- Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, les créances sont payées par privilège à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code (créanciers apporteurs de new money dans une procédure de conciliation précédemment ouverte)».

<sup>506</sup> PETEL (Ph.), « Pour une relecture de l'article L.621-32 du code de commerce », in Mélanges Y. Guyon, 2003, p. 917, n° 1.

<sup>507</sup> JACQUEMONT (A.), op. cit., p. 186, n° 336 et ss.

<sup>508</sup> JACQUEMONT (A.), op. cit., n° 338.

<sup>509</sup> En France, la réforme de 2005 a rendu la situation des créanciers munis de sûretés réelles encore plus inconfortable. Car les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure sont désormais prioritaires quelle que soit la branche d'activité cédée.



procédure de liquidation des biens<sup>510</sup>. C'est d'autant plus probable qu'en dehors des biens sur lesquels il dispose d'une sûreté spéciale, le créancier vient dans le partage du prix des autres biens du débiteur en qualité de créancier chirographaire. L'AUPCAP a donc évité d'anéantir complètement les sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>511</sup>. Il reviendra au tribunal de rechercher d'autres moyens de sauvetage s'il s'avère que tous les éléments de l'actif sont grevés de sûretés réelles spéciales. L'Acte uniforme accorde une importance variable au respect de la parole donnée dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. La parole donnée doit être respectée même en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

## B – LA VALIDITE DES CLAUSES DE RETOUR A MEILLEURE FORTUNE

**231.** Tout commerçant<sup>512</sup> court le risque d'une cessation des paiements. Etant donné que ses partenaires commerciaux ne peuvent pas savoir exactement à quel moment cela peut arriver, un cocontractant prévoyant peut à la conclusion du contrat exiger l'acceptation par le débiteur d'une clause de retour à meilleure fortune si une procédure collective ouverte par la suite

---

<sup>510</sup> Contrairement aux sûretés personnelles qui gardent à quelques exceptions près toute leur efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective (art. 91 à 94 de l'AUPCAP). V. STORCK (M.), « Cautionnement et procédures collectives », in Dossier : sûretés et procédures collectives, P. A., n°188, du 20 septembre 2000 ; COUDERT (J-L), « Procédures collectives : la caution est-elle encore engagée après la prise en charge d'un contrat de prêt par un cessionnaire ? » P. A., n°117, du 14 juin 1999). La loi française du 26 juillet 2005 renforce l'efficacité de cette sûreté car, le défaut de déclaration de la créance n'entraîne plus l'extinction de la dette (comme ce fût le cas en 1985), mais plutôt la perte du droit de participer au partage de l'actif disponible. Le débiteur accessoire peut donc être poursuivi et doit répondre de sa dette.

<sup>511</sup> Seul le droit de rétention devenue une sûreté à part entière avec l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sûretés, échappe au triste sort réservé aux sûretés réelles dans les procédures collectives. La Cour de cassation décide en effet que le droit de rétention confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de la créance, même en cas de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur et que la perte de ce droit nuit à ses cautions (Cass. com., 25 nov. 1997, JCP éd. G. IV, n° 1083). Son titulaire prime notamment le privilège du trésor (Cass. com., 15 janvier 1957, J.C.P., 1957. II. 10006, note Becqué), celui des frais de justice (Paris, 25 janvier 1977, Banque 1977. 471, obs. L.M. Martin) voire le super-privilège des salariés (Orléans, 9 décembre 1974, D. 1975, 768, note F. Derrida).

Dans ce sens v. PIEDELIEVRE (S.) « La mise en oeuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », in Dossier : sûretés et procédures collectives, Dossier : sûretés et procédures collectives, P. A., n°188, du 20 septembre 2000.

<sup>512</sup> Les procédures collectives d'apurement du passif peuvent être ouvertes en droit OHADA contre les commerçants personnes physiques ou personnes morales.

contre ce dernier n'aboutit pas au paiement complet de sa créance. Cette clause en pratique permet au créancier non satisfait à la clôture de la procédure de reprendre son droit de poursuite individuelle. Quelle est la valeur de cette clause ?

232. Le droit classique des procédures collectives ne s'opposait en rien à la validité d'une telle clause. Elle était même implicite pour tous les contrats. Mais la loi française du 25 janvier 1985 a enlevé toute utilité à cette clause. Elle prévoit que la clôture de la procédure même pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer le droit des poursuites individuelles. Cette solution très critiquée par une partie de la doctrine française<sup>513</sup> a contre toute attente été confirmée par les réformes ultérieures notamment celle apportée par la loi du 10 juin 1994 et plus récemment celle du 26 juillet 2005. La question est désormais tranchée en droit français<sup>514</sup>. Cette solution est justifiée par le souci sans cesse croissant d'améliorer la situation du débiteur. Elle repose d'après certains auteurs, sur le fait que la défaillance de certaines entreprises est causée aujourd'hui par des bouleversements économiques et techniques devant lesquels même les meilleurs gestionnaires restent impuissants<sup>515</sup>. Etant donné que la clôture de la procédure ne fait pas recouvrer aux créanciers insatisfaits l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, celui-ci peut recommencer une nouvelle carrière sans être obéré par le poids de son passif antérieur.

233. La solution retenue par le droit communautaire OHADA est toute autre. L'article 174 de l'AUPCAP dispose que « *la décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions* ». En outre, l'article 83 alinéa 2 du même Acte permet au créancier frappé de forclusion dans la procédure de redressement judiciaire, de brandir

---

<sup>513</sup> MONTREDON (J.F.), op. cit., p. 270.

<sup>514</sup> D'après certains auteurs, il n'y a pas extinction de la créance mais plutôt une impossibilité d'agir en justice. Loin d'être une ironie de la doctrine, cette précision permet au créancier de poursuivre la caution et les coobligés qui restent tenus (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 1510). En plus, rien ne permet d'exclure l'hypothèse d'un paiement volontaire de la part du débiteur.

<sup>515</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2826.

la clause de retour à meilleure fortune pour recouvrer sa créance. Cette solution ancienne respecte les droits des créanciers, c'est-à-dire ceux-là mêmes qui ont permis au débiteur d'exercer son activité en lui faisant confiance. Elle est sécurisante pour les pourvoyeurs de crédit. En effet, une protection excessive du débiteur en état de cessation des paiements peut s'avérer dangereuse pour la société entière<sup>516</sup>. Au moment où l'on assiste à un élargissement des personnes pouvant faire l'objet d'une procédure collective<sup>517</sup>, le risque d'encourager la délinquance économique et partant la crise du crédit n'est-il pas réel ? Ne serait-il pas plaisant pour un commerçant de s'endetter sans contrôle et demander par la suite l'ouverture d'une procédure collective contre lui pour mettre à nu tout son passif et prétendre reprendre une nouvelle carrière ?<sup>518</sup> Si la nécessité de sensibiliser les entreprises pourvoyeuses de crédit se fait ressentir dans les sociétés modernes, on ne doit pas perdre de vue que l'individu doit avant tout être responsabilisé. Le risque est en effet réel qu'une clôture pour insuffisance d'actif entraîne la chute de nombreuses autres entreprises.

**234.** L'Acte uniforme OHADA préserve en tout cas mieux la valeur juridique du contrat<sup>519</sup>. Le contrat est conclu pour être exécuté et la cessation des paiements même si elle annihile certaines clauses du contrat, ne saurait constituer une échappatoire pour le débiteur. Il faut nécessairement concilier l'intérêt de l'entreprise avec celui des créanciers et éviter l'effacement des créanciers<sup>520</sup>, qui, a-t-on souligné en droit français, détache le droit des procédures collectives de ses fondements moraux<sup>521</sup>.

---

<sup>516</sup> Le constat a été fait en France sous la loi de 1985 que neuf procédures sur dix se terminent par une liquidation et les créanciers chirographaires touchent rarement plus de 5 % du montant de leur créance (Infostat. Justice, n° 19, janv. 1991) et en dépit des réformes de 1994 et de 2005, la tendance est loin d'être renversée.

<sup>517</sup> Voir notamment la réforme intervenue en France en 2005 qui étend non seulement aux commerçants et artisans, mais également aux particuliers.

<sup>518</sup> GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 417.

<sup>519</sup> AZIBER SEID (A.), *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, thèse, Toulouse I, 2007, n° 10.

<sup>520</sup> LIENHARD (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficulté, Le nouveau droit des procédures collectives*, 1<sup>re</sup> éd., Delmas, Dalloz, 2006, n° 401.

<sup>521</sup> SABATHIER (S.), *op. cit.*, p. 6 ; *Adde*, AZIBER SEID (A.), *op. cit.*, p. 9.

235. Le droit des procédures collectives OHADA est donc clément vis-à-vis des créanciers. En s'inscrivant à contre courant de l'évolution actuelle du droit français portée par le dictat de l'économie sur le droit<sup>522</sup>, le droit OHADA opte clairement pour la préservation du contrat, en étant plus attractif et moins dissuasif pour les potentiels cocontractants de l'entreprise. La portée du principe de l'intangibilité des contrats n'est réduite que dans la limite de l'utilité du redressement de l'entreprise. La réglementation sur les clauses abusives répond à un autre impératif.

## **SECTION II**

### **L'ANEANTISSEMENT DU A L'EMERGENCE DE LA NOTION DES CLAUSES ABUSIVES**

236. La notion de clauses abusives est assez récente dans le vocabulaire juridique des pays de tradition civiliste. Elle a été introduite en France par la loi du 10 janvier 1978 lorsque la nécessité s'est faite sentir de venir au secours d'une catégorie de contractants, les consommateurs, dont le pouvoir de négociation face aux professionnels était réduit à néant. Avec la multiplication des contrats d'adhésion proposés aux premiers par les seconds, le législateur a compris que l'équilibre subjectif des contrats prôné par la théorie de l'autonomie de la volonté n'était plus qu'un leurre. Dans les contrats de consommation, le consommateur n'a aucun moyen de manifester sa volonté puisque le contrat est prérédigé par le professionnel. L'introduction de la notion de clauses abusives a donc pour objectif d'obliger les professionnels à respecter un minimum d'équilibre dans les clauses contractuelles. Il est question dans la réglementation des clauses abusives d'éliminer les clauses qui confèrent un avantage excessif aux professionnels en leur permettant de se soustraire, pour partie ou en totalité, à leurs obligations légales ou contractuelles du moment où ces clauses n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle.

---

<sup>522</sup> AZIBER SEID (A.), op. cit., p. 361.

237. Cependant, le droit de la consommation duquel résultent les clauses abusives, à l'instar du droit commun des contrats, ne recherche pas l'équilibre global du contrat, c'est-à-dire le rapport qualité/prix. Ce droit recherche un équilibre ponctuel des clauses du contrat<sup>523</sup>. Les parties au contrat doivent s'astreindre à un « *civisme contractuel* », nécessaire à un équilibre minimum<sup>524</sup>. « *Il ne s'agit pas d'assurer une stricte égalité, mais simplement de dire qu'une clause qui confère à l'une des parties un avantage sans contre-partie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire, est en droit inadmissible* »<sup>525</sup>. La lutte contre les clauses abusives joue un rôle sociable non négligeable. Elle permet à l'autorité publique d'établir un minimum d'équilibre dans les contrats qui sont, de par le déséquilibre structurel entre les parties, généralement déséquilibrés, ce qui peut permettre de lutter contre les exclusions sociales<sup>526</sup>.

Bien que la sanction des clauses abusives dans certains contrats revêt face à la montée de la société de consommation une importance capitale, force est de constater que le droit communautaire applicable dans la CEMAC qui est pourtant essentiellement un droit de marché, ne dispose pas encore d'une réglementation générale des clauses abusives (paragraphe 1). Mais une étude approfondie des différentes réglementations communautaires permet de déceler une faible prise en compte des intérêts de la partie faible à travers l'interdiction des clauses limitativement énumérées (paragraphe 2).

---

<sup>523</sup> CALAIS-AULOY (J.), op. cit., p. 117.

<sup>524</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in L'avenir du droit, Etudes F. TERRE, L.G.D.J., 1999, p. 612.

<sup>525</sup> TESTU (F.X.), Le juge et le contrat d'adhésion, cité par MAZEAUD (D.), op. cit., p. 612.

<sup>526</sup> PRUVOST (F.), « Le droit de la consommation, vecteur de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », Droit Ouvrier, 1997, pp.1 à 20.

## **Paragraphe 1 : L'absence d'une réglementation générale des clauses abusives**

238. L'inégalité contractuelle qui se traduit par l'existence d'un pouvoir unilatéral de décision à un niveau quelconque de l'existence du contrat<sup>527</sup>, est une réalité contemporaine. Mais la situation des consommateurs reste incertaine dans l'espace économique de la CEMAC. Pourtant le législateur camerounais a adopté très tôt une réglementation des clauses abusives. Mais à cette réglementation restée inappliquée (A), on recherche en vain le relais des instances communautaires. Qu'il s'agisse de la CEMAC ou de l'OHADA, le souci de protection des consommateurs est constant ; mais on est resté jusqu'à présent à la phase des projets de réglementation (B) et le droit de la concurrence semble impuissant pour permettre une véritable lutte contre les clauses abusives (C).

### **A - UNE INTERDICTION DES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT CAMEROUNAIS MECONNUE PAR LA JURISPRUDENCE**

239. Le législateur camerounais a très vite, et même trop vite, compris le problème que pose une économie libérale. Alors que le pays sortait encore d'une économie dirigée aux prix imposés, le législateur a, par la loi n°90/031 du 10 août 1990, qui régit l'activité commerciale au Cameroun<sup>528</sup>, pris un texte de portée générale qui interdit d'une manière efficace les clauses abusives. En effet, l'article 27 de ladite loi dispose que « *sont réputées non écrites les clauses des contrats conclus entre professionnels et consommateurs qui sont en fait imposées aux consommateurs et confèrent un avantage excessif aux professionnels en leur permettant de se soustraire, pour partie ou en totalité, à leurs obligations légales ou contractuelles* ».

---

<sup>527</sup> MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? » in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p. 138.

<sup>528</sup> NYAMA (J.M.), « La liberté du commerce et de la concurrence dans la loi camerounaise du 10 août 1990 », R.J.A , n°2 et 3, 1992-1993, pp. 51 à 74.

Ce texte qui arrive à un moment où la question des clauses abusives ne s'était encore posée ni en doctrine ni en jurisprudence<sup>529</sup>, paraît pour le moins « prématuré »<sup>530</sup>. La jurisprudence<sup>531</sup> et une partie de la doctrine ignorent son existence<sup>532</sup> et les praticiens du droit non préparés n'ont pas compris que cet article bouleversait entièrement la conception classique du droit des contrats. Le contrat ne devrait plus être la « chose des parties »<sup>533</sup>. Le contrat, acte de prévision, ne devrait être la loi des parties qu'autant que la partie économiquement forte n'ait abusé de son pouvoir pour imposer des clauses qui rendent le contrat déséquilibré<sup>534</sup>. Autrement dit, l'article 27 de la loi du 10 août 1990 invitait le professionnel à un « *solidarisme contractuel* », à mettre de côté ses intentions égoïstes pour respecter la personne de son cocontractant. A défaut de faire preuve de cette volonté bienveillante, le professionnel devrait s'attendre à voir les clauses contractuelles qu'il impose abusivement au consommateur annulées par le juge.

**240.** Le texte camerounais a le mérite d'avoir une conception non figée de la notion de clauses abusives. Sans rechercher à déterminer les clauses qui pourraient éventuellement être déclarées abusives, l'article 27 laisse toute la latitude au juge de pouvoir apprécier suivant les circonstances le caractère

---

<sup>529</sup> NYAMA (J.M.), « La protection du consommateur au Cameroun, mythe ou réalité ? », *Juridis Infos*, n°10, avril-juin 1992, p.67 et ss.

<sup>530</sup> NGOMO (A. F.), « Les clauses contractuelles abusives (esquisse comparative des droits camerounais et français) », *R.J.A.*, n° 2 et 3, 1992-1993, p. 137.

<sup>531</sup> CA du Centre, A. n° 280/ civ. Du 20 juillet 1994, aff. SONEL-ACC-SOCAR c/ Poissonnerie Populaire, *Juridis Périodique*, n° 24, p. 55, obs. A. F. Ngomo.

<sup>532</sup> V. par ex., MEVOUNGOU-NSANA (R.), « La nature consensuelle et synallagmatique du contrat de prêt consenti par un professionnel : le sacre d'une contribution doctrinale », *Juridis Périodique*, n° 54, avr.-juin 2003, p. 75. Cet auteur plaide pour que le législateur camerounais prenne un texte protecteur des consommateurs en général et du consommateur du crédit à la consommation en particulier faisant ainsi montre de son ignorance de la loi de 1990. V. cependant KAMWE MOUAFFO (M.C.), *La protection civile et pénale du consommateur en droit camerounais*, Mémoire de maîtrise, Dschang, 1997.

<sup>533</sup> FAGES (B.), « Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, pp. 153-161.

<sup>534</sup> CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 180, selon qui, « *le juge du contrat n'est plus spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté ...* »

abusif ou non d'une clause<sup>535</sup>. Ce qui est du reste la solution adoptée par la loi française du 1<sup>er</sup> février 1995, soit plus de vingt ans après la première tentative d'interdiction des clauses abusives<sup>536</sup>. En outre, ce texte intègre les clauses limitatives de responsabilité dans la définition de clauses abusives lorsqu'il interdit les clauses qui permettraient au professionnel de se soustraire pour partie ou en totalité à ses obligations légales ou conventionnelles.

241. Malheureusement, cet article 27 de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 est ignoré par la jurisprudence camerounaise laissant les consommateurs à la merci des professionnels comme en témoigne cet arrêt rendu par la cour d'appel du Centre<sup>537</sup>. Après une longue coupure de courant, la Poissonnerie Populaire a subi un dommage important dans sa chambre froide. Saisi en réparation du préjudice subi, le tribunal de grande instance de Yaoundé fit droit à sa demande sur la base des articles 1382 et suivants du code civil<sup>538</sup>. Mais en appel, le juge d'appel rejette l'argumentation d'instance

---

<sup>535</sup> Ce contrôle judiciaire des clauses abusives constituait en soi une avancée par rapport au droit français des clauses abusives dont la loi de 1978 alors en vigueur soumettait le contrôle de ces clauses à une autorité administrative. V. à ce sujet, HUET (J.), « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », D. 1993, chron., p. 331 et ss.

<sup>536</sup> MESTRE (J.), « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in Etudes en l'honneur de F.TERRE, 1998, pp.677-687 ; NGOMO (A.F.), op. cit., p. 137, LEVENEUR (L.), « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit commun des obligations », in Le renouvellement des sources des obligations, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, pp. 155 à 174 ; BRUSCHI (M.), « L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 45, 2002, pp.5 à 10 ; HUET (J.), « Les hauts et les bas de la lutte contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », JCP, 1992, I, 3592 ; LE ROUX (M.), « La loi consommation du 1<sup>er</sup> fév. 1995 Europe et vie quotidienne », Rev. Conc. Consumm., 1995, p.65.

<sup>537</sup> CA du Centre, A. n° 280/ civ. Du 20 juillet 1994, aff. SONEL-ACC-SOCAR c/ Poissonnerie Populaire, Juridis Périodique, n° 24, p. 55, obs. A. F. Ngomo.

<sup>538</sup> Si ce juge peut avoir le mérite d'avoir compris que l'équité voudrait que celui par la faute duquel le dommage est arrivé doit réparer, il n'en demeure pas moins que cette attitude qui consiste à une « absorption » des règles du droit par la responsabilité civile doit être condamnée (MAZEAUD (H.), « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », D.H., 1935, chron. 5). En effet, s'il fallait s'en tenir au droit commun, la responsabilité de la SONEL ne devrait être reconnue qu'au cas où le client aurait établi une faute de la SONEL. Or, il est évident que la responsabilité de la SONEL découle ici du non respect de ses obligations contractuelles.

C'est malheureusement une pratique courante dans les juridictions camerounaises. V. aussi la décision de la cour d'Appel du Centre qui décide : « *que c'est à bon droit que le premier juge sur la base de l'article 1384 du code civil a retenu la responsabilité de la SONEL sur le dommage moral subi par YANKEU FABO...* » alors que la SONEL s'était rendue coupable de coupure injustifiée de courant qu'elle s'était engagée à fournir dans le contrat d'abonnement (Yaoundé, A. n° 165/Civ./04-05 du 02 février 2005, aff. A.E.S SONEL c/ YANKOU FABO, inédit). V. enfin CS, A. n° 34/CC du 22 novembre 2001, aff. SNEC c/ Me DEFFO, Juridis Périodique, n°



et prend en compte la clause contractuelle brandie par la SONEL ; clause qui limitait sa responsabilité et l'exonérait d'ailleurs. Cette clause contractuelle obligeait le client à prendre des mesures nécessaires pour faire face aux éventuelles coupures de courant par exemple l'achat des groupes électrogènes. La cour d'appel du centre conclut alors que « *la responsabilité du sinistre ne peut être établie* ».

242. La solution était pourtant simple. Le contrat qui lie la SONEL à ses abonnés est un contrat d'adhésion pur et simple. Le client qui se présente devant son agence ne traite qu'avec les agents subalternes qui n'ont aucun pouvoir de discussion sur les termes du contrat pré rédigés par les soins des experts. L'abonné n'a donc pu discuter des clauses contractuelles et même s'il les avait connues au préalable, il ne pouvait que les accepter car la SONEL est le seul fournisseur d'électricité au niveau national. La clause contractuelle dont il est question est donc abusive car elle exonère la SONEL de toute responsabilité découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Toutes les conditions d'application de l'article 27 étaient réunies dans cette affaire à moins qu'on ne se lance dans le débat français sur la définition du consommateur protégé<sup>539</sup> qui, on le sait, est loin de satisfaire l'ensemble

---

54, avril-juin 2003, p. 53, obs. J. KOM. Dans cette espèce, la Cour suprême confirme un arrêt qui, à la suite du jugement d'instance, a condamné la SNEC à la réparation du préjudice résultant d'une coupure d'eau dans un cabinet sans toutefois préciser s'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité délictuelle. A la question de savoir si l'absence d'eau dans le cabinet du défendeur mettait en cause la responsabilité pour faute au sens des articles 1382 et suivants du code civil ou l'inexécution de l'obligation contractuelle, la haute cour s'est limitée à préciser que les juges de fonds avaient déjà répondu à ces conclusions. Pourtant la réponse semblait simple. La SNEC était liée à Me DEFFO par un contrat de fourniture d'eau courante. Une coupure d'eau prolongée dans son cabinet constituait donc une inexécution de son obligation contractuelle. Par conséquent, elle devrait payer pour le préjudice subi par son client.

<sup>539</sup> La jurisprudence décide ainsi parfois que le consommateur protégé doit être recherché objectivement, c'est-à-dire de manière restrictive, en excluant tous ceux qui sont de professionnels (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 avr. 1986, D.1986, Somm., p. 393, obs. J. -L. Aubert, R.T.D.Civ.,1987, p. 86, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1993, Contrats, conc., consomm., 1994, Comm., p. 155, obs. L. Leveneur, D. 1994, Somm., p. 236, obs. G. Paisant, Defrénois 1994, art. 35891, obs. D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 1994, p. 603, obs. J. Mestre ; Cass. com., 10 mai 1994, Contrats, conc., consomm. 1994, Comm. p. 155, obs. L. Leveneur, D. 1995, Somm., p. 89 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 févr. 1995, Contrats, conc., consomm., 1995, Comm., p. 84, obs. L. Leveneur, J.C.P., éd. G., 1995, II, n° 22502, obs. G. Paisant et I, n° 3893, obs. G. Viney). Elle a pourtant déjà reconnu que le professionnel pouvait bénéficier de la législation protectrice du consommateur lorsque le professionnel, victime d'une clause abusive, était dans la même situation d'ignorance et d'incompétence que n'importe quel consommateur au regard du contrat conclu (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 1987, D. 1988, Jur. p. 1, note P. Delebecque, D. 1987,

de la doctrine et aboutit à des solutions jurisprudentielles peu convaincantes<sup>540</sup>. La clause était une clause imposée au client par le professionnel et permettait au professionnel de se soustraire en totalité de ses obligations contractuelles.

Plus récent est cet autre arrêt rendu par la cour d'appel du Littoral toujours à propos d'une interruption de l'approvisionnement de l'énergie électrique par la société AES SONEL<sup>541</sup>. Si l'issu est plus heureux ici pour le client de AES SONEL, il n'en demeure pas moins que la question de l'application de l'article 27 de la loi du 10 août 1990 reste entière. Le juge

---

Somm. p. 455, obs. J. -L. Aubert, JCP 1987, II, n° 20893, obs. G. Paisant, R.T.D.Civ., 1987, p. 537, obs. J. Mestre). PAISANT (G.), « Les clauses abusives et présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », D.1995, chron.99 à 108 ; du même auteur, « Une nouvelle définition du consommateur protégé contre les clauses abusives », (note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 1995), D. 1995, Jur., p. 207.

<sup>540</sup> V. par ex. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 janv. 1996 et 30 janv. 1996, D. 1996, Jur. 228, note G. Paisant, somm., p. 325, obs. D. Mazeaud (Il y est jugé que le fait de contracter en marge de ses compétences professionnelles ne suffit pas pour bénéficier de la qualité de « *non professionnel ou consommateur* ». Le critère retenu ici est donc celui du « *rapport direct* » avec l'activité. Mais comment apprécier ce rapport ? Quand passe-t-on du rapport direct au rapport indirect ? (Paisant, note précitée). Cette exigence sur la notion de consommateur ou non consommateur protégé a conduit la Cour de cassation à rendre des décisions très critiquées notamment, l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, Jur., p. 121, note A. Sériaux) dans lequel, le juge retient qu' « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Pourtant, le recours aux règles de protection des consommateurs aurait permis d'éviter des argumentations erronées (la clause limitative de responsabilité en soi n'est pas interdite et lorsqu'elle attribue une contrepartie dérisoire à la victime de l'inexécution, le contrat ne devient pas sans cause, il est simplement déséquilibré) car la société Bancheureau se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur (A. Sériaux, note précitée). Sur la critique de cette décision, v., LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D.1997, Chron. p. 145 selon qui, « *Le raisonnement de la Chambre commerciale est faux. Ce n'est pas parce que la responsabilité de Chronopost est limitée au montant du prix perçu que le cocontractant s'est engagé sans contrepartie ou sans une contrepartie suffisante. La limitation de responsabilité ne dispense pas le débiteur de l'exécution de son obligation* ». C'est pour éviter cette confusion que certaines juridictions de fonds préfèrent s'en tenir à une jurisprudence de 1987 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 1987, Bull. civ., I, n° 134, D. 1987, somm., p. 455, obs. Aubert) qui protège le professionnel se trouvant dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur (Paris, 5<sup>e</sup> ch. B, 18 mai 1995, juris data, n° 02 1725). Sur les inconvénients de cette définition restrictive de la notion de consommateur, voir, CRAMIER (P.), « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) » 1<sup>ère</sup> partie, P. A., n°116, du 12 juin 2000, n° 117 du 13 juin 2000 ; PAISANT (G.), A la recherche du consommateur : Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « *rapport direct* », J.C.P, éd. G., 2003, p. 549 et ss.

<sup>541</sup> A. n° 154/C du 20 juin 2003, aff. AES SONEL c/ Société SAKISSA PRODUCTION Music SARL et Cinéma le WOURI, inédit.

d'appel à la suite du juge d'instance retient la responsabilité de AES SONEL en passant outre la clause qui oblige l'abonné de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les éventuelles coupures de courant. Selon la cour d'appel, cette clause tout comme les dispositions de l'article 1150 du code civil ne peuvent être d'aucun secours à AES SONEL étant donné que la nature des activités du cocontractant, exploitant d'une salle cinématographique a été portée à sa connaissance dans la rubrique des conditions particulières et qu'aucun élément caractérisant la force majeure n'est relevé par ladite société. Bien que la position de la jurisprudence camerounaise soit critiquable, on se rend compte qu'elle persiste dans cette ligne en continuant d'éluder la question de la nature de la responsabilité qui incombe à une société qui est liée pourtant à son client par un contrat<sup>542</sup>.

243. Avec l'émergence d'un droit communautaire d'application directe dans les Etats membres et qui bénéficie pour son effectivité des juridictions communautaires chargées d'assurer son application à un degré quelconque<sup>543</sup>, les espoirs se sont reportés sur les nouvelles législations communautaires susceptibles d'être appliquées contrairement aux lois nationales restées très souvent inappliquées. Mais force est de constater que le souci de protection des consommateurs, même s'il est constant, n'a encore été définitivement consacré par aucun texte communautaire.

## B – LES PROJETS DE REGLEMENTATION DES CLAUSES ABUSIVES PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

244. Un projet de règlement sur la protection des consommateurs avait été initié dans la phase de transition UDEAC/CEMAC, mais force est de constater que ce projet est resté sans suite. Il est donc inutile de s'y attarder

---

<sup>542</sup> V. par ex., CA Ouest, A. n° 125/civ. du 27 Août 2003, *Juridis Périodique*, n° 68, oct.-déc. 2006, p. 122, note R. Njeufack Temgwa ; CA Ouest, A. n° 70/civ. du 27 avril 2005, *Juridis Périodique*, n° 70, avr.-juin 2007, p. 81, note R. Njeufack Temgwa.

<sup>543</sup> BOUMAKANI (B.), « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'O.H.A.D.A., les Cours de justice de l'U.E.M.O.A. et de la C.E.M.A.C. », In *Annales de la F.S.J.P. de l'Université de Dschang*, t.3, P.U.A., 1999, pp. 67 à 86.

aujourd'hui bien que la protection des consommateurs reste un objectif affirmé de la politique communautaire de la concurrence<sup>544</sup>.

Tous les regards sont désormais tournés vers l'OHADA, dont le domaine ne cesse de s'élargir<sup>545</sup>. Les promoteurs du nouveau droit uniforme africain ont aussitôt réagi face à cette déplorable situation des consommateurs africains en général. Un avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de vente à la consommation a été élaboré. Mais si cette initiative non encore achevée peut être salvatrice à première vue pour les consommateurs africains qui recherchent en vain une réglementation efficace contre les clauses abusives (1), elle n'est pas sans susciter des inquiétudes sur les limites exactes de l'invasion des règles communautaires dans les Etats africains (2).

## **1- Présentation de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif à la vente aux consommateurs**

**245.** L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA relatif à la vente aux consommateurs interdit d'une manière générale les clauses abusives dans les contrats de consommation. Le consommateur y est défini comme « *toute personne physique qui se procure, reçoit ou utilise un produit ou un service principalement pour son usage personnel, familial ou domestique* ». L'avant-projet adopte une conception restrictive de la notion de consommateur. Il exclut en toute hypothèse les professionnels ; même lorsque le contrat conclut n'a pas de rapport direct avec son activité<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> Le préambule du Règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles dispose en effet que « *Considérant qu'il faut toutefois assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas un préjudice durable pour la concurrence et la protection des consommateurs; Que le droit communautaire doit par conséquent comporter des dispositions applicables aux pratiques des entreprises et notamment, les ententes, les abus de position dominante, les concentrations, susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie de celui-ci* ».

<sup>545</sup> Extension prévue par l'article 2 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

<sup>546</sup> Comp. avec l'article 19 de la loi camerounaise du 10 août 1990 précitée.

Cette limitation au consommateur personne physique peut s'avérer être un obstacle au développement de ce droit car on sait que dans les pays d'Afrique noire, la culture juridique n'est pas très implantée au sein de la population. Les citoyens sont généralement réticents vis-à-vis du pouvoir judiciaire. N'a-t-il pas été dit que « *la fierté du paysan sénégalais c'est de dire que je n'ai jamais mis pied en justice* »? C'est dire que ce sont les professionnels qui pourraient mieux agrémente ce droit à condition que la définition du professionnel protégé soit bien précise<sup>547</sup>. La multiplication du contentieux pourrait ainsi décomplexer le simple consommateur et lui donner l'espoir et l'engouement nécessaires pour faire valoir ses droits en justice<sup>548</sup>.

246. Au-delà de la définition du consommateur protégé, il faut remarquer que l'avant-projet comprend un certain nombre de dispositions particulièrement protectrices pour le consommateur. En plus du principe de la bonne foi qui, aux termes de l'article 15, devrait désormais régir le contrat de consommation aussi bien au moment de la naissance de l'obligation, de son exécution que de son extinction, l'article 54 paragraphe 1 dresse une liste indicative de clauses qui peuvent être déclarées abusives dans ce contrat. Sont ainsi déclarées abusives entre autres les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

- « *d'exclure ou de limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort d'un consommateur, de dommages corporels causés à celui-ci, de dommage moral ou de dommages à des produits, résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise ou de l'un de ses mandataires ou préposés (art. 54 .1a)* »;

- de limiter ou d'exclure la responsabilité du professionnelle en cas d'inexécution totale ou partielle ou d'une exécution défectueuse de ses obligations contractuelles (art. 54.1 b);

---

<sup>547</sup> C'est notamment le cas lorsque le professionnel passe un contrat certes en rapport avec son activité, mais qu'il se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur.

<sup>548</sup> La grande majorité du contentieux qui a été recensé sur l'inexécution des obligations contractuels par les professionnels est porté en justice par les autres professionnels.

- des clauses pénales d'un montant anormalement élevé imposées au consommateur (art. 54. 1e) ;
- d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que l'entreprise n'exécuterait pas les siennes (art. 54.1s) ;
- d'imposer au consommateur la charge d'une preuve que la loi fait peser sur l'entreprise (art. 1x) ;

Sans pouvoir reporter ici toutes les clauses susceptibles d'être déclarées abusives (26 au total), il convient de noter que le législateur communautaire a fait sienne les évolutions qu'a subies le droit français de la consommation, car la liste de l'article 54 paragraphe 1 ressemble en tous points à celle de l'article 132-1 du code français de la consommation.

247. Les Actes uniformes sont d'application directe et obligatoires dès leur entrée en vigueur. Ils se substituent obligatoirement sans aucune autre procédure aux règles de droit interne applicables dans chaque Etat membre. La conséquence est l'abrogation de la loi interne régissant un domaine ayant fait l'objet d'un Acte uniforme même si celui-ci est moins protecteur des droits individuels que la loi nationale existante sauf dans les cas où l'Acte uniforme laisse la possibilité aux Etats de légiférer<sup>549</sup>. Autrement dit, si le projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation vient à être adopté, la plupart des dispositions de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 relative à l'activité commerciale seront abrogées notamment l'article 27 et toutes les dispositions relatives au formalisme informatif. L'avant-projet d'Acte uniforme sur la vente aux consommateurs a l'avantage d'être plus explicite dans la définition des clauses interdites par rapport au texte camerounais. Il constitue un guide pour le juge qui ne doit plus hésiter sur la qualification de la clause même si toutes ces clauses entrent en principe dans la définition de l'article 27 de la loi du 10 août 1990. Mais plusieurs critiques ont été formulées contre ce projet si bien que le doute est aujourd'hui permis quant à son adoption définitive.

---

<sup>549</sup> LOHOUES-OBLE (J.), « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », Rev. Int. Dr. Comp., III, 1999, p. 552.

## **2- Les obstacles à l'adoption d'un Acte uniforme sur la vente à la consommation**

**248.** Le projet d'Acte uniforme sur la vente aux consommateurs dont la dernière version date du 15 juin 2003 a suscité de nombreuses critiques quant à l'opportunité même de cette initiative et même sur son contenu.

La critique la plus virulente tient au fait que le droit de la consommation n'est pas traditionnellement classé parmi le domaine du droit des affaires<sup>550</sup>. Il a été conçu pour faire un contre poids aux excès du monde des affaires. Le déséquilibre entre les professionnels et les consommateurs s'est accentué avec l'accroissement de la taille des entreprises et la complexité des produits et des services offerts à ces derniers. Face aux professionnels qui sont dotés des meilleures connaissances techniques et d'un important pouvoir financier, il a paru nécessaire de faire bénéficier aux consommateurs certaines mesures de protection afin de contrebalancer les avantages que les professionnels tirent de leur position<sup>551</sup>. Le consommateur, désarmé en face du professionnel, est en droit de compter sur la protection de ses intérêts par la loi<sup>552</sup>. Il en résulte que le droit de la consommation doit être le résultat d'une politique économique protectionniste. De ce point de vue, le droit de la consommation ne peut être que l'apanage d'un pouvoir politique susceptible d'élaborer une politique économique applicable dans une zone déterminée.

**249.** L'OHADA est dès lors incompétente pour régler un droit de la consommation applicable dans l'ensemble des Etats parties. L'OHADA a été conçue pour une intégration juridique et non économique<sup>553</sup> et le domaine du droit des affaires initialement indiqué par l'article 2 du traité n'incluait pas le

---

<sup>550</sup> TEMPLE (H.), « Quel droit de consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation », Rev. Burkinabè de Dr., n° 43-44, sept. 2003, p. 106.

<sup>551</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 74 p. 84.

<sup>552</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 124.

<sup>553</sup> Voir le paragraphe 5 du préambule du Traité OHADA du 17 octobre 1993 aux termes duquel : «*La réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs Etats d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises* »

droit de la consommation<sup>554</sup> et jusqu'à ce jour, aucune décision du conseil des ministres n'a été prise pour insérer le droit de la consommation dans le domaine régi par l'OHADA<sup>555</sup>. Indépendamment des problèmes d'ordre pratique que pose l'application des Actes uniformes déjà adoptés dans le cadre de ce vaste programme d'uniformisation<sup>556</sup>, il faut relever que l'adoption d'un Acte uniforme sur le droit de la consommation sera particulièrement inadaptée quant à sa finalité. L'éloignement de la CCJA, juridiction de cassation, sera sans aucun doute un facteur limitant pour le consommateur supposé économiquement fragile, et une occasion pour le professionnel d'user de ses moyens financiers pour se procurer des meilleurs avocats et étouffer le consommateur<sup>557</sup>.

250. En somme, l'adoption d'une législation protectrice des consommateurs ne peut être que l'œuvre d'un Etat ou à défaut des organisations régionales d'intégration économique qui se sont fixées un certain nombre d'objectifs macroéconomiques à atteindre<sup>558</sup>. Et puisqu'il en est ainsi, et en attendant le sort qui sera réservé au projet d'Acte uniforme sur la vente à la consommation, on peut se poser la question de savoir si les règles de concurrence dont l'une des finalités est la protection des consommateurs peuvent permettre de lutter contre les clauses abusives.

---

<sup>554</sup> L'article 2 du Traité OHADA est ainsi stipulé « *Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8* ».

<sup>555</sup> Encore que cette décision aurait précédé la rédaction de l'avant-projet et non le contraire (dans le même sens, v., TEMPLE (H.), op. cit., p. 106).

<sup>556</sup> C'est notamment le cas de la centralisation de tous les litiges en cassation à la CCJA, dont l'éloignement constitue un obstacle pour les justiciables à revenu modeste, et le nombre assez élevé d'Etats membres contribuera inéluctablement à son étouffement et à des lenteurs impropres à une bonne administration de la justice (TEMPLE (H.), op. cit., p. 110).

<sup>557</sup> Il faut noter que les organisations des consommateurs autorisées à ester en justice pour la défense des intérêts de leurs membres, ne sont pas suffisamment structurées dans les pays africains et ne disposent pas toujours des moyens financiers pour pouvoir mobiliser des éventuels adhérents et supporter les lourds frais de justice.

<sup>558</sup> Ce rôle devrait normalement revenir à la CEMAC pour la zone Afrique Centrale, ou à L'UEMOA pour la Zone Afrique de l'Ouest.



## C – LE SECOURS DU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

251. Le droit de la concurrence répond à un double souci : protéger la liberté d'entreprendre de chacun et faciliter l'égalité entre les concurrents en évitant que certains n'abusent de leur puissance économique<sup>559</sup>. Le droit communautaire de la concurrence applicable dans la CEMAC interdit les pratiques qui réduisent sensiblement la concurrence dans le marché communautaire<sup>560</sup>. Il ne régit pas les pratiques individuelles restrictives de concurrence comme celles prévues par la loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence au Cameroun et abrogeant certaines dispositions de la loi n°90/031 du 10 août 1990<sup>561</sup> ou encore celles de la loi gabonaise n°014/98 du 23 juillet 1998 fixant la concurrence en république gabonaise. Les pratiques qui lui sont soumises sont celles susceptibles d'affecter le marché commun<sup>562</sup>. Il est question aux termes de l'article 2 du règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles, des ententes, des abus de position dominante et des concentrations qui réduisent sensiblement la concurrence sur le marché commun. La question a aussitôt été posée de savoir si la prohibition des abus de position dominante peut permettre au juge de contrôler les clauses contractuelles abusives<sup>563</sup> car la protection des consommateurs est l'une des finalités de toute politique de concurrence<sup>564</sup>.

252. Comme cela a été précédemment mentionné<sup>565</sup>, tous les actes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles sont nuls et de nul effet. Mais la question de l'étendue de cette nullité demeure bien que l'article 3 du

---

<sup>559</sup> V. supra, n° 136 et ss.

<sup>560</sup> KALIEU (Y.) et KEUGONG WATCHO (R.), « Commentaire des règlements n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles et n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres », *Juridis Périodique*, n° 54, avr.-juin 2003, p. 96.

<sup>561</sup> Art. 19 et ss.

<sup>562</sup> Pour la notion de marché commun, supra, n° 152 et ss.

<sup>563</sup> MESTRE (J.), « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*, p. 686.

<sup>564</sup> GUDIN (Ch.-E.), « Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », *Revue des Affaires Européennes*, 1998, p. 221 et ss. ; MAILS (H.), « La protection du consommateur face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », *Rev. Conc. Consomm.*, n° 90, 1996, p. 39 et ss.

<sup>565</sup> Supra, n° 164 et ss.

règlement n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles prévoit la nullité totale de l'acte. Il n'est pas en effet exclu d'envisager une nullité partielle dans le cas où la clause ayant un effet anticoncurrentiel n'est pas une clause substantielle du contrat<sup>566</sup>. Dans cette hypothèse, on ne peut à proprement parler d'une lutte contre les clauses abusives, car la technique utilisée par le droit de la consommation consiste à déclarer les clauses abusives non écrites<sup>567</sup>, ce qui permet de les amputer du contrat sans toutefois rechercher si cette clause était substantielle ou non<sup>568</sup>. Néanmoins, elle permettrait de mettre hors d'état de nuire les clauses qui causent un préjudice aux consommateurs en limitant les possibilités de choix de ceux-ci<sup>569</sup>.

La jurisprudence française offre à cet égard quelques exemples. En effet, la Cour de cassation, à la suite du Conseil de la concurrence, a condamné les clauses de restitution de cuves en nature qui figuraient dans les contrats d'approvisionnement exclusif de carburant passés par de nombreux distributeurs. Dans ces contrats, si le distributeur exploitant une station de service ne voulait plus renouveler le contrat, il devait restituer à la compagnie pétrolière les cuves de la station. Le distributeur devait alors détruire la station pour sortir les cuves enterrées et les faire parvenir à son ancien contractant. Cette destruction s'avérait tellement coûteuse qu'aucun distributeur n'osait l'envisager. Les distributeurs étaient ainsi obligés de rester auprès du même producteur. La clause a été jugée contraire à la concurrence et condamnée par la Cour de cassation<sup>570</sup>. La nullité de ladite clause n'a pas entraîné la nullité de tout le contrat.

---

<sup>566</sup> Il a également été dit que le Secrétariat Exécutif dispose d'un pouvoir d'injonction qui lui permet de contrôler efficacement le contenu du contrat (supra, n° 171 et ss).

<sup>567</sup> Infra, n° 594 et ss.

<sup>568</sup> KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, Chron., p. 59.

<sup>569</sup> WOUNTANNA (J.), La protection du consommateur dans le droit communautaire de la concurrence CEMAC, Mémoire de DEA, Dschang, 2003.

<sup>570</sup> Cass. com., 18 fév. 1992, D. 1993, 57, note Ch. Hanoun. Il faut signaler que ces clauses ont pendant longtemps été jugées valables au regard de la théorie générale des obligations. Outre le respect de l'article 1134 du code civil, les compagnies pouvaient se fonder sur le terrain du droit de propriété d'un corps certain ayant fait l'objet d'un prêt à usage. Le droit des biens enseignait que les cuves n'avaient pu devenir les immeubles ni par nature (car elles devaient conserver leur individualité) ni par destination, le propriétaire du fonds n'étant pas le même que l'exploitant du fonds (DREIFUSS-NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit

253. Il en a été de même pour certaines clauses de prix contenues dans les contrats de franchise annulées par la Cour de cassation, motif pris de ce que les prix étaient déterminés dans les conditions contraires aux dispositions de l'article 34 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>571</sup> ou encore des clauses d'approvisionnement minimum contenues dans un contrat de distribution sélective<sup>572</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation retient que la clause qui imposait à un commerçant d'acheter chaque année au fournisseur du réseau de distribution sélective de produits de beauté de luxe « *au moins deux fois la valeur du stock minimum* », d'une valeur de 92 500 F hors taxe, le montant de ces achats ayant été fixé par la marque de cosmétique, instituait une obligation disproportionnée par rapport au pourcentage des ventes de cette marque sur l'ensemble du marché, et a pour effet par le biais du chiffre minimal d'achats, de limiter la concurrence tant à l'intérieur de la marque qu'entre celle-ci et d'autres marques concurrentes. Cette clause a en outre pour effet, d'une part, de réserver l'accès au réseau de distribution au seul revendeur qui est en mesure de souscrire à un tel engagement et, d'autre part, de contraindre les distributeurs agréés à consacrer une part significative de leurs efforts à la vente des produits contractuels. Par conséquent, ladite clause a été jugée anticoncurrentielle car ne présentant pas le « *caractère raisonnable* » devant s'attacher à une clause d'approvisionnement minimum prévue dans un contrat de distribution sélective<sup>573</sup>.

254. Ces décisions prouvent qu'il n'est pas nécessaire d'annuler tout le contrat alors que c'est une seule clause qui est contraire à la concurrence et que son annulation ne fait pas obstacle à la poursuite des relations contractuelles. Peut-on transposer cette jurisprudence dans le droit

---

commun des contrats», R.T.D.Civ., 1990, p. 386). La Cour de cassation avait également balayé l'argument d'abus de droit en relevant « *l'intérêt de la société Totale à éviter que son matériel ne soit utilisé par un commerçant lié à une marque concurrente* » (Cass. com., 6 janv. 1987).

<sup>571</sup> Cass. com., 17 oct. 1997, R.J.D.A., 1998, n° 37.

<sup>572</sup> Cass. com., 13 mai 1997, Bull. civ., IV, n° 131, D. 1998, somm., p. 339.

<sup>573</sup> BONET (G.), « La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire : La décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991 », D.1992, Chron. 303.

communautaire de la CEMAC et attendre que le juge chargé de l'application du droit communautaire sanctionne les clauses abusives entre professionnels?

Cela paraît difficile. En effet, la plupart des décisions citées sanctionnent sur la base de l'abus de dépendance économique<sup>574</sup>. Or, cette notion n'est pas connue du droit communautaire de la concurrence et même des droits nationaux. L'abus d'une position dominante peut-il permettre un tel contrôle ? L'article 16 condamne certaines pratiques lorsqu'elles émanent d'une entreprise en état de domination. Il en est ainsi de l'imposition des prix d'achat ou de vente non équitables ou encore de la pratique des prix abusivement bas ou abusivement élevés. Dans toutes ces hypothèses comme dans bien d'autres, on peut imaginer que le Secrétariat Exécutif pourra éviter de rompre la relation contractuelle mais simplement rendre inoffensive la clause querellée ou la substituer avec une autre si nécessaire<sup>575</sup>. Cela est d'autant plus nécessaire que les contrats dont il est question sont des contrats à exécution successive et dont l'annulation peut être plutôt dommageable pour l'autre partie. N'est-ce pas là la prise en compte de l'intérêt de la partie faible en droit de la concurrence pourtant destinée à protéger un intérêt général ?

255. Mais ce contrôle à lui seul est insuffisant pour lutter contre les clauses abusives dans les contrats. Il peut être plus utile aux professionnels dans les relations de dépendance économique qu'aux consommateurs<sup>576</sup>. En outre, pour y parvenir, il faudra que l'entreprise qui impose la clause querellée soit en position dominante. Or, comme il a été précédemment démontré, la détermination de la position dominante n'est pas une évidence. En attendant qu'une réglementation communautaire intervienne pour interdire de manière générale ces clauses, les consommateurs devront se contenter de quelques interdictions spécifiques relatives à certains contrats.

---

<sup>574</sup> Supra, n° 253 et 254.

<sup>575</sup> Supra, n° 171 et ss.

<sup>576</sup> «MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », op. cit., p. 141.

## **Paragraphe 2 : La protection des consommateurs à travers des dispositions éparses**

256. Les différents législateurs communautaires ont adopté des dispositions dans plusieurs contrats spéciaux qui interdisent des clauses contractuelles couramment utilisées lorsque celles-ci créent des déséquilibres significatifs dans les obligations contractuelles. On peut noter un souci de protection de la partie faible dans certaines dispositions du code CIMA (A) ou dans certains Actes uniformes OHADA (B).

### **A – L'INTERDICTION DE CERTAINES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CODE CIMA**

257. Le code CIMA n'interdit pas d'une manière générale les clauses abusives dans les contrats d'assurance. Mais il n'a pas ignoré le fait que le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion<sup>577</sup> dans lequel une partie, en l'occurrence l'assureur prend le temps de concevoir le contrat qu'il présentera à la suite au client en quête d'une police<sup>578</sup>. Il procède par une élimination des clauses généralement présentes dans les contrats d'assurance (1). Mais la mise en œuvre de cette réglementation contre les clauses abusives met au grand jour les limites du code CIMA (2).

#### **1- Les clauses interdites dans les contrats d'assurance**

258. Le code CIMA ne dresse pas expressément une liste des clauses contractuelles qui sont déclarées nulles dans le contrat d'assurance. Mais une étude approfondie du code permet de dégager quelques clauses indésirables dans un contrat d'assurance.

---

<sup>577</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 196 et ss.

<sup>578</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 66.

259. D'une part, la clause qui permet à l'assureur de déroger à l'obligation de mise en demeure est sanctionnée par la nullité<sup>579</sup>. La mise en demeure<sup>580</sup> n'est pas pourtant une obligation d'ordre public en droit commun des contrats<sup>581</sup>. L'article 1139 du code civil dispose clairement qu'elle n'est pas d'ordre public puisque les parties peuvent stipuler dans le contrat que l'échéance du terme vaut mise en demeure sans que le créancier ait besoin de faire une sommation. La jurisprudence s'est même montrée très libérale à son propos en admettant qu'il pouvait résulter de certaines dispositions du contrat que le créancier n'avait pas à mettre le débiteur en demeure d'exécuter, les juges étant admis à interpréter souverainement la volonté des parties à cet égard<sup>582</sup>.

260. On peut dès lors poser la question du bien fondé de l'article 13 alinéa 6 du code CIMA. Pourquoi n'est-il pas possible d'insérer dans un contrat d'assurance une clause même explicite exonérant l'assureur de l'obligation de mise en demeure? Seul l'impératif de protection du consommateur d'assurance peut justifier cette exclusion. En effet, étant donné que très souvent le souscripteur ne prend pas effectivement connaissance de toutes les clauses du contrat avant sa conclusion, si cette clause est admise, elle deviendra très vite une clause de style dans les contrats d'assurance et permettra à coup sûr aux professionnels de l'assurance de se soustraire d'une partie de leurs obligations professionnelles. Or, le contrat d'assurance comme la plupart des contrats régis par le droit communautaire, doit se conclure et s'exécuter avec loyauté et bonne foi. Serait contraire à cette exigence, l'attitude de l'assureur qui consisterait à se réserver le droit de ne pas avertir son cocontractant de l'arrivée de l'échéance de son obligation<sup>583</sup>. L'exception d'inexécution ne peut être admise au profit

---

<sup>579</sup> Art. 13 al. 6 du code CIMA

<sup>580</sup> V. l'article 1153 c.civ. qui dispose que les intérêts moratoires d'une somme d'argent « *ne sont dus que du jour de la sommation de payer* ».

<sup>581</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 665 et ss.

<sup>582</sup> Cass. civ., 28 fév. 1938, Gaz.Pal., 1938, I, 871 ; Paris, 28 mars 1990, D.1990, IR, 98 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 juin 1999, R.J.D.A., 1999, n° 1044, Contrats, Conc, Consomm., 1999, n° 154, obs. Leveneur.

<sup>583</sup> A propos v., CATHELIN (A.), « Le retard en droit civil », P. A., n°104, du 31 août 1998, 2<sup>e</sup> partie.

de l'assureur qui n'a pas pris la peine d'informer son cocontractant de l'arrivée du terme. La nécessité du constat formel du retard, pour qu'il soit pris en compte par le droit, repose sur l'idée selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; plus précisément encore, c'est dans le devoir de coopération entre les parties qui en découle, que la mise en demeure trouve son fondement<sup>584</sup>.

**261.** On retrouve ici l'idée chère à Demogue selon laquelle une collaboration est nécessaire entre cocontractants, collaboration supposant d'informer, d'avertir chacun des événements qu'il a intérêt à connaître<sup>585</sup>. Aussi longtemps que le débiteur n'a pas été mis en demeure, il est au fond censé bénéficier d'une prorogation tacite d'échéance, et se trouve par là même excusable de ne pas s'être exécuté, c'est au créancier de faire preuve d'une certaine compréhension, d'une certaine patience à l'égard de son cocontractant<sup>586</sup>, la dette étant quérable et non portable. Cette disposition permet par conséquent à l'assuré d'obtenir les indemnités d'assurance si le risque vient à se réaliser alors même qu'il n'a pas payé sa prime d'assurance si l'assureur ne l'a pas sommé de le faire. L'article 13 alinéa 3 précise à cet effet que : *« à défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré »*.

**262.** D'autre part, l'article 20 du code CIMA déclare nulles *« toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois et règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit »* et *« toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison de simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à la production des pièces »*.

La déchéance peut être prévue dans le contrat d'assurance comme sanction d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution des obligations de

---

<sup>584</sup> LAGARDE (X.), « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », J.C.P. 1996, I, 3974.

<sup>585</sup> Infra, n° 315 et ss.

<sup>586</sup> CATHELIN (A.), op. cit. 2<sup>e</sup> partie.

l'assuré. Elle se distingue de la nullité dans la mesure où elle suppose l'existence d'un contrat valable, alors que la nullité, même conventionnelle, suppose l'existence d'un vice dans la formation du contrat<sup>587</sup>. La déchéance est obligatoirement conventionnelle et le code CIMA impose que les clauses y relatives ainsi que les clauses de nullité, figurent en caractères très apparents dans le contrat d'assurance<sup>588</sup>.

La déchéance est une sanction grave. Elle prive l'assuré de la contrepartie qu'il était en droit d'attendre de l'assureur. L'assuré perd le droit à la garantie pour le sinistre à propos duquel la déchéance a été encourue<sup>589</sup> mais le contrat reste valable. Le souscripteur doit continuer de verser les primes convenues au contrat et les sinistres autres que celui qui concerne la déchéance restent pris en charge par l'assureur.

**263.** C'est la raison pour laquelle le législateur du code CIMA a tenu à encadrer les clauses de déchéance. Il ne faudrait pas que l'assureur les utilise pour des causes bénignes. Elles sont nulles si elles sont stipulées pour un simple retard dans la déclaration du sinistre aux autorités ou dans la production des pièces. Le code CIMA fait une distinction entre la déclaration du sinistre aux autorités et celle faite à l'assureur. Les autorités dont il est question ici sont les autorités administratives ou judiciaires. Le retard dans la déclaration du sinistre à celles-ci n'est pas une cause de déchéance alors que le retard dans sa déclaration à l'assureur peut être une cause de déchéance<sup>590</sup>.

En tout état de cause, le code CIMA permet à l'assureur de réclamer une indemnité proportionnelle au préjudice subi du fait de ce retard, affirmant ainsi le souci de maintenir l'équilibre dans les relations contractuelles. Le consommateur d'assurance jouit donc d'une protection contre certaines

---

<sup>587</sup> Infra, n° 306.

<sup>588</sup> Art. 8 dernier alinéa du code CIMA.

<sup>589</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 648.

<sup>590</sup> L'article 20 1° dispose que la déclaration tardive à l'assuré ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice et qu'il n'est pas dû à un cas fortuit ou de force majeure.



clauses qui rendent le contrat déséquilibré. Mais cette protection présente de nombreuses limites.

## **2- Une protection limitée**

**264.** L'on peut se poser la question de savoir pourquoi les rédacteurs du code CIMA ont préféré énumérer limitativement les clauses qui sont considérées comme abusives. N'aurait-il pas été plus sage d'interdire d'une manière générale les clauses abusives dans les contrats d'assurance et laisser ainsi une marge de manœuvre au juge ?

Si une telle solution est souhaitable<sup>591</sup>, il faut cependant relever que la faiblesse même du code CIMA repose sur le fait qu'il n'existe aucune juridiction communautaire chargée de veiller à son application par les juridictions nationales et que son effectivité n'en est pas moins sûre. Les juridictions nationales de la plupart des pays africains brillent par une absence de jurisprudence constante et soutenue<sup>592</sup>. Que les juridictions nationales soient chargées d'appliquer le droit communautaire des assurances en dehors de toute tutelle communautaire peut avoir des conséquences néfastes pour son avenir comme en témoigne cet arrêt rendu par la Cour suprême du Cameroun.

**265.** Le sieur Eloundou, victime d'un vol de son véhicule a porté le vol à la connaissance de son assureur la SOCAR, quatre jours plus tard alors que l'article 24-b des conditions générales de ladite société fait obligation à l'assuré, sous peine de déchéance, de déclarer en cas de vol dans les 24 heures qui suivent, le sinistre dont il a eu connaissance. Arguant que ce retard l'a privé de toutes les mesures nécessaires de sauvetage et de conservation

---

<sup>591</sup> Dans le même sens, v. ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 559.

<sup>592</sup> BOUMAKANI (B.), « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'O.H.A.D.A., les Cours de justice de l'U.E.M.O.A. et de la C.E.M.A.C. », *Annales de la F.S.J.P. de l'Université de Dschang*, t.3, P.U.A., 1999, p. 67 et ss. ; DUBOIS DE GAUDUSSON (J.), « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique contemporaine*, n°spécial, 1990, p. 6.

dont il aurait fait usage en cas de sinistre, la SOCAR demande à la Cour suprême de casser l'arrêt qui l'a condamnée à verser la prestation due au Sieur ELOUNDOU. La haute cour a simplement rejeté le pourvoi prétendant que les faits avaient déjà été examinés par les juges du fond<sup>593</sup>. La Cour suprême avait pourtant plusieurs raisons d'examiner cette affaire plus profondément.

La première question à se poser est celle de savoir si la clause contractuelle invoquée par la SOCAR n'était pas une clause abusive ou plus exactement interdite. La loi de 1930 applicable en l'espèce déclare « *nulles toutes les clauses frappant de déchéance à raison de simple retard dans la déclaration aux autorités ou à la production des pièces...* ». Le juge aurait dû se prononcer sur l'application ou non de cette disposition dans ce litige. La SOCAR invoquait le retard accusé par l'assuré dans la déclaration du sinistre à l'assureur. Or, la disposition précitée rend nulles les clauses de déchéance pour retard dans la déclaration du sinistre aux autorités. Il est évident que l'assureur n'est pas une autorité et que la loi de 1930 tout comme le code CIMA ait entendu laisser à ces clauses une efficacité de principe<sup>594</sup>.

La seconde question devrait être relative à la conformité de l'article 24-b des conditions générales de la police automobile de la SOCAR à la loi de 1930. Celle-ci impose pour la déclaration du sinistre un délai de cinq jours suivant l'évènement et ne prévoit un délai plus court qu'en matière d'assurance contre la mortalité du bétail<sup>595</sup>. Aucune possibilité n'était laissée aux assureurs de prévoir un délai plus court dans d'autres circonstances<sup>596</sup>. L'article 24 des conditions générales de la police d'assurance automobile était donc contraire

---

<sup>593</sup> CS, A. n° 39/CC du 22 novembre 2001, Aff. SOCAR c/ Eloundou Ernest, Juridis Périodique, n° 54, avril-juin 2003, p. 52, obs. J. KOM.

<sup>594</sup> Contra, observation de J. KOM à propos de cet arrêt, préc.

<sup>595</sup> L'article 16 de la loi de 1930 prévoit un délai de 24 heures.

<sup>596</sup> BOKALLI (V.-E.), « Le nouveau droit du contrat d'assurance des Etats membres de la CIMA », R.A.D.I.C., 1998, p. 438. Le code CIMA est novateur en ce domaine. Il laisse la possibilité aux parties de fixer le délai conventionnellement tout en précisant qu'il ne doit pas être inférieur à cinq jours ouvrés. Toutefois un délai plus court de 48 heures est prévu en cas de vol et en cas de mortalité du bétail.

à la loi de 1930, une loi impérative. Par conséquent, il ne pouvait être opposé au client de la SOCAR.

**266.** Le souci d'instituer un équilibre dans les relations entre l'assureur et l'assuré risque de connaître des fortunes diverses dans les différents Etats d'Afrique noire francophone membres de la CIMA. Ce risque est à écarter pour les clauses interdites dans le cadre de l'OHADA car son droit bénéficie pour sa mise en œuvre d'une juridiction communautaire chargée d'assurer l'harmonisation des législations nationales.

## B – L'INTERDICTION DES CLAUSES ABUSIVES DANS CERTAINS ACTES UNIFORMES OHADA

**267.** Une clause est dite abusive lorsqu'elle est imposée par une partie au contrat en situation de force et qu'elle confère à ce dernier un avantage excessif. Vues sous cet angle, les clauses abusives sont présentes dans tous les contrats de la vie courante même ceux conclus entre professionnels. Le législateur contemporain a entrepris une lutte contre ce fléau en mettant de l'ordre dans de multiples contrats ayant fait l'objet d'une réglementation spéciale<sup>597</sup>. Le droit uniforme africain n'est pas resté insensible face à cette évolution de la réglementation en matière contractuelle. Dans les contrats ayant fait l'objet d'une réglementation dans le cadre de l'OHADA, la liberté pour les parties de fixer le contenu du contrat est largement diminuée. Les Actes uniformes interdisent ou imposent la stipulation de certaines clauses. Cette intervention est guidée par le souci d'établir un équilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat.

**268.** C'est ainsi que l'article 15 paragraphe 2 de l'Acte uniforme relatif au Contrat de Transport des Marchandises par Route (AUCTMR) déclare nulle toute stipulation contractuelle qui ne permettrait pas au transporteur de réclamer un supplément de prix lorsque la nature ou la valeur de la

---

<sup>597</sup> COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), Contrats civils et commerciaux, 7<sup>e</sup> éd., D. 2004, n° 97.

marchandise ne sont pas celles décrites au contrat. Une telle clause serait en effet abusive car elle permettrait à l'expéditeur de se soustraire à son obligation d'information. L'article 8 paragraphe 4 fait en effet obligation à l'expéditeur de déclarer la valeur exacte de la marchandise au transporteur<sup>598</sup>. Le contrat de transport tel que réglementé par l' AUCTMR, doit se conclure et s'exécuter dans la transparence. Une obligation spéciale de renseignements pèse sur l'expéditeur<sup>599</sup>. Or, une déclaration mensongère ou une réticence dolosive de l'expéditeur peut amener le transporteur à accepter un prix inférieur au prix qui aurait dû être exigé si la nature de la marchandise avait été connue. Une clause qui interdirait au transporteur de réclamer un supplément de prix dans ce cas ne peut être que la manifestation du pouvoir de domination de l'expéditeur.

**269.** De même, l'alinéa 2 de l'article 28 de l'AUCTMR déclare nulle la clause de cession du bénéfice de l'assurance au transporteur, ainsi que toute clause déplaçant la charge de la preuve.

Dans la même lancée, l'article 200 de l'AUDCG dispose qu' « *est réputée non écrite toute clause ou convention dérogeant au détriment de l'agent commercial aux dispositions des articles 196 à 199 ci-dessus* ». Cet article interdit les clauses qui seraient contraires aux règles relatives à la soumission de toute résiliation du contrat d'agent commercial à un préavis (art. 196 AUDCG), au droit de l'agent commercial à une indemnité compensatrice en cas de cessation des relations avec le mandant (art. 197 et 198) et le montant de cette indemnité compensatrice (art. 199).

**270.** L'anéantissement de ces clauses contractuelles a une particularité dans le droit communautaire. Si en matière d'assurance, on peut lire dans cette interdiction un souci de protéger les consommateurs d'assurance, il convient néanmoins de nuancer le propos car même en assurance, la personne protégée n'est pas toujours le consommateur. Le code CIMA

---

<sup>598</sup> Infra, n° 290 et ss.

<sup>599</sup> BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), OHADA – Droit des contrats de transport de marchandises par route, Bruyant, Bruxelles, 2007, n° 237 et ss.

s'applique aussi bien aux contrats d'assurance entre les particuliers et les sociétés d'assurance qu'à ceux conclus entre celles-ci et les grandes entreprises qui sollicitent les assureurs pour la garantie des gros risques<sup>600</sup>. De même, dans le contrat de transport des marchandises par route, le cocontractant protégé est loin d'être un consommateur. C'est bel et bien un professionnel qui agit dans le cadre de sa profession.

271. Peut-être faudrait-il voir dans ces différentes interdictions un souci d'imposer un statut contractuel minimum plus qu'une volonté de lutter contre les clauses qui rendent le contrat déséquilibré ? La question mérite d'être posée. Dans les contrats examinés, le but du législateur est d'imposer un véritable ordre privé impératif qui « *limite à la portion congrue la marge de manœuvre des contractants* »<sup>601</sup>. Quoi de plus normal dans ce cas que d'interdire ou de réputer non écrite toute clause contractuelle qui empêcherait le législateur d'atteindre son but. Qu'importe alors qui est le bénéficiaire de cet ordre privé impératif : le consommateur ou le professionnel.

272. En définitive, la question de l'interdiction des clauses abusives en droit communautaire reste entière. Les dispositions étudiées profitent plus aux professionnels qu'aux consommateurs. Ce qui est déplorable. Pour que l'individu retrouve sa place dans la société contemporaine, il faut qu'il traite avec des partenaires que sont les professionnels astreints à un minimum de solidarité et pourquoi pas de loyauté ; des exigences qui pourraient aussi être atteintes au moyen d'une augmentation des obligations de la partie dominante.

---

<sup>600</sup> POUGOUE (P.G.), « La notion de contrat d'assurance dans le code CIMA », *Juridis Périodique*, n° 29, 1997, p. 25.

<sup>601</sup> MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996 p. 33.

## CHAPITRE II

# L'AUGMENTATION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

273. Le principe de la force obligatoire des contrats est également limité à plusieurs égards dans les textes communautaires. Dans les réglementations relatives aux contrats spéciaux, on note un accroissement généralisé du rôle du juge en matière contractuelle. Celui-ci est de plus en plus présent dans l'exécution du contrat. Le contrat conclu pour être exécuté, ne le sera plus très souvent en totalité, parce que les règles d'ordre public permettent au juge de contrôler le contenu du contrat.

L'une des raisons de cette recrudescence du pouvoir du juge est la réhabilitation de la notion de bonne foi de l'article 1134 al.3 du code civil. Définie comme « *une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* »<sup>602</sup>, la bonne foi permet au juge de contrôler non seulement le contenu du contrat depuis sa formation, mais aussi le comportement des contractants pendant son exécution<sup>603</sup>. La réception des notions pourtant vieilles en droit comparé<sup>604</sup> tel que le *duty to mitigate damages* ou encore le devoir de collaboration permet de bouleverser la conception classique du droit des contrats basée sur le strict respect de la parole donnée, et sur la politique du donnant donné qui institue une sorte de justice privée contractuelle<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> LOUSSOUARM, La bonne foi, Rapport de synthèse, Travaux association Henry Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, p. 12 ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Etudes F. TERRE, 1998, p. 610.

<sup>603</sup> La prise en compte du comportement des contractants est faite à travers l'exigence de la loyauté et de la coopération lors de l'exécution du contrat.

<sup>604</sup> Notamment en droit anglo-saxon.

<sup>605</sup> Il s'agit notamment des règles gouvernant l'inexécution par l'une des parties.

L'autre tient à un souci sans cesse croissant d'humanisation du rapport contractuel. Il est question pour le juge, d'aménager l'exécution du contrat par les deux parties. Il est ainsi admis à accorder en dehors de tout accord entre les parties, des délais supplémentaires de paiement au débiteur qui se trouve en difficulté, ou d'adapter le contrat aux nouveaux contextes. En dehors des délais de grâce que les juges pouvaient déjà accorder conformément au code civil dans sa rédaction de 1804, le juge est donc appelé à jouer un rôle actif dans l'exécution du contrat afin de donner une dimension humaine au droit des contrats. Il sera donc intéressant de s'appesantir sur les extensions qu'a subies la notion de bonne foi dans les contrats spéciaux soumis au droit communautaire (section 1), et sur l'augmentation des prérogatives d'une partie au contrat dans un souci d'humanisation du droit des contrats (section 2).

## **SECTION I**

### **L'EXTENSION DE LA NOTION DE BONNE FOI**

274. La formation d'un contrat suppose une nette séparation entre la période précontractuelle et la période contractuelle. Dès lors, la logique voudrait que les règles applicables au contrat concernent uniquement le domaine contractuel. Mais force est de constater que dans de nombreux contrats réglementés par le droit communautaire, l'obligation de bonne foi s'étend à la période précontractuelle du moins dans la conception civiliste du droit des contrats. Contrairement au code civil qui n'imposait une obligation de bonne foi que pendant l'exécution du contrat (paragraphe 2), le droit communautaire qui s'est largement inspiré des évolutions subies par cette notion dans le droit français contemporain la renforce et l'impose désormais dès la conclusion de nombreux contrats (paragraphe 1).

## **Paragraphe 1 : L'exigence de la bonne foi lors de la formation des contrats**

275. La bonne foi dans la formation des contrats renvoie à la notion de transparence pendant la naissance des contrats<sup>606</sup>. L'information détenue par une partie au contrat doit être donnée à l'autre partie afin que celle-ci puisse donner son consentement en connaissance de cause. Les négociateurs doivent informer promptement et complètement leurs interlocuteurs sur tous les éléments dont dépend le sort du contrat<sup>607</sup>. Les différents textes d'application communautaire imposent une obligation d'information, qui s'apparente au devoir de renseignement, et se transforme parfois en une obligation de conseil qu'une partie au contrat doit livrer à l'autre. Cette obligation qui se généralise de plus en plus (B), trouve ses fondements dans l'évolution de l'économie moderne (A) et a des sanctions très divergentes (C).

### **A - LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION PRECONTRACTUELLE D'INFORMATION**

276. René Savatier<sup>608</sup> s'étonnait à juste titre en 1951 du rythme vertigineux avec lequel le monde évolue. Il a fallu dit-il, cinq cent millions d'années pour aller, à travers la nuit de la préhistoire, du premier tailleur de pierres à la découverte de l'écriture ; mais huit ou dix mille ans ont suffi, des premiers signes écrits par l'homme jusqu'à l'ère moderne de l'âge industriel.

---

<sup>606</sup> Il importe de révéler que dans certains cas, la Cour de cassation sanctionne de plus en plus la mauvaise foi dans la conduite des négociations (en ce sens, Cass. com., 26 nov. 2003, J.C.P. éd. E., 2004, p. 738, obs. Ph. Stoffel-Munck, J.C.P. éd. G., 2004, I, 163, obs. G. Viney, R.D.C., 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages), ce qui ne se limite plus à une simple obligation de transparence. L'article 2/15 2) de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat (art. 2.1.15 2) des Principes d'UNIDROIT) dispose par exemple que « *la partie qui dans la conduite ou la rupture des négociations agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* ». Ceci permet d'atteindre les comportements malveillants des contractants qui ont pour seul dessein de nuire à leur partenaire de négociation, et agissent en dehors de toute conscience d'agir au profit du contrat (LIBCHABER (R.), « Réflexion sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 227).

<sup>607</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 610.

<sup>608</sup> SAVATIER (R.), « Droit et accélération de l'histoire », D.1951, chron., p.29.



L'une des manifestations de cette évolution est bien évidemment l'essor du capitalisme et le développement industriel dont le corollaire est l'essor de la société de consommation. Avec la production de masse et la standardisation des produits, la négociation du contrat est devenue impossible<sup>609</sup>. « *L'efficacité économique maximale suppose que l'entreprise calcule et limite ses risques, harmonise et centralise ses litiges* »<sup>610</sup>. Les clients sont ainsi dans l'impossibilité totale de pouvoir négocier quoi que ce soit avec l'entreprise ; ils doivent simplement adhérer au contrat pré-rédigé par l'entreprise ou le rejeter en bloc<sup>611</sup>.

Dans ces contrats, le client qui a besoin du produit ou du service est certainement en position de faiblesse car il n'a aucune possibilité de négocier le contenu du contrat qui lui est soumis par l'agent subalterne. Le client doit en outre déclarer avoir pris connaissance des termes du contrat et des conditions générales contenues dans divers documents de la société alors que, très souvent, elles sont ignorées du client ou même connues de lui, mais sans qu'il puisse mesurer la portée exacte de son contenu.

277. Il est donc apparu nécessaire de protéger le consentement des cocontractants du professionnel<sup>612</sup>. Le code civil avait envisagé une protection des contractants lors de la formation du contrat à travers l'exigence d'une détermination suffisante des conditions essentielles du contrat (le prix et l'objet) dans l'offre faite au public<sup>613</sup>, et par la sanction des vices du consentement par les articles 1108 et suivants du code civil<sup>614</sup>. Mais cette

---

<sup>609</sup> BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », Etudes R.HOUIN, 1985, p.3.

<sup>610</sup> Ibid.

<sup>611</sup> CREPEAU (P.-A.), « Contrat d'adhésion et contrat type », in Mélanges Louis Baudouin, 1974, p. 67.

<sup>612</sup> PIZZIO (J.-P.), « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D.1982, Chron., p. 91.

<sup>613</sup> PIZZIO (J.-P.), « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, p. 53 et ss., V. infra, n° 373 et ss.

<sup>614</sup> D'après certains auteurs, le code civil n'envisage le contrat qu'une fois mal conclu pour en permettre son annulation à travers la sanction des vices éventuels de consentement voir, MESTRE (J.), « La période précontractuelle et la formation du contrat », in Le contrat: questions d'actualité, P.A., n°90, du 05 mai 2000 ; LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », J.C.P., éd. G., 1999, Etude, 170, n° 6.

protection s'est avérée insuffisante face à l'ampleur du déséquilibre entre les cocontractants.

En effet, le formalisme publicitaire (dépliants, affiches, prospectus etc...) était considéré par la jurisprudence comme le *dolus bonus* et ne faisait pas partie intégrante du contrat<sup>615</sup>. Cette jurisprudence invitait le client à un examen personnel des raisons de son achat et surtout de l'objet de la vente pour ne pas tomber dans les exagérations du vendeur. Bien plus, la Cour de cassation considérait les contrats d'adhésion comme des véritables contrats et au lieu d'exiger que la partie qui adhère ait pris connaissance effective des clauses contractuelles, elle exigeait juste qu'elle ait eu la possibilité de les connaître<sup>616</sup>.

278. Mais la jurisprudence a évolué et la valeur contractuelle est de plus en plus reconnue aux informations publicitaires<sup>617</sup>. Une obligation précontractuelle d'information a même été retenue à l'endroit du professionnel sur la base de l'article 1116 du code civil lorsque la Cour de cassation a retenu que le dol peut résulter du silence des parties<sup>618</sup>. La

---

<sup>615</sup> Paris, 29 janvier, 1861 et Req. 14 juillet 1862, S. 1862, 849.

<sup>616</sup> STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), op. cit., n° 125.

<sup>617</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1966, Bull. civ., I, n° 308, p. 236; Paris, 3 mai 1967, Gaz. Pal., 1967, II, 34. Cependant la jurisprudence reste trébuchante à ce propos. C'est ainsi que certaines manœuvres couramment employées dans le commerce ne sont jusqu'alors pas considérées comme dolosives bien qu'elles soient parfois à la limite de la loyauté (LARROUMET (Ch.), op. cit., p. 317, n° 360). Il en est ainsi du fait de vanter exagérément les qualités d'un produit (Paris, 5 sept. 2001, Contrats, conc., consomm., 2002, n° 86, obs. Raymond à propos des ventes agressives). Il est désormais question de fixer la limite entre une simple exagération et le mensonge contenu dans les publicités ; ce qui reste une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fonds.

<sup>618</sup> V. à ce sujet, GHESTIN (J.), « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971, Chron. 247. c'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas hésité à admettre la réticence dolosive d'un dirigeant de société qui, en acquérant des actions du capital de cette dernière, n'avait pas révélé à son vendeur des éléments de valorisation des titres, tenant notamment dans l'existence d'un important actif immobilier mal connu du cédant, et lui avait par ailleurs caché ses pourparlers déjà avancés en vue de leur revente avec un substantiel profit (Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ., IV, n°65, J.C.P. éd. G., 1996, II, 22665, note J. Ghestin, D. 1996, p. 518, R.T.D.Civ., 1997, 114. Comp. avec l'affaire *University of Nottingham v Eyett*, (1999), 2 All. ER 437). Ce qui revient à dire d'après certains commentateurs que la bonne foi aurait dicté ici « une obligation de transparence peu compatible avec le souci de nombreux acquéreurs, spécialement en matière mobilière où notre code civil a choisi de ne pas prendre en compte la lésion du vendeur, de réaliser une bonne affaire » (note de J. Ghestin, op. cit.). Mais cette règle est aujourd'hui remise en cause par la jurisprudence qui essaie de limiter sa portée dans certains contrats. Dans une décision de 3

jurisprudence a par la suite généralisé cette obligation sur la base de l'article 1382 du code civil, la violation de l'obligation d'information et de renseignement étant considérée comme une faute précontractuelle engageant la responsabilité de son auteur. Le professionnel est parfois tenu de « *s'informer pour informer* », ce qui tend d'après certains auteurs, à déformer l'idée même de contrat<sup>619</sup>. Cette tendance jurisprudentielle a trouvé des bases législatives avec l'adoption des lois protectrices de certaines catégories de contractants.

Elle a été suivie par les différents textes communautaires en vigueur dans la CEMAC. Dans tous les contrats réglementés par les textes communautaires, une obligation d'information pèse sur les contractants et le caractère impératif de cette obligation ne fait plus l'objet d'aucun doute<sup>620</sup>.

279. Il y a, par l'introduction d'une obligation d'information dans les principaux contrats réglementés, une rupture d'avec les dispositions du code civil. Celui-ci avait une autre conception du formalisme. Son formalisme s'opposait au consensualisme<sup>621</sup>. Jacques Flour disait alors que « *le formalisme n'apparaît, qu'autant que le consentement doit être développé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi, telle que, si les prescriptions édictées ne sont pas respectées, la manifestation de la volonté soit frappée*

---

mai 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que l'acquéreur d'un bien n'est nullement tenu de révéler à son vendeur la valeur réelle de la chose qu'il souhaite acquérir et qu'il ne lui incombe pas de le mettre en garde contre le risque d'une mauvaise affaire qu'il est sur le point de réaliser (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000, J.C.P., éd. G., 2001, n° 10510, note Ch. Jamin, R.T.D.Civ., 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages, Rép. not., 2000, 1110, obs. Mazeaud, Contrats, conc. Consumm., 2000, n°140, obs. Leveneur.). La doctrine s'accorde sur le fait que ces deux arrêts ne sont pas contradictoires. L'obligation d'information pèserait plus dans certains contrats que dans d'autres lorsque le contrat impose dans sa nature une obligation de loyauté envers ses partenaires. Ce qui serait le cas des contrats de société (dans ce sens v. Mestre et Fages, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000, préc., et Ch. Jamin note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000, préc.). Mais cette explication est loin d'être satisfaisante.

<sup>619</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2492-2. V. précisément, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 déc. 1995, Bull. civ., I, n° 453, Défrenois, 1996, p. 746.

<sup>620</sup> Selon G. Ripert, « *Désormais, il paraîtra naturel que toute loi donnant les règles d'un contrat soit impératif* » car le législateur est dans son rôle de venir au secours des faibles, la liberté ne convenant qu'aux forts. In, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Génys, 1934, t. II, p. 329.

V. aussi MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996 p. 33 et ss.

<sup>621</sup> MAGNIER (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », in J.C.P., éd. G., 2004, p. 177.

*d'inefficacité juridique à un degré quelconque* »<sup>622</sup>. Il pouvait s'agir de la formalité du « *bon pour* », de l'exigence du double original ou encore d'un acte authentique. Le droit communautaire qui tire ses fondements dans le nouveau droit du marché donne un sens différent au formalisme informatif. Il permet une protection en amont, une « *protection préventive du consentement qui vaut mieux assurément qu'une protection curative, a posteriori, à travers une action en annulation dont on sait souvent qu'elle n'aboutit qu'à des résultats décevants* »<sup>623</sup>. C'est dans ce mouvement de généralisation de l'obligation précontractuelle d'information que s'inscrit de nombreux textes communautaires relatifs aux contrats spéciaux.

## B - LES OBLIGATIONS D'INFORMATION EXIGÉES DANS CERTAINS CONTRATS SPECIAUX

**280.** Le formalisme informatif peut être défini comme l'ensemble des obligations que la loi impose à certains contractants et par lesquelles, ils sont tenus d'éclairer autant que faire se peut leur partenaire contractuel<sup>624</sup>. L'obligation d'informer a pour objet de permettre à celui qui n'a ni les connaissances, ni les aptitudes nécessaires pour cela d'apprécier aussi précisément que possible l'utilité que doit lui procurer le contrat<sup>625</sup>.

Elle impose dans sa nature même un devoir de renseignement qui consiste à instruire le partenaire contractuel, objectivement et complètement, sur l'objet du contrat, afin qu'il puisse décider en connaissance de cause<sup>626</sup>. Ce devoir n'exclut pas l'obligation de se renseigner qui pèse sur chaque contractant et qui est, d'après un auteur, « *un principe dont l'obligation*

---

<sup>622</sup> FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Mélanges RIPERT, L.G.D.J, 1950, t.1, p. 93.

<sup>623</sup> MESTRE (J.), « La période précontractuelle et la formation du contrat », article précité.

<sup>624</sup> JOURDAIN (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat », Rapport français, La bonne foi, in Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, pp. 121 à 132.

<sup>625</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n°374 ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 611.

<sup>626</sup> Lexique des termes juridiques, 12<sup>e</sup> éd., D. 1999, p. 362.

*d'informer ne présente qu'une exception* »<sup>627</sup>. Le devoir de se renseigner suppose en effet que les deux parties contractantes aient le même niveau de connaissance ou que de par la nature de l'opération, rien n'oblige la partie détentrice de l'information de la livrer à son cocontractant<sup>628</sup>. Il convient d'admettre également que l'obligation d'information implique parfois une obligation de conseil<sup>629</sup>. Certains textes l'imposent particulièrement à certains professionnels qui doivent éclairer le client sur l'opportunité de passer la convention, de s'abstenir ou de faire tel autre choix<sup>630</sup>. L'obligation de conseil s'impose ici comme un accessoire d'une prestation de service due par des professionnels tels les architectes, les agents immobiliers ou encore les avocats<sup>631</sup>.

281. Mais, si le formalisme informatif est généralement justifié par le souci de protéger la partie faible au contrat, considérée comme profane contrairement à son cocontractant professionnel, force est de constater que le droit communautaire africain, retient cette obligation dans le but de protéger aussi bien les consommateurs que les professionnels. C'est pourquoi, on le retrouve non seulement dans le code CIMA, mais aussi dans les différents Actes uniformes OHADA. En effet, si le code CIMA rend l'obligation d'informer bilatérale (1), le droit OHADA la consacre dans certains contrats commerciaux (2).

---

<sup>627</sup> JOURDAIN (P.), « Le devoir de "se renseigner" (contribution à l'étude de l'obligation de renseignements ou de conseil), D. 1983, chron., p. 139.

<sup>628</sup> Infra, n° 397 et 398.

<sup>629</sup> Cass. com., 18 mai 1993, D. 1994, Jur. p. 142, note Ibrahim NAJJAR ; dans cet arrêt, il est décidé que la banque doit « *informer (son client) des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme hors le cas où il en a connaissance* ».

<sup>630</sup> Notamment en matière bancaire où l'obligation d'informer, de renseigner, ou de conseiller est exigée non seulement à la conclusion du contrat, mais aussi pendant l'exécution du contrat. Le banquier est ainsi tenu de renseigner son client sur l'opportunité de faire certains placements spéculatifs. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat puisque la décision finale revient au client. Mais le banquier en tant que professionnel doit « *l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme hors le cas où il en a connaissance* » (Cass. com., 18 mai 1993, préc.). La responsabilité du banquier, du fait de son obligation d'informer et de renseigner, est ainsi confirmée sous la forme d'un principe général de responsabilité civile contractuelle.

<sup>631</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 1997, Contrats, conc. Consom., 1997, n° 111.

## 1- Une obligation d'information bilatérale dans le code CIMA

282. La formation du contrat d'assurance est marquée par une obligation particulière de loyauté requise des parties « *qui relève mieux la distance qui sépare les conditions de formation de ce contrat de celles du droit commun* »<sup>632</sup>. Ce contrat ne se satisfait pas de l'exigence générale des conditions de formation des contrats de droit commun<sup>633</sup>. Classiquement, il est exigé des parties au contrat d'assurance une « *extrême bonne foi* »<sup>634</sup>, ou un comportement de « *la plus haute bonne foi* »<sup>635</sup>. D'une manière globale, l'assureur doit mettre son expérience professionnelle au service du preneur d'assurance, afin que celui-ci « *ne pâtisse pas de sa naturelle incompétence* »<sup>636</sup>. Il importe qu'il l'épargne des termes complexes, fondés sur des appréciations techniques difficiles à cerner. De son côté, l'assuré doit mettre l'assureur en mesure d'apprécier l'étendue de sa prestation, en lui donnant des informations exactes.

283. L'article 6 du code CIMA dispose ainsi que l'assureur est tenu de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions. Cette fiche doit être donnée en temps utile c'est-à-dire avant la conclusion du contrat et assez tôt pour que l'assuré puisse avoir le temps de prendre connaissance des éléments essentiels du contrat et mettre les assureurs en concurrence<sup>637</sup>. Il faut reconnaître à cette fiche une valeur contractuelle car l'assureur ne saurait se soustraire après la formation du contrat aux engagements pris dans la fiche. En effet, les mentions qui s'y trouvent sont déterminantes pour l'engagement de l'assuré qui doit choisir librement la

---

<sup>632</sup> BOUT (R.), « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 47.

<sup>633</sup> TANKOUA (R.), *La protection du consommateur d'assurance par le droit communautaire CIMA*, Mémoire de DEA, Dschang, 2003.

<sup>634</sup> PICARD et BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, t. I, L.G.D.J., 1938, n° 110, p. 214.

<sup>635</sup> LLUELLES (D.), *Précis des assurances terrestres*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, éd. Thémis, Montréal, p. 29.

<sup>636</sup> BOUT (R.), *ibid.*

<sup>637</sup> COURROUY (J.), « Le droit des parties au contrat d'assurance », D.1990, Chron. p. 190.

compagnie qui lui assure une plus grande garantie à un meilleur prix<sup>638</sup>. Toute modification des mentions contenues dans cette fiche serait constitutive de faute contractuelle et serait contraire à l'exigence de la bonne foi en matière contractuelle. En un mot, une telle modification après la conclusion du contrat serait une violation de l'obligation d'information qui pèse sur l'assureur. Il faut préciser que l'énumération de l'article 6 n'est pas exhaustive et que l'assuré peut toujours exiger d'autres informations relatives au contrat proposé<sup>639</sup>.

**284.** Néanmoins, les indications relatives au prix, peuvent faire l'objet d'une modification avant la conclusion du contrat. La fiche ne constitue en fait que ce qu'il convient d'appeler une offre de pourparlers contractuels, car en matière d'assurance, l'offre vient du preneur d'assurance et non de l'assureur en dépit du fait que c'est lui qui élabore les conditions du contrat, procède à des affiches publicitaires en vue de l'information du public sur ses services<sup>640</sup>. Pratiquement, le preneur d'assurance qui remplit la fiche offerte par l'assureur fait une offre de contracter à celui-ci qu'il peut accepter directement, ou qu'il peut modifier en présentant une contre proposition, celle-ci pouvant tenir de la particularité des risques qui résulte des informations données par le futur souscripteur. C'est à cet instant que l'assureur devient l'offrant et est tenu de contracter en cas d'acceptation par le preneur. L'assureur peut donc « *sélectionner les risques* » pendant la formation du contrat et conclure le contrat à des conditions de prix et même de garanties différentes de celles portées à la fiche d'information<sup>641</sup>.

**285.** On note ici une évolution du code CIMA par rapport à la loi du 13 juillet 1930 qui reconnaissait le droit à l'information préalable à la formation du contrat seulement à l'assureur. Certes l'assureur a toujours le droit d'être informé dans le code CIMA, mais le système est complètement bouleversé

---

<sup>638</sup> BOKALLI (V.-E.), « Le nouveau droit du contrat d'assurance des Etats membres de la CIMA », R.A.D.I.C, 1998, p. 425

<sup>639</sup> POUGOUE (P.G.), op. cit., p. 25.

<sup>640</sup> BOUT (R.), « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », op. cit., p. 46.

<sup>641</sup> COURROUY (J.), op. cit., p. 192.

dans le sens d'une meilleure protection du consommateur d'assurance<sup>642</sup>. L'assuré est tenu lui aussi de livrer toutes les informations qui pourront aider l'assureur à apprécier à sa juste valeur les risques à garantir ; mais à la différence de l'article 15(2) de la loi du 13 juillet 1930 qui instaurait un système dit de « *déclaration spontanée du risque* »<sup>643</sup>, l'article 7 du code CIMA impose « *un système qui met en contribution l'assureur afin d'obtenir de l'assuré toutes les informations sur les circonstances de nature à faire apprécier les risques qu'il prend en charge* »<sup>644</sup>. L'assureur a donc intérêt à rédiger son questionnaire de manière précise et exhaustive car l'article 7 précise qu'il ne pourra se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise.

**286.** Il ne revient plus à l'assuré de prendre les devants pour rechercher quels sont les éléments pouvant avoir une influence quelconque sur le coût des garanties. Il doit se borner à répondre loyalement aux questions qui lui sont posées, sans être obligé de révéler un aspect aussi important soit-il, si l'assureur omet de l'interroger sur ce point. Il a été posé dans ce cas la question de savoir si l'assureur, victime de l'insuffisance de son questionnaire, pouvait néanmoins se retourner en droit commun des contrats pour invoquer la réticence dolosive du preneur d'assurance. En clair, si sa responsabilité ne peut être engagée du fait qu'il ait omis de donner une information utile pour l'équilibre du contrat parce que l'assureur ne l'a pas interrogé sur ce point, peut-elle l'être néanmoins sur la base de l'article 1116 du code civil ? Une réponse affirmative peut être envisagée notamment parce que le dol reste une cause ordinaire de nullité, dont l'accès est ouvert à tout

---

<sup>642</sup> S'il est vrai qu'on peut voir dans ces dispositions un souci de protéger le consommateur, la portée de cette analyse consumériste ne doit pas être exagérée. D'après le Pr. P.G. Pougoué, « *le caractère de contrat de consommation ou même de contrat d'adhésion s'estompe pour les gros risques industriels généralement placés par l'intermédiaire des courtiers d'assureurs conseils* », op. cit., p. 26.

<sup>643</sup> Sous cette loi, il appartenait à l'assuré de prendre l'initiative de la déclaration spontanée. En d'autres termes, l'assuré devrait porter à la connaissance de l'assureur toute circonstance importante connue de lui et susceptible d'influer sur la nature du risque même si le questionnaire n'y faisait pas allusion (BOKALLI (V.E.), op. cit., p. 425 ; ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n°570).

<sup>644</sup> POUGOUE (P.G.), op. cit., p. 25.



contractant<sup>645</sup>. Cependant, cette solution entraverait l'efficacité du système du « *questionnaire fermé* » mis en place qui a notamment pour objectif de mettre un terme à la protection dont jouissait l'assureur lorsque l'assuré était confronté à une impossibilité d'information personnelle<sup>646</sup>. En tant que disposition du droit spécial des assurances, cette disposition devra supplanter le droit commun du dol. Celui-ci doit être limité en matière d'assurance aux manœuvres frauduleuses, et à la rigueur aux seules réticences relatives aux questions posées<sup>647</sup>.

287. Toujours dans l'optique d'une meilleure protection du consentement de l'assuré, l'article 8 du code CIMA dispose que les clauses de déchéance, de nullité et d'exclusion doivent être rédigées en caractères très apparents. Elles doivent ressortir nettement du reste du texte dans lequel elles figurent. C'est une fois de plus la loyauté de l'assureur qui est requise à travers cette disposition. En effet, le consommateur qui a besoin d'une assurance se contente bien souvent de vérifier uniquement la prime qu'il doit verser et le choix de la compagnie est très souvent fait en fonction du prix proposé. Il serait donc plaisant pour les compagnies d'afficher les prix les plus intéressants pour les meilleures garanties. Or, le piège réside dans les exclusions et les déchéances prévues au contrat. L'entreprise à la recherche des clients n'a pas intérêt à ce que ceux-ci prennent très tôt connaissance de leur liste. L'assuré apprendra donc à son grand désarroi que le plus cher dans un contrat d'assurance n'est pas la prime, mais bien au contraire, les exclusions ou encore les déchéances<sup>648</sup>.

288. Le souci de transparence lors de la formation des contrats spéciaux ne se limite pas à la nécessité de protéger la partie faible au contrat. C'est d'autant plus vrai que les règles ci-dessus étudiées ne se limitent pas à

---

<sup>645</sup> MAURY (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 1996, Rev. Gén. Dr. Ass., 1996, p. 284.

<sup>646</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), Les obligations, vol.1, L'acte juridique, Armand Colin, 11<sup>e</sup> éd., 2004, n° 213, p. 153 et 154.

<sup>647</sup> MAYAUX (L.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2001, J.C.P. éd. G., 2002, I, 116, p. 388, n° 6. Dans le même sens, v., BOUT (R.), « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », op. cit., p. 54.

<sup>648</sup> COURROUY (J.), op. cit., p. 193 ; BOKALLI (V.-E.), op. cit., p. 426.

la protection du consommateur d'assurance. Il s'agit bel et bien d'une nouvelle conception du droit des contrats car ce souci se retrouve *ipso facto* dans les contrats entre professionnels que réglementent les différents Actes uniformes OHADA.

## **2- L'obligation d'information dans les Actes uniformes OHADA**

**289.** Le droit OHADA qui est un droit pour l'instant essentiellement commercial n'a pu éviter de succomber aux charmes de la renaissance du formalisme commercial contemporain. Ce formalisme difficile à caractériser, rebelle à toute tentative de regroupement, est « *protéiforme* » voire « *atypique* »<sup>649</sup>. La typologie des formalités se diversifie sans aucune rationalité. Il peut s'agir par exemple d'une mention manuscrite exigée dans le cautionnement, acte déjà formel, mais qui doit à peine de nullité contenir la somme maximale garantie<sup>650</sup> ou encore de l'exigence d'une inscription au registre du commerce et du crédit mobilier. Mais le formalisme le plus remarqué est certainement celui destiné à l'information des parties aux différents contrats.

**290.** C'est ainsi que l'Acte uniforme OHADA relatif au contrat de transport de marchandises par route (AUCTMR) exige, en plus d'une obligation générale d'information<sup>651</sup>, une obligation spéciale de se renseigner à la charge du transporteur<sup>652</sup>. Elle pèse sur l'expéditeur de la marchandise qui doit fournir au transporteur certaines informations et instructions<sup>653</sup>. Ces informations doivent être exactes et exhaustives et permettre au transporteur

---

<sup>649</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Tendances contemporaines du formalisme en droit commercial », in Mélanges, Ch. Freyria, ESTER, Lille, 1994, p. 56.

<sup>650</sup> Article 4 de l'Acte uniforme OHAHA portant organisation des sûretés. Pour plus de détails, v. KALIEU (Y.R.), « la mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », disponible sur, [www.ohada.com](http://www.ohada.com)., réf : Ohadata D-03-02.

<sup>651</sup> Les informations essentielles relatives au contrat de transport doivent figurer dans la lettre de voiture. Certaines de ces informations sont obligatoires et d'autres facultatives (article 4 AUCTMR). Cependant, l'établissement de la lettre de voiture n'est pas une condition de validité du contrat de transport, mais simplement un mode de preuve de ce contrat qui est un contrat consensuel.

<sup>652</sup> AKAM AKAM (A.), « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », RRJ, 2006, 3, p. 1661.

<sup>653</sup> Art. 8 AUCTMR.

d'avoir une idée exacte de la nature et de la valeur des marchandises. L'expéditeur doit donc livrer toutes les informations qu'il détient sur la marchandise. Ce qui est d'ailleurs nécessaire pour la bonne exécution du contrat par l'autre partie. Le transporteur est en effet tenu aux termes de l'article 16 dudit Acte uniforme d'une triple obligation de résultat :

- il doit amener la marchandise au lieu convenu pour la livraison ;
- il doit amener la marchandise dans l'état où il l'a prise ;
- il doit l'amener dans un délai convenu éventuellement au contrat.

**291.** Le transporteur ne s'oblige donc pas seulement à exécuter le contrat en respectant les règles de l'art comme certains professionnels<sup>654</sup>. Il garantit de façon absolue un résultat déterminé<sup>655</sup>. Or, on voit mal comment il pourrait bien exécuter sa prestation si l'expéditeur n'était pas obligé de lui fournir tous les renseignements utiles pour effectuer le transport<sup>656</sup>. Le transporteur doit savoir la valeur exacte des marchandises ainsi que le caractère dangereux ou non de celles-ci afin de ne pas les exposer à des éventuelles avaries en prenant à chaque fois que besoin se fait sentir, les précautions nécessaires. Ce n'est que parce qu'il connaît la valeur et la nature exactes des marchandises qu'il pourra prendre des mesures nécessaires pour leur conservation, et le prix du transport dépendra de cette nature. L'exigence de transparence a donc pour finalité d'assurer l'équilibre de l'opération contractuelle<sup>657</sup>, car le prix du transport ne sera juste que s'il est proportionnel à la nature exacte de la marchandise.

**292.** On remarque à ce niveau que le législateur OHADA impose l'obligation d'information non au transporteur professionnel, mais plutôt à

---

<sup>654</sup> BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), op. cit., n° 301.

<sup>655</sup> C.A, Colmar, 28 nov. 1979, Bull. Transp. 1980, 77.

<sup>656</sup> La responsabilité du transporteur est engagée par le simple fait qu'il n'ait pas livré une marchandise conforme. Cette responsabilité ne repose même pas sur une présomption de faute. Le demandeur doit juste établir la remise de la marchandise et le dommage qu'il subit en raison de la perte ou de l'avarie. La perte ou l'avarie étant à elles seules suffisantes pour établir la preuve que le transporteur n'a pas exécuté sa prestation contractuelle, donc, qu'il a commis une faute dans l'exécution de ses obligations, V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., p. 716.

<sup>657</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Pour une théorie du droit des transports », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 113.

l'expéditeur qui contracte avec le transporteur<sup>658</sup>. Or, on aurait pu imaginer que la loi devrait intervenir dans ce cas pour protéger l'expéditeur qui doit faire face aux conditions générales pré-rédigées par les soins du transporteur<sup>659</sup>. C'est en fait une fausse vision du contrat de transport contemporain. Il a été noté que dans ces contrats, le rapport de force s'est inversé. Alors qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, c'étaient les compagnies de transport qui imposaient leurs conditions aux chargeurs et s'exonéraient dans la plupart des cas de leurs responsabilités<sup>660</sup>, de nos jours, ce sont ces derniers qui dictent leurs conditions aux transporteurs et qui stipulent toute une série de clauses en leur faveur<sup>661</sup>. C'est notamment le cas pour les grosses expéditions qui sont généralement placées par les auxiliaires de transport, commissionnaires de transport ou encore des transitaires<sup>662</sup>. La législation OHADA protège donc en priorité le transporteur qui est au demeurant exonéré de l'obligation de vérifier l'exactitude des informations fournies par l'expéditeur. C'est une faveur déjà accordée au transporteur par la jurisprudence française notamment la cour d'appel de Paris<sup>663</sup> qui retient à propos d'un transport international<sup>664</sup> que le transporteur prend tels quels les renseignements fournis par l'expéditeur et ne commet aucune faute en s'abstenant de les vérifier.

**293.** Cependant, la question de l'utilité même de l'adoption d'un régime impératif pour les contrats de transport peut être posée car en dépit des relations de dépendance qui peuvent être constatées, le consumérisme est étranger au transport des marchandises<sup>665</sup>. Qu'il s'agisse de l'acheteur de la

---

<sup>658</sup> Puisque le contrat de transport est par hypothèse un contrat d'adhésion dans lequel l'expéditeur ne fait qu'adhérer aux conditions générales préétablies par le transporteur (BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), op. cit., n° 155).

<sup>659</sup> Tel était en effet l'objet de la loi du 17 mars 1905, « loi Rabier », qui édictait la responsabilité du transporteur par la disposition : « *toute clause contraire, insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque est nulle* ».

<sup>660</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2727.

<sup>661</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in *Le contrat: questions d'actualité*, P. A., n°90, du 05 mai 2000.

<sup>662</sup> BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), op. cit., n° 155.

<sup>663</sup> 27 janv. 1971, Bull. Transp., 1983, p. 108.

<sup>664</sup> Soumis à la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route.

<sup>665</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Pour une théorie du droit des transports », op. cit., p. 110.

marchandise, donc, le destinataire, du chargeur ou encore du transporteur, tous sont des professionnels dont la position de faiblesse des uns à l'égard des autres ne peut être établie avec rigueur. L'intervention législative n'est donc pas destinée à protéger une seule partie au contrat, mais bien au contraire à préserver la sécurité du commerce dans l'intérêt général<sup>666</sup>. Le contrat de transport routier des marchandises reste en tout cas un contrat consensuel, qui se forme par le seul échange des consentements, la lettre de voiture n'étant qu'un élément de preuve dont l'absence ou l'irrégularité n'a aucun effet sur sa validité<sup>667</sup>.

294. En ce qui concerne la vente du fonds de commerce, l'Acte uniforme sur le droit commercial (AUDCG), impose une obligation d'information qui a pour principal objectif de renseigner l'acquéreur sur la valeur réelle du fonds et les tiers sur l'identité des parties. L'article 118 énonce *in extenso* que l'acte de cession doit contenir sous peine de sanction :

- « 1°) *l'état civil complet du vendeur et de l'acheteur pour les personnes physiques ; les noms, dénomination sociale, forme juridique, adresse du siège social, et objet social du vendeur et l'acheteur pour les personnes morales ;*
- 2°) *leurs numéros d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ;*
- 3°) *s'il y a lieu, l'origine de la propriété du chef du précédent vendeur ;*
- 4°) *l'état des privilèges, nantissements et inscriptions grevant le fonds ;*
- 5°) *le chiffre d'affaires réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition, si le fonds n'a pas été exploité depuis plus de trois ans ;*
- 6°) *les résultats commerciaux réalisés pendant la même période ;*
- 7°) *le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant s'il y a lieu ;*
- 8°) *le prix convenu ;*
- 9°) *la situation et les éléments du fonds vendu ;*

---

<sup>666</sup> Ibid.

<sup>667</sup> Art. 3 et 4 de l'AUCTMR.

10°) *le nom et l'adresse de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre si la vente a lieu par acte sous seing privé* ».

295. Le contrat de cession de fonds commerce doit donc en principe être rédigé et contenir toutes ces informations. L'acquéreur doit avoir toutes les informations nécessaires pour pouvoir se décider en connaissance de cause. Il n'y a donc pas place ici pour les contractants soucieux de « *réaliser une bonne affaire* » si la bonne affaire consiste dans la manipulation de son cocontractant, car aux termes de l'article 119, l'omission ou l'inexactitude de l'une de ces mentions peut rendre la convention nulle. En dépit de cette exigence de formalité, une partie de la doctrine soutient que le contrat de cession de fonds de commerce n'en est pas moins consensuel. Selon M. Germain et L. Vogel, « *on ne peut pas dire que la vente verbale soit nulle : elle peut être établie par tous les moyens de preuve, mais l'acquéreur pourra se prévaloir de la nullité édictée par la loi de 1935* »<sup>668</sup>.

Mais contrairement à la cession du fonds de commerce ou encore au contrat de transport de marchandises par route, le contrat de vente commerciale réglementé par l'AUDCG n'a pas subi cette tendance législative. L'AUDCG instaure un nouveau droit de la vente commerciale moderne en ce sens qu'il intègre les conventions internationales<sup>669</sup> de manière à encourager et faciliter la vente commerciale interne et internationale<sup>670</sup>.

296. Soucieux de faciliter la vie des affaires, les rédacteurs de l'Acte uniforme ont opté pour le traditionnel principe du consensualisme en droit des affaires. Ce principe s'explique par la nécessaire confiance qui doit régir le monde des affaires et surtout par les impératifs de célérité qui caractérisent

---

<sup>668</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 610, p. 455.

<sup>669</sup> Le droit de vente commerciale de l'OHADA intègre la plupart des principes contenus dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises. Mais à la différence celle-ci, le droit de la vente commerciale OHADA ne régit pas les ventes civiles.

<sup>670</sup> LOHOUES-OBLE (J.), « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », Rev. Int. Dr. Comp., III, 1999, p. 565.

l'environnement des affaires<sup>671</sup>. En facilitant la conclusion des contrats, le consensualisme permet d'accroître l'activité commerciale des biens et des services<sup>672</sup>. Aucune formalité n'est exigée pour la validité de ce contrat. L'article 208 est sans équivoque : « *le contrat de vente commerciale n'a pas à être rédigé, ni constaté par écrit, et n'est soumis à aucune condition de forme* ». La conclusion logique en est qu'aucune obligation d'information ne pèse sur les contractants<sup>673</sup>.

Est-ce à dire que tout devoir de loyauté et de bonne foi serait exclu en matière de vente commerciale ? Le doute est permis. Si l'article 287 de l'AUDCG sanctionne timidement le défaut d'information sur l'état de la marchandise, l'article 205 dispose d'autre part que : « *outre les dispositions du présent livre, la vente commerciale est soumise aux règles de droit commun* ». Le droit commun renvoie ici aux règles applicables aux contrats civils dans les différents Etats membres de l'OHADA. Faudrait-il rapprocher l'AUDCG de la convention de Vienne du 11 avril 1980 et souligner alors qu'il « *ne régit pas la validité du contrat ni celle de ses clauses, ce qui exclut la capacité des parties, la qualité de leur consentement, l'existence ou la non existence d'un objet ou d'une cause, leur licéité, le respect de l'ordre public* » ?<sup>674</sup>

Vue sous cet angle, la vente commerciale OHADA doit satisfaire aux exigences du code civil. Les consentements ne doivent pas être viciés et les conventions doivent être exécutées de bonne foi comme l'exige l'article 1134 al.3 du code civil<sup>675</sup>. Mais la notion de bonne foi n'a pas encore connu les extensions du droit français dans la jurisprudence civile camerounaise. Etant

---

<sup>671</sup> GOMEZ (J.R.), « Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique », *Penant*, n° spéc. Ohada, 1998, p.156 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n°160.

<sup>672</sup> NGUEBOU (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998.

<sup>673</sup> Il faut cependant noter que l'article 287 sanctionne un défaut d'information sur l'état de la marchandise. En effet, si au moment de la conclusion du contrat de vente, le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du fait que la marchandise avait péri, avait été détériorée et qu'il n'en a pas informé l'acheteur, la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur.

<sup>674</sup> KAHN ( Ph.), « Vente commerciale internationale, *J.Cl. Dr. Internationale*, fasc. 565-A-5, n° 52.

<sup>675</sup> ATOMINI (B.), *La vente dans la législation OHADA*, *Rev. Jur. Tchadienne*, n° 2, disponible sur le site [www.cefod.org/Droit\\_au\\_Tchad/Revuejuridique/Revue2/](http://www.cefod.org/Droit_au_Tchad/Revuejuridique/Revue2/)

donné que l'AUDCG régit à la fois la vente interne et la vente internationale des marchandises, il n'est pas à exclure que par le jeu des conflits des lois, un contrat de vente internationale soit annulé par le juge en application du droit français qui exige de plus en plus la bonne foi dans la formation de tout contrat<sup>676</sup>.

297. En outre, la bonne foi devient un principe de plus en plus admis dans le droit des contrats moderne<sup>677</sup>. L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats emboîtant le pas sur le projet du droit européen du contrat<sup>678</sup>, fait la part belle à la notion de bonne foi qui doit gouverner aussi bien la formation des contrats que leur exécution<sup>679</sup>. On comprend alors mal pourquoi les contrats de vente commerciale seraient exempts de cette nécessité contemporaine. En tous cas, il est évident aujourd'hui qu'en dehors d'une relecture des articles 1108 et suivants du code civil, il est difficile d'assainir les rapports contractuels et éviter que les uns et les autres n'abusent de leur pouvoir économique, car même dans le monde des affaires, tous n'ont pas le même poids<sup>680</sup>. C'est pourquoi dans les contrats où une obligation d'informer est exigée, son non respect entraîne une sanction.

---

<sup>676</sup> Cass. com., 27 févr. 1996, Bull. civ., IV, n°65, J.C.P., éd. G., 1996, II, 22665, note J. Ghestin, D. 1996, p. 518, R.T.D.Civ., 1997, 114. Cass. com., 10 fév. 1998, Contrats conc. Consomm., 1998, n°55, obs. Leveneur, Defrénois, 1998, p.733, obs. Delebecque.

<sup>677</sup>RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2492-2.

<sup>678</sup>MESTRE (J.), « Bonne foi », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, pp. 42 à 44. Ces principes n'ont pas de valeur légale, mais sont issus d'un travail de mise en ordre et d'harmonisation des différents droits européens. Selon certaines sources, ces principes pourraient dans l'avenir, servir de base à un éventuel code européen des contrats. Mais il s'agit d'une perspective discutable et aléatoire (voir, BENABENT, op. cit., p. 631).

<sup>679</sup> FONTAINE (M.), « Le projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats et les principes relatifs aux contrats du commerce international », Rev. Dr. Unif., 2004, II, 253 - 265 ; ONANA ETOUNDI (F.), « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », Rev. Dr. Unif., 2005, IV, v. également [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

<sup>680</sup> Cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1995, D. 1995, IR, 200, D.A., 1995, 18, selon lequel, dans les rapports entre un vendeur et un acheteur, tous deux professionnels, une obligation d'informer pèse sur le vendeur en ce qui concerne l'adaptation de la chose vendue à l'usage auquel elle est destinée dans la mesure où la compétence de l'acheteur ne lui donne pas les moyens d'apprécier. Comp. avec la décision *Smith v Smith* ((1871) LR 6 QB 597).



## C – DES SANCTIONS DISPARATES POUR LE FORMALISME INFORMATIF

298. Les sanctions du formalisme informatif sont tout aussi protéiformes et atypiques. Elles varient en droit communautaire d'une réglementation à l'autre. A la nullité dont l'inefficacité a été dénoncée, sont envisagées, lorsque celle-ci n'est pas expressément prévue par la loi prescrivant la règle d'ordre public, des sanctions parfois plus « *sophistiquées* »<sup>681</sup>, destinées à réparer le préjudice issu de l'inobservation de cette condition de formation du contrat. Il convient dès lors de faire une étude séparée des sanctions prévues par les différents textes communautaires. On se limitera cependant à étudier celles prévues pour les contrats de transport (1), les contrats d'assurance (2) et le contrat de cession du fonds de commerce (3).

### 1 – La sanction du formalisme informatif dans le contrat de transport routier des marchandises

299. L'AUCTMR est un texte impératif dans sa quasi-totalité. L'article 28 paragraphe 1 dispose à cet effet qu'est « *nulle et de nul effet, toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions du présent Acte uniforme* ». L'obligation d'information qui pèse sur les contractants au moment de la formation du contrat est donc d'ordre public. Toutefois, la question de la sanction de sa violation n'est pas pour autant résolue. Il est certain qu'une clause contractuelle qui exonérerait l'expéditeur de cette obligation serait nulle et de nul effet<sup>682</sup>. Mais l'omission de cette information est-il une cause d'annulation du contrat de transport?

---

<sup>681</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), op. cit., p. 57.

<sup>682</sup> Le principe de la nullité de telles stipulations a été clairement affirmé par l'article 1 :201 de Principes du droit Européen du contrat. Ce qui n'est pas inopportun selon J. Mestre car si cette nullité va de soi, il n'en demeure pas moins, que certaines clauses, prises à la lettre, pourraient indirectement refouler quelque peu l'exigence de bonne foi (« Bonne foi », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 44).

**300.** L'AUCTMR ne répond pas à cette question. Une lecture attentive permet tout de même de répondre par la négative. En effet, l'article 8.2 dispose tout simplement qu'en cas de préjudice subi par le transporteur pour omission, insuffisance ou inexactitude des déclarations ou instructions de l'expéditeur, la responsabilité de ce dernier peut être engagée<sup>683</sup>. En droit commun des transports, le transporteur est garant de la perte ou des avaries des objets à transporter<sup>684</sup>. Le transporteur ne peut être libéré que dans des hypothèses limitativement énumérées<sup>685</sup> et reste tenu si la cause du sinistre est inconnue<sup>686</sup>. En outre, pour renforcer l'efficacité de cette sanction, l'article 15.2 déclare nulle toute stipulation contractuelle qui ne permettrait pas au transporteur de réclamer un supplément de prix lorsque la nature ou la valeur de la marchandise ne sont pas celles décrites au contrat<sup>687</sup>. Autrement dit, le transporteur est en droit de réclamer un supplément de prix s'il s'avère que la valeur de la marchandise est supérieure à celle qui lui a été révélée.

**301.** On est très loin du traditionnel principe de l'intangibilité des contrats. Le transporteur est admis à revenir sur son engagement parce qu'il a été trompé. N'est-ce pas là la réparation d'une sorte de lésion ? En fait, l'exigence d'une information préalable a comme corollaire l'exigence de loyauté et de bonne foi de la part des contractants. La satisfaction de cette exigence donnant lieu à un contrat équilibré<sup>688</sup>. L'équilibre dans les relations contractuelles est donc l'un des principes de base du nouveau droit du transport des marchandises par route. Lorsqu'il est rompu par la faute de l'expéditeur, l'équilibre ne peut être retrouvé que par une augmentation du prix de transport sans préjudice des dommages-intérêts.

La sanction du non-respect du devoir de renseignement ou encore de l'obligation d'information est, pour ainsi dire, la mise en œuvre de la

---

<sup>683</sup> BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), op. cit., n° 243 et ss.

<sup>684</sup> V. dans ce sens, CA du Centre, A. n° 221/civ. du 02 mars 2005, aff. Camrail c/ Tchoumba Jean P. et Mbozo'o Faustin, inédit.

<sup>685</sup> V. notamment, BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.), op. cit., n° 314 et ss.

<sup>686</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2723.

<sup>687</sup> Supra, n° 267 et 268.

<sup>688</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 611.

responsabilité du débiteur de l'information. Mais l'AUCTMR va plus loin et permet au transporteur de décharger, détruire ou rendre inoffensives les marchandises dangereuses qu'il n'aurait pas consenties à transporter. De même, le transporteur n'est pas responsable du préjudice subi du fait du transport si l'expéditeur n'a pas déclaré la valeur exacte de la marchandise. Il n'est pas non plus responsable de la perte si la nature ou la valeur de la marchandise ne lui a pas été déclarée.

302. En somme, à la nullité classique imposée aux actes qui violent les règles d'ordre public<sup>689</sup>, l'AUCTMR préfère une sanction comminatoire dont la force réside moins dans son caractère réparateur que dans la menace de punition qu'elle fait peser. Pourtant, la nullité aurait pu être admise pour au moins une raison : à partir du moment où la marchandise n'est pas celle sur laquelle les parties se sont mises d'accord et en vertu de la nature de laquelle ils ont établi le prix du transport, il n'y a semble-t-il, pas de contrat<sup>690</sup>. Aux termes de l'article 3 de l'AUCTMR, « *le contrat de transport de marchandise existe dès que le donneur d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu* ». C'est dire que la sanction normale de cette omission est la nullité pour absence de cause de l'obligation<sup>691</sup>.

303. Il reste cependant que, la nullité n'est pas toujours la sanction efficace et paraît même inappropriée dans le contrat de transport. Le constat de l'inexactitude des informations données par l'expéditeur se fera le plus souvent soit au cours du transport, soit à la fin de celui-ci. La nullité dans ce cas ne pourra servir personne sinon l'expéditeur lui-même. C'est donc justice que de prévoir une réparation du préjudice plutôt que la nullité du contrat qui n'est pourtant pas à exclure totalement en matière d'assurance.

---

<sup>689</sup> HUGUET (A.), *L'ordre public et les contrats d'exploitation de droit d'auteur : Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, L.G.D.J, Paris, 1962, p. 203.

<sup>690</sup> LACASSE (N.) et PUTZEYS (J.), « L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route », *European Transport Law*, 2003, p. 706.

<sup>691</sup> Tout au moins absence partielle de cause.

## 2 – La sanction du formalisme informatif contenu dans le code CIMA

304. Le code CIMA a prévu une obligation d'information qui pèse tant sur le souscripteur que sur l'assureur. Mais le régime des sanctions n'est pas le même. Le code est muet sur la sanction à infliger à l'assureur en cas de violation de son obligation d'information. La question peut être posée de savoir si cette omission renvoie implicitement à la nullité du contrat pour vice de formation. Cette omission ne constitue-t-elle pas une réticence dolosive de la part de l'assureur ? La doctrine admet en effet que la réticence dolosive doit être admise chaque fois qu'il y a soit en vertu d'une loi, soit en vertu de la jurisprudence, une obligation d'informer<sup>692</sup> et même lorsqu'une telle obligation n'est pas encore admise en droit positif<sup>693</sup>. Dans ce cas, la sanction de l'obligation d'information doit obéir aux règles de sanction de la réticence dolosive telle que retenue par la jurisprudence française. La nullité de l'acte ne peut constituer une solution de principe<sup>694</sup>. Le juge doit jouer un rôle important dans la détermination de la sanction à prononcer. Il lui reviendra de juger selon les circonstances et surtout selon le préjudice subi par l'assuré, si cette omission doit être sanctionnée par la nullité du contrat ou par l'octroi des dommages intérêts à l'assuré<sup>695</sup>.

305. D'après certains auteurs, dans les hypothèses où la loi ne prévoit pas expressément la nullité, celle-ci ne peut être prononcée que si l'omission de donner l'information a entraîné un vice du consentement<sup>696</sup>. Autrement dit, la nullité du contrat ne peut être prononcée que si l'inexécution de cette obligation a provoqué l'erreur ou le dol du créancier de l'information. La sanction doit en effet être adaptée au but poursuivi par le législateur. Avant de prononcer la nullité du contrat, il faudra vérifier que les conditions

---

<sup>692</sup> Tel est par exemple le cas lorsque un vendeur d'immeuble omet d'informer l'acquéreur qu'un élément de l'immeuble avait été à l'origine de plusieurs incidents alors que l'article 1626 du code civil fait obligation au vendeur d'immeuble d'informer l'acquéreur de l'existence des charges éventuelles qui pèsent sur l'immeuble tel que des servitudes ou un bail.

<sup>693</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., p.322.

<sup>694</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n°568.

<sup>695</sup> MAGNIER (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », J.C.P, éd. G., 2004, p.178.

<sup>696</sup> AUBERT (J.-L.), Le formalisme, Rép. du Notariat, Defrénois, 2000, I, p.938 ; LARROUMET, op. cit., n°377.

d'application de l'article 1110 ou de l'article 1116 du code civil sont réunies<sup>697</sup>.

Si l'obligation d'information violée par l'assureur est celle relative aux clauses d'exclusion, de nullité et de déchéance qui n'apparaissent pas clairement dans le contrat d'assurance, la sanction doit être la nullité de la clause ou son inopposabilité au souscripteur sans qu'il soit besoin de prouver que cette inobservation a provoqué un vice du consentement<sup>698</sup>.

**306.** En revanche, le code CIMA a pris soin de préciser minutieusement les sanctions de la violation du devoir d'information de l'assuré. Il ressort des dispositions des articles 18 et 19 de ce code que la sanction adoptée dépend de la bonne ou de la mauvaise foi du souscripteur. Dans cette optique, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part du souscripteur quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre<sup>699</sup>.

**307.** Lorsque la mauvaise foi de l'assuré n'est pas établie, la sanction est plus douce : si l'irrégularité est découverte avant un sinistre, l'assureur peut maintenir le contrat moyennant une surprime acceptée par l'assuré ou résilier le contrat ; découverte après un sinistre, l'irrégularité est sanctionnée par la réduction de l'indemnité d'assurance.

**308.** La bonne foi doit être admise lorsque le souscripteur peut se prévaloir de ce qu'aucune question ne lui a été posée sur le point litigieux ou

---

<sup>697</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n°262.

<sup>698</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *op. cit.*, n°602.

<sup>699</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, R.T.D.Civ., 2000, p.565, selon lequel, l'assureur ne peut être condamné à payer les dommages intérêts à un souscripteur qui a donné des fausses réponses à son questionnaire et qui avait induit l'assureur à mal évaluer le risque, ce qui rendait l'assurance nulle. Le juge estime à cet effet que l'obligation de répondre avec sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion d'adhérer à une assurance relève de la bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe ou les conséquences de sa transgression à une autre partie.

lorsque les questions étaient posées en termes généraux (art.7). De même, doit être reconnu de bonne foi, le souscripteur qui fait une déclaration inexacte par ignorance. Ainsi, est une déclaration inexacte non intentionnelle la déclaration de santé faite par le souscripteur qui ignore sa séropositivité<sup>700</sup>.

Les sanctions du formalisme informatif dans le code CIMA sont très différentes de celles adoptées par l'Acte uniforme sur le contrat de transport des marchandises par route. Sans doute cela est-il justifié par le souci d'adapter constamment la sanction au but recherché par la règle d'ordre public. Ce souci se retrouve aussi dans la sanction de l'obligation d'informer qui pèse sur le vendeur du fonds de commerce.

### **3 – La sanction du formalisme informatif dans la cession du fonds de commerce**

**309.** Le formalisme informatif exigé dans le contrat de cession de fonds de commerce est sanctionné plus sévèrement que celui exigé dans les contrats de transport et de l'assurance. L'article 119 alinéa 2 de l'AUDCG dispose que l'omission ou l'inexactitude des énonciations de l'article 118 peut être sanctionnée par la nullité de la vente. Il s'agit d'une nullité de protection donc relative, qui est en plus facultative<sup>701</sup>. Elle ne peut être demandée que par l'acquéreur dans un délai d'un an à compter de la date de l'acte (art. 119 al.2)<sup>702</sup>. Mais la nullité de la cession ne peut être prononcée que si l'acquéreur prouve que cette omission ou cette inexactitude a substantiellement affecté la consistance du fonds cédé, et s'il en est résulté un préjudice. C'est dire que l'inexécution de cette obligation d'informer en soi ne suffit pas pour prononcer la nullité du contrat. Il faut qu'il en soit résulté un vice du consentement et donc un préjudice. Mais de quel vice du consentement s'agit-il exactement ?

---

<sup>700</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 571.

<sup>701</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 610, p. 455.

<sup>702</sup> Au-delà de ce délai d'un an qui est un délai préfix, l'acquéreur peut toujours engager une action sur le fondement du dol ou de l'erreur dans un délai de 5 ans (dans ce sens, RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), t.1, op. cit., n° 610).

**310.** L'article 119 al.1<sup>er</sup> de l'AUDCG parle d'une diminution substantielle de la consistance du fonds cédé. Ne s'agit-il pas là d'une forme de lésion ? L'acquéreur du fonds de commerce doit en effet prouver que la valeur réelle du fonds qu'il a acquis est inférieure à celle qu'il a cru acquérir lors de la conclusion du contrat. Autrement dit, il doit apporter la preuve qu'il a commis une erreur qui peut porter aussi bien sur la valeur du fonds acquis que sur les autres éléments du contrat<sup>703</sup>. L'article 119 de l'AUDCG admet donc implicitement la lésion comme vice du consentement dans le contrat de cession du fonds de commerce alors que le code civil ne l'admettait que dans quelques hypothèses bien déterminées<sup>704</sup>. Cette lésion ne peut cependant être sanctionnée que si elle est la conséquence d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de l'obligation d'information qui pèse sur le vendeur.

**311.** L'Acte uniforme OHADA tranche ainsi nettement sur la question relative au mécanisme de la nullité pour omission jadis posée en jurisprudence. Il était en effet question de savoir si cette omission permettait seulement à l'acquéreur d'établir que son consentement a été vicié, sans avoir à satisfaire toutes les exigences de l'action en nullité pour vice du consentement, ou si la nullité est acquise de plein droit, à moins que le vendeur prouve que l'acquéreur disposait d'informations précises sur les indications prévues par la loi. L'AUDCG opte pour la première solution. L'obligation d'informer n'a ici aucune autonomie par rapport aux vices du consentement, et dans les cas où elle n'a pas causé un préjudice important, le débiteur de l'information n'a aucune autre alternative. L'exigence spécifique d'une obligation d'information ne présente donc pas un avantage particulier pour l'acquéreur qui pouvait se satisfaire des exigences du code civil relatives aux vices du consentement<sup>705</sup>. L'exigence de l'information précontractuelle aurait pu être plus significative si l'AUDCG avait prévu une sanction plus

---

<sup>703</sup> Cass. Com., 29 avril 1997, D. Aff., 1997, p. 851. Pour une inexactitude sur les bénéfices réalisés et la durée du bail (Cass. com., 12 juin 1954, Bull. civ., III, n° 213) sur le chiffre d'affaires (Cass. com., 9 mars 1964, Gaz. Pal., 1964, 1, p. 361 ; Poitiers, 7 mai 1986, Defrénois, 1986, 1334, note J. Honorat).

<sup>704</sup> Supra, n° 236.

<sup>705</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), n° 610, p. 456.

souple comme une indemnité compensatrice, espèce de « *peine privée* »<sup>706</sup>, destinée à sanctionner le vendeur, créancier de l'information qui n'a pas satisfait à cette obligation sans que cette défaillance ait pourtant entraîné un vice du consentement de l'acquéreur<sup>707</sup>.

312. En somme, la sanction de la violation de l'obligation d'information reste dans la plupart des hypothèses, conditionnée par l'existence d'un vice du consentement qui en est résulté. Le droit communautaire s'attelle à rechercher dans chaque hypothèse la solution la mieux adaptée pour les parties. L'objectif est peut être de trouver une solution qui satisferait les deux parties au contrat tout en garantissant l'équilibre dans les prestations de chacune des parties. Cet équilibre recherché dès la formation du contrat à travers la notion de bonne foi, doit également régir l'exécution du contrat nonobstant toute disposition contraire.

## **Paragraphe 2 : L'exigence de la bonne foi pendant l'exécution du contrat**

313. L'exigence de la bonne foi après la conclusion du contrat n'est pas nouvelle dans la théorie générale du contrat. L'article 1134 al.3 du code civil obligeait déjà les parties à exécuter les contrats de bonne foi. Mais la portée de cet article a été limitée par la doctrine et la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle. Les articles 1134 al.3 et 1135<sup>708</sup> n'étaient admis que dans la mesure où, ils permettaient au juge de statuer *ex aequo et bono*, c'est-à-dire selon ce qui est équitable et bon<sup>709</sup>. Le juge devait appliquer les stipulations contractuelles

---

<sup>706</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », J.C.P., éd. G., 1999, Etude, 170, n° 19.

<sup>707</sup> Infra, n° 543 et ss.

<sup>708</sup> Art. 1134 al.3 : « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi ».

Art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

<sup>709</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », in La nouvelle crise du contrat,, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p.115.



telles que exprimées dans le contrat<sup>710</sup>. Il ne lui était permis alors que de « compléter ce qui est exprimé dans les contrats de bonne foi selon les suites de l'équité »<sup>711</sup>.

314. Dès 1931 cependant, Demogue a donné une nouvelle orientation à ces articles. Abandonnant la conception figée et individualiste du contrat, il prône un contrat plus social, vivant et complexe. Il écrivait alors « *le créancier a plusieurs obligations. Il ne doit pas par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par ses actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution (...) Tout ceci se rattache à l'idée de solidarité entre créancier et débiteur. L'idée de collaboration entre contractants n'est d'ailleurs qu'un aspect de l'idée plus générale qu'il ne doit pas y avoir d'abus dans l'exécution des contrats. Les prérogatives nées du contrat ne doivent être utilisées qu'avec mesure* »<sup>712</sup>.

Depuis lors, ce devoir de collaboration a connu une grande évolution en droit français grâce à l'imagination des juges<sup>713</sup>. Cette tendance jurisprudentielle a trouvé un écho favorable chez les rédacteurs des différents textes communautaires africains. Ces textes consacrent sans ambiguïté le

---

<sup>710</sup> JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », op. cit., p. 903.

<sup>711</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants.... », op. cit., p. 115.

<sup>712</sup> DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. VI, 1931, n° 12, cité par CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants », op. cit., p. 113.

<sup>713</sup> Pour tempérer le principe de l'intangibilité des contrats, certains arrêts ont eu recours à la notion d'abus de droit pour sanctionner le contractant qui pousse son droit jusqu'à l'extrême sans intérêt légitime. Commet ainsi un abus un bailleur qui refuse à son locataire une résiliation anticipée du contrat (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 fév. 1968, D. 1968, p.608, note Malaurie). Cependant, cette jurisprudence est restée très limitée (ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, p. 30 et ss.) jusqu'à ce qu'elle soit relayée par un courant moderne plus puissant, faisant appel à la notion de bonne foi pour priver d'effet une clause contractuelle dont l'application conduirait à un résultat contraire à l'équité. D'après BENABENT, la jurisprudence contemporaine rattache « à l'obligation de loyauté et de bonne foi mentionnée à l'article 1134 al.3 l'idée que le créancier doit faire de son droit un usage qu'on pourrait qualifier de "civilisé" et non "colonial" : il est abusif et contraire à la bonne foi de vouloir se servir de son droit pour des motifs ou pour un résultat contraire à l'économie du contrat, par une sorte de détournement du pouvoir contractuel » (BENABENT (A.), op. cit., n° 383). Pour les applications jurisprudentielles, Paris, 15 fév. 1990, D.1990, IR, p. 63 (le bailleur qui reloue le bien en l'état ne peut de bonne foi exiger l'indemnité de remise en l'état prévue au contrat) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 1987, Bull. civ., III, n°88 (le créancier d'une rente viagère stipulée entre parents qui ne l'a pas réclamée pendant plus de dix ans, ne peut pas exiger l'arriéré d'un seul coup en raison des dissensions familiales).

devoir de collaboration (A) qui est par ailleurs relayé par d'une obligation de minimiser les pertes (B).

## A – L'OBLIGATION DE COLLABORATION

315. L'obligation de collaboration admise désormais en droit français comme principe directeur de l'exécution du contrat<sup>714</sup> n'est définie ni par la jurisprudence qui la soulève pourtant régulièrement<sup>715</sup>, ni par la législation française. Certains textes communautaires faisant l'objet de cette étude ont adopté implicitement cette jurisprudence en imposant un devoir de collaboration dans certains contrats. Aucun texte n'a pour autant donné une définition à cette notion qui prendra à coup sûr une grande ampleur avec le temps. Pour l'instant, elle peut être comprise comme une « *sorte d'affectio contractus* »<sup>716</sup> que les parties doivent partager pendant l'exécution du contrat. Aucune obligation générale de collaboration ne figure dans les textes communautaires. C'est dire que pour l'instant, seule une jurisprudence audacieuse des juridictions appelées à appliquer le droit communautaire peut révolutionner le droit des contrats spéciaux communautaires comme ce fût naguère le cas en France. Pour l'instant, on se contentera de quelques dispositions du droit communautaire qui font penser à un souci d'imposer aux contractants une certaine coopération et de socialiser les rapports contractuels. Mais s'il est aisé de déterminer quelques hypothèses dans lesquels le droit communautaire exige un devoir de collaboration entre contractants (1), la question de la sanction de cette obligation révèle quelques inquiétudes sur l'admission de cette obligation (2).

---

<sup>714</sup> DIESSE, « Le devoir de collaboration comme principe directeur du contrat », Archives de philosophie du droit, t.43, 1999, p. 259.

<sup>715</sup> Paris, 18 juin 1984 et 26 juin 1985, R.T.D.Civ., 1986, p. 101, obs. J. Mestre ; Cass. com., 28 mars 2000, Droit et Patrimoine, 2000, n°86, p. 101, obs. Chauvel. Le juge interdit dans les contrats de distribution la pratique des prix excessifs par rapport au marché, qui causerait un déséquilibre contractuel préjudiciable au contractant soumis à une obligation d'exclusivité.

<sup>716</sup> MESTRE (J.), obs. sous Paris, 18 juin 1984 et 26 juin 1985, précitée.

## 1 – Les contrats admettant une obligation de collaboration

316. Le droit de la vente commerciale réglementé par l'AUDCG bien que conclu sans aucune condition de forme et sans exigence d'une obligation d'information à l'encontre de l'une ou de l'autre partie, doit cependant s'exécuter de bonne foi<sup>717</sup>. C'est du moins ce qui ressort de l'article 240 de cet Acte uniforme. Alors que dans un contrat de vente de droit commun, la principale obligation de l'acheteur est de payer le prix de la chose achetée<sup>718</sup> et les frais de la vente qui en sont l'accessoire<sup>719</sup>, ainsi que de prendre livraison de la chose<sup>720</sup>, cet article dispose que l'acheteur tenu de prendre effectivement livraison de la marchandise doit accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison, et à retirer les marchandises<sup>721</sup>. Il est question pour lui de prendre des mesures et d'accomplir les formalités destinées à permettre le paiement du prix et la livraison de la marchandise, qui sont prévues par le contrat ou par les lois et règlements<sup>722</sup>. L'acheteur ne doit donc pas rester inactif pour attendre le vendeur. Cet esprit de collaboration doit être aussi présent dans l'esprit du vendeur<sup>723</sup>. Celui-ci est tenu aux termes de l'article 241 de l'AUDCG de prendre toutes les mesures nécessaires de conservation au cas où l'acheteur tarderait à prendre livraison où ne paierait pas le prix.

317. L'obligation de conserver la marchandise incombe d'ailleurs à chaque partie qui est en détention des marchandises, qu'elle en soit le propriétaire ou non. Cette obligation déjà connue dans les articles 86 à 88 de la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises (CVIM) témoigne de la nécessité du législateur contemporain d'abandonner

---

<sup>717</sup>ATOMINI (B.), « La vente dans la législation OHADA », Rev. Jur. Tchadienne, n°2, disponible sur le site [www.cefod.org/Droit\\_au\\_Tchad/Revuejuridique/Revue2/](http://www.cefod.org/Droit_au_Tchad/Revuejuridique/Revue2/)

<sup>718</sup> Art. 1650 C. civ.

<sup>719</sup> Art. 1593 C. civ.

<sup>720</sup> Art. 1657 C. civ., v. COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), op. cit., n° 331 et ss.

<sup>721</sup> V. aussi en ce qui concerne le droit de la vente commerciale, l'article 241 qui oblige le vendeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour conserver les marchandises si l'acheteur tarde à prendre livraison ou à payer le prix. Réciproquement, si l'acheteur reçoit les marchandises et entend les refuser, il doit prendre des mesures appropriées de conservation.

<sup>722</sup> CHATILLON (S.), Droit des affaires internationales, coll. Gestion internationale, 2<sup>e</sup> éd., Vuibert, Paris, 2000, p. 213.

<sup>723</sup> ATOMINI (B.), article précité.

l'individualisme qui marquait la conception classique du contrat. Elle se justifie par la différence fondamentale qu'il y a entre la théorie des risques en droit civil et en droit international de la vente qui a inspiré le droit de la vente commerciale OHADA. Alors qu'en droit commun de la vente le transfert de la propriété et des risques se fait par le seul échange des consentements<sup>724</sup>, dans la CVIM, le transfert des risques est démarqué de la vente. Lorsque la vente n'implique pas un transport des marchandises, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la prise de livraison, ou à partir du moment où il aurait pu le faire s'il commet une contravention en ne prenant pas livraison<sup>725</sup>. La CVIM se rapproche ainsi du système allemand où le transfert de la propriété<sup>726</sup> est un acte indépendant de l'échange des consentements qui a donné naissance à la vente<sup>727</sup>. Pratiquement, le transfert des risques s'opère en droit allemand au moment où l'acheteur prend possession de la chose<sup>728</sup>.

**318.** Le devoir de collaboration retenue dans la vente commerciale consiste pour l'acheteur à faciliter l'exécution du contrat au vendeur<sup>729</sup>. Il y a à ce niveau une augmentation des obligations de l'acheteur qui ne pourra être déterminée avec précision que par le juge du contrat. C'est lui qui déterminera selon les circonstances, ce que le vendeur était en droit d'attendre de l'acheteur et qui aurait facilité la livraison. Le juge devient ainsi « *l'artisan de la justice contractuelle* »<sup>730</sup>, car son pouvoir d'intervention se trouve élargi.

---

<sup>724</sup> La vente est parfaite, et la propriété est acquise de plein droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'il y a accord sur la chose et le prix, même si le prix n'est pas encore payé et la chose non encore livrée (art. 1583 du code civ.). Parce que les risques sont transférés à l'acquéreur alors que la chose n'est pas encore livrée, le vendeur n'est plus tenu d'en assumer la conservation. Il revient à l'acquéreur de la chose, en tant que nouveau propriétaire, de préserver ses intérêts en s'assurant de sa conservation.

<sup>725</sup> Art. 69 paragraphe 1 CVIM

<sup>726</sup> Contrat de transfert de propriété par lequel la chose vendue est livrée à l'acheteur par le vendeur pour les biens meubles (art. 929 BGB).

<sup>727</sup> Contrat d'obligation par lequel le vendeur s'oblige à délivrer la chose vendue et l'acheteur à en payer le prix (art. 433 BGB).

<sup>728</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 218.

<sup>729</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n°441.

<sup>730</sup> CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 181.

**319.** On peut ensuite percevoir le souci d'imposer une exécution de bonne foi du contrat dans l'Acte uniforme OHADA relatif au contrat de transport des marchandises par route. Cet Acte uniforme dispose en effet que lorsque le transporteur reçoit en cours de transport les instructions et qu'il ne peut les exécuter, il doit en aviser immédiatement la personne dont émanent ces instructions (Art. 11 paragraphe 4 AUCTMR). L'article 12.5 de l'AUCTMR dispose que lorsque le transporteur décharge la marchandise, il en assume la garde et pourra alors postérieurement réclamer à l'ayant droit les frais de conservation ou d'entreposage de la marchandise. Dans le même ordre d'idées, obligation est faite au transporteur de prendre toutes les mesures qui lui apparaissent appropriées en cas de bris d'emballage en cours de transport<sup>731</sup>. Le transporteur doit être un partenaire contractuel actif. Il ne lui suffit plus de remplir les obligations contenues dans le contrat de transport ; il doit éviter de causer des pertes à son partenaire contractuel. La promptitude de sa réaction peut en effet permettre à celui qui donne des instructions de prendre des mesures appropriées pour éviter d'aggraver d'éventuels préjudices.

**320.** Ce souci est enfin perceptible en droit communautaire des assurances. Le code CIMA impose à l'assuré une obligation de déclaration des modifications du risque. En effet, l'engagement de l'assureur a été déterminé par la nature du risque et le montant de la prime est proportionnel à la nature exacte de ce risque. Il serait donc impérieux que l'assuré déclare toute modification du risque qui rend de ce fait inexactes ou caduques les déclarations faites lors de la conclusion du contrat. Cette déclaration doit être faite dans un délai de 15 jours à partir du moment où l'assuré en a eu connaissance<sup>732</sup>. Cette obligation n'est pas exigée en assurance sur la vie et en assurance maladie. Par conséquent, le souscripteur qui déclare son état de santé en ignorant sa séropositivité n'est pas tenu de le révéler à son assureur. Cependant, puisqu'il s'agit d'une fausse déclaration non intentionnelle, elle

---

<sup>731</sup> Article 7 paragraphe 3 AUCTMR.

<sup>732</sup> Art. 12 al. 2 du code CIMA.

donne lieu à une sanction<sup>733</sup>. En réalité, cette obligation de déclaration n'est exigée qu'en cas d'aggravation du risque susceptible d'augmenter la prime d'assurance ; mais, lorsqu'il y a une diminution du risque susceptible d'entraîner une modification de la prime, l'assuré n'a pas le droit d'exiger de l'assureur une diminution de la prime, il peut tout au plus, demander la résiliation du contrat d'assurance<sup>734</sup>.

**321.** Dans ces deux dernières hypothèses, le devoir de collaboration implique une obligation d'information distincte de l'obligation précontractuelle d'information. Chaque partie doit avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat. Cette information doit se faire dans les délais raisonnables. La cour d'appel de Paris considère en effet que, « *c'est avec une lenteur exclusive de bonne foi* » qu'une entreprise a fait part à son client d'une modification qu'elle entendait apporter au contrat en raison de l'indisponibilité de la chose qui faisait l'objet de son obligation, en l'occurrence un engin de transport affrété par le client<sup>735</sup>.

**322.** Le droit des contrats spéciaux ayant fait l'objet d'une réglementation communautaire épouse donc les évolutions jurisprudentielles qui ont dynamisé le droit français des contrats. Cependant, étant donné que l'efficacité d'une législation dépend en grande partie des sanctions qu'elle prévoit, il est à craindre que cette obligation somme toute nouvelle ne produise pas l'effet escompté puisque les sanctions restent incertaines.

## **2 – Des difficultés de détermination de la sanction du non respect de l'obligation de collaboration**

**323.** L'obligation de coopérer ayant été façonnée en droit français par la jurisprudence, la sanction généralement retenue est l'attribution des dommages intérêts au créancier de cette obligation. Mais la jurisprudence est

---

<sup>733</sup> Supra, n° 308.

<sup>734</sup> BOKALLI (V.-E.), op. cit., p. 437.

<sup>735</sup> Paris, 30 avril 1987, D. 1987, IR, 152.

allée plus loin au point d'obliger une partie à renégocier les modalités du contrat lorsque son exécution est devenue trop désavantageuse pour l'autre partie<sup>736</sup>. De même, le juge a prononcé la résiliation d'un contrat sur le fondement de la bonne foi dans une espèce où une personne s'était engagée à supporter certains frais tant que son cocontractant ne réalisait pas un certain chiffre d'affaires. La cour d'appel de Paris a jugé que le créancier ne pouvait au mépris de la bonne foi exiger le respect de cet engagement sur une trop longue durée, les parties ayant manifestement voulu que celui-ci fût limité à une durée raisonnable<sup>737</sup>. Quid du droit communautaire africain ?

Il faut dire qu'en l'absence d'une sanction prévue par les textes communautaires, la sanction à retenir semble être la condamnation à des dommages intérêts. Ceci est probable pour les contrats de transport et de vente commerciale, car l'obligation de coopérer exigée à une partie a pour objectif de faciliter l'exécution du contrat par l'autre. Or, l'obligation qui est faite à l'assuré de tenir l'assureur au courant des événements qui se produisent pendant l'exécution du contrat et qui sont de nature à aggraver le risque obéit à un autre souci.

A partir du moment où le risque à assurer s'est aggravé, l'engagement de l'assureur devient partiellement sans cause. En cas de survenance d'un sinistre, il ne saurait le couvrir totalement, car il ne s'était engagé qu'à couvrir une partie de ce risque. C'est pourquoi, on peut estimer qu'en cas d'une déclaration tardive survenue après la réalisation du sinistre, le risque aggravé ne peut être assuré. La même logique conduit à conclure à l'inassurabilité du risque aggravé en cas d'absence de déclaration<sup>738</sup>. En tout cas, c'est de cette manière que l'équilibre entre les prestations des parties peut être préservé. Le

---

<sup>736</sup> Cass.com., 3 nov. 1992, R.J.D.A., 1993, n°380, J.C.P., éd. G., 1993, II, 22164, note Virassamy, Rep. not., 1993, 1377, obs. Aubert., R.T.D.Civ., 1993, 124, obs. Mestre. V. infra, n° 502 et ss.

<sup>737</sup> Paris, 15 janv. 1993, D. 1993, IR, 155. 1 janv. 2000, R.J.D.A, 2000, n°1189 dans laquelle la cour d'appel approuve la résiliation d'un contrat d'édition en retenant que l'éditeur a reçu de ses filiales à l'étranger des sommes importantes en rémunération des prestations fictives, ayant eu pour effet, de minorer considérablement les redevances que l'auteur aurait dû percevoir ; que cela caractérise ainsi un manquement à l'éditeur de l'exécution de bonne foi du contrat.

<sup>738</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n°638.

devoir d'information qui pèse sur l'assuré est en effet destiné à rétablir le déséquilibre entre les prestations résultant de l'aggravation du risque. On peut cependant regretter que la même logique n'ait pas conduit les rédacteurs du code CIMA à prévoir une diminution de la prime au cas où le risque aurait diminué.

La sanction de l'obligation de collaboration doit dans tous les cas correspondre au but poursuivi par le législateur. La recherche de la survie du contrat manifestée à plusieurs égards dans le droit de la vente commerciale OHADA s'oppose en tout état de cause à ce qu'on puisse envisager la résolution du contrat pour un manquement à cette obligation. N'empêche que les juges doivent être vigilants dans sa mise en œuvre. Cette vigilance doit également présider la mise en œuvre de l'obligation de minimiser le dommage.

## B – L'OBLIGATION DE MINIMISER LE PREJUDICE

**324.** Si les partisans inconditionnels du dogme de l'autonomie de la volonté ont tout de même admis en tout temps que le droit objectif poursuit des finalités supérieures, tels l'utile et le juste<sup>739</sup>, l'éclairage nouveau qui en résulte conduit, selon Mme Catherine Thibierge-Guelfucci, à un principe de force obligatoire non pas absolu, recherché comme une fin en soi, mais comme un moyen au service de l'utilité et de la justice contractuelle<sup>740</sup>. C'est l'idée de cette justice contractuelle qui a certainement guidé les rédacteurs des textes communautaires applicables dans la CEMAC à imposer aux contractants une obligation de minimiser le préjudice. Cette obligation est contenue notamment dans l'AUDCG dans son article 266 qui dispose *in extenso* que «*la partie qui invoque un manquement essentiel au contrat doit*

---

<sup>739</sup> Portalis disait dans son discours préliminaire à la présentation du code civil devant l'assemblée que « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* ». V. GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats » D.1982, chron.1-10 ; DIENER (P.), « Ethique et droit des affaires », D. 1993, chron. p. 17 à 19 ; GUELFUCCI THIBIERGE (C.) « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., 1997, p. 367.

<sup>740</sup> Loc.cit.



*prendre toutes les mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour limiter sa propre perte, y compris le gain manqué, résultant de ce manquement* ». Pourtant cette notion n'a pas encore acquis dans le droit de la famille romano-germanique à laquelle appartient les Etats membres de l'OHADA, l'ampleur qu'elle connaît dans le droit anglo-américain<sup>741</sup>. Il serait dès lors intéressant de s'attarder d'abord sur les fondements de cette obligation encore appelée obligation de modérer le dommage (1), ensuite de rechercher les hypothèses consacrées par le droit communautaire (2) et enfin d'étudier les sanctions de son inobservation (3).

### **1 – Une obligation fondée sur la fonction économique des contrats**

325. L'obligation de modérer le dommage est née dans les pays de tradition *common law* au temps où le calcul des dommages-intérêts était une question de fait appartenant au seul jury. Elle a été parfaite avec la modernisation des règles relatives à la vente des marchandises lorsqu'une obligation de remplacement a été expressément stipulée<sup>742</sup>. Il en résulte que le montant des dommages-intérêts en cas d'inexécution de la vente correspondra à la différence entre le prix du contrat et le prix du marché au moment de l'inexécution, soit, pour le vendeur, le prix du marché moins le prix du contrat<sup>743</sup>. L'obligation de modérer le dommage a une fonction utilitariste. C'est en effet dans l'intérêt du marché que le créancier est incité à remplacer le bien dans les meilleures conditions, diminuant au bénéfice de tous, le coût de la défaillance dans les échanges<sup>744</sup>. Au-delà de la diminution

---

<sup>741</sup> HANOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI, n°4, 1987, p. 397 ; JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P.A., n° spécial, 20 novembre 2002, n°232, pp. 8 à 16.

<sup>742</sup> V. Sale of good act, 1979 en Angleterre dans ses articles 50 et 51 ; UCC aux Etats-Unis en sa disposition 2-701 (1).

<sup>743</sup> MUIR-WATT (H.), « La modération des dommages en droit anglo-américain », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », op. cit., p. 45.

<sup>744</sup> MUIR-WATT (H.), op. cit., p. 48.

des dommages-intérêts que doit verser le débiteur, c'est le marché dans son ensemble qui est protégé.

Le droit français interne ignore le concept de *mitigation of damage*<sup>745</sup>. L'affirmation d'une obligation de modérer le dommage y est pourtant ancienne. En 1745, Domat s'interrogeait sur le problème de l'étendue de la responsabilité de l'auteur du dommage<sup>746</sup>. De même, Pothier cite dans son ouvrage intitulé *Traité des obligations* paru en 1761 des exemples dans lesquels l'obligation de modérer le dommage apparaît clairement<sup>747</sup>. Ce principe bien que sous-jacent avant le code civil ne sera pas repris par ses rédacteurs. Et la jurisprudence de la Cour de cassation française reste hostile à son admission et se réserve à faire appel à l'article 1134 al.3 du code civil pour sanctionner une abstention du créancier<sup>748</sup>. Elle apparaît cependant en filigrane sans être expressément nommée dans certaines décisions des juridictions de fond<sup>749</sup>. Sa véritable consécration est donc venue des

---

<sup>745</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 733 bis ; PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Dommages et intérêts », in *Principes du droit européen du contrat, regards croisés avec le droit français, Droit et Patrimoine*, n° 114, avril 2003, pp. 79 à 88. V. cependant, LAUDE (A.), « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », in *Actes de colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? »*, op. cit., p. 55. D'après cet auteur, l'obligation de modérer le dommage se trouverait en filigrane à l'article 1760 du code civil aux termes duquel « *en cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation sans préjudice des dommages intérêts qui ont pu résulter de l'abus* ». Cet article appelle le locataire à plus de diligence, mais le principe de modération du dommage n'y est nullement exprimé.

<sup>746</sup> In *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Rollin, cité par HANOTIAU (B.), op. cit., p. 398.

<sup>747</sup> « *J'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par laquelle je me suis obligé de lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéficiaire, et à temps pour gagner ses gros fruits. Si dans ce cas, j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je serai tenu même des dommages intrinsèquement résultant de la perte qu'il a faite de ses gros fruits* ». t. III, paragraphe 162.

<sup>748</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003, D. 2003, jur., p. 2326, note crit., J.-P. Chazal. Deux arrêts dans lesquels la Cour de cassation déclare au visa de l'article 1382 du code civil, que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables* » et que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »

<sup>749</sup> CA Paris, 7 janv. 1924, D.1924, II, p. 143 (dans laquelle, la cour de Paris a pu juger « *qu'il n'est pas loisible au créancier d'une prestation accomplie de façon défectueuse de laisser s'accroître le préjudice et s'accumuler les dommages-intérêts éventuels, sans réclamation formelle ni sommation d'avoir à faire cesser le vice de fourniture dans un bref délai* ») et CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307, note Ch. André, R.T.D.Civ., 2002, p. 296, obs. J. Mestre et B. Fages (dans cet autre arrêt, après avoir rappelé, de façon classique, que le préjudice tient au caractère brutal de la rupture et non à la rupture elle-même, la cour relève que la société PBC avait consenti à la subordination économique car elle avait également intérêt à cette subordination. En effet, « *la société PBC ne pouvait ne pas être consciente des*

conventions internationales notamment de la convention de la Haye portant Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (LUVI) du 1<sup>er</sup> juillet 1964 d'une part, et de la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur le contrat de vente internationale des marchandises d'autre part<sup>750</sup>. Cette Convention dispose dans son article 77 que « *la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée* ».

Une règle identique peut être observée dans les Principes relatifs aux contrats du commerce international, dits « *Principes d'UNIDROIT* », dont l'article 7.4.8 précise que « *le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables* » et que « *le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* »<sup>751</sup>. La Commission sur le droit européen du contrat a également repris cette sanction de l'obligation qui figure à l'article 9.505 des Principes européens du droit des contrats. Le droit OHADA a intégré ce principe de droit international d'abord dans le droit de la vente commerciale et plus récemment dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats<sup>752</sup>.

L'obligation de minimiser le préjudice ou de modérer le dommage ou encore « *mitigation of damages* » selon la terminologie anglaise, est

---

*risques qu'elle encourait du chef d'une telle dépendance. Ne pouvant - et ne devant - escompter une perpétuation des relations avec la société Auchan, les dirigeants de la société PBC auraient dû concevoir une solution de remplacement [...]. En agissant comme ils ont fait, les dirigeants de la société PBC ont délibérément accepté un risque. La cour ne peut ne pas tenir compte de cette acceptation du risque dans l'indemnisation du préjudice économique subi par la société PBC. [...] La part de ce risque est évaluée à 25 % »).*

<sup>750</sup> CARBO (M.), « Le droit positif de la vente internationale », P. A., n° 30 du 11 février 1999. Il faut noter que ce principe a été intégré dans certains pays de tradition juridique romano-germanique. Voir entre autres l'article 254 du code civil allemand (BGB), l'article 44 (1) du code civil suisse des obligations qui consacre l'obligation de modérer le dommage en matière de responsabilité délictuelle, laquelle a été étendue à la responsabilité contractuelle par l'article 99 du même code.

<sup>751</sup> Cette formulation a d'ailleurs servi de base pour le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, v. infra, n° 693.

<sup>752</sup> Art. 7/26 : « 1) *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.*  
2) *Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* ».

l'obligation qui est faite à celui qui invoque l'inexécution du contrat par l'autre partie, de prendre des mesures nécessaires pour atténuer le dommage qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le concept de *mitigation of damages* ne correspond pas à celui de la faute du créancier<sup>753</sup>. La survenance du dommage est indépendante de son comportement et pour cela, il doit avoir une réparation intégrale. Ce qui lui est reproché une fois le dommage survenu, c'est de n'avoir rien fait pour limiter ses propres pertes. Autrement dit, il n'a pas tenu compte des intérêts du débiteur en laissant gonfler le montant du dommage à réparer<sup>754</sup>.

A partir moment où le créancier a pris connaissance de la défaillance du débiteur, il aurait dû prendre des mesures pour éviter d'aggraver le préjudice. Au-delà de la diminution des dommages-intérêts que doit verser le débiteur, c'est le marché dans son ensemble qui est protégé. L'obligation de concevoir une solution de remplacement est de nature à réduire le coût global de la responsabilité : un coût trop élevé constituerait une entrave importante à l'investissement et au volume des échanges commerciaux<sup>755</sup>. L'obligation de modérer le dommage n'est donc pas instituée pour protéger seulement les intérêts des particuliers, mais un intérêt général car elle permet d'éviter tout gaspillage.

---

<sup>753</sup> Le concept de « *mitigation of damage* » se distingue ainsi d'une autre institution ancienne de droit anglais qu'est la « *contributory negligence* » littéralement, concours de fautes (infra, n° 700 et ss.). Ce dernier concept s'attache au comportement du créancier avant la réalisation du dommage. Concrètement, le créancier qui invoque un préjudice résultant d'une inexécution ne peut recevoir une réparation, s'il a contribué par abstention ou par omission à l'inexécution (Voir notamment, PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Dommages et intérêts », op. cit., p. 80). C'est donc un principe qui prend en contre-pied la plus part des règles gouvernant l'inexécution en matière contractuelle en l'occurrence, l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale ou même le droit de rétention.

<sup>754</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 733 bis.

<sup>755</sup> ANDRE (Ch.), « L'obligation de modérer le dommage en droit interne », note sous, Cour d'appel de Douai le 15 mars 2001, D. 2002, Jurisp. p. 307.

## 2 – Une obligation consacrée en droit de la vente commerciale OHADA

326. Suivant le principe posé par l'article 1149 du code civil<sup>756</sup>, l'article 264 de l'AUDCG dispose que la partie qui entend obtenir des dommages intérêts devra établir qu'elle a subi un dommage et que ce dommage est la conséquence du manquement allégué. Le dommage réparable est donc en principe constitué par la perte subie et le gain manqué par le créancier de l'obligation<sup>757</sup>. La réparation du dommage doit donc être intégrale et le juge n'a pas à moduler le dommage pour quelques raisons que ce soit. Le gain manqué peut être défini comme l'ensemble des avantages pécuniaires que le créancier de l'obligation était en droit d'escompter et qui ne se réaliseront pas consécutivement au comportement du débiteur<sup>758</sup>.

327. Toutefois, l'article 266 de l'AUDCG apporte un tempérament à cette règle classique. Il dispose que la partie qui invoque un manquement essentiel au contrat, doit prendre toutes les mesures « *raisonnables* » eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, y compris le gain manqué résultant de ce manquement. Si elle néglige de le faire, la partie défaillante peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée. C'est la consécration par le droit communautaire de la vente commerciale du principe de modération des dommages tel que régi par l'article 77 de la CVIM. Chaque partie doit prendre les mesures nécessaires afin de minimiser les pertes de l'autre partie ou plus exactement ses propres pertes<sup>759</sup> et ne peut réclamer la réparation du dommage qu'elle aurait pu empêcher ou atténuer<sup>760</sup>. Il incombe dorénavant au juge de rechercher si le dommage dont il doit tenir compte pour l'allocation des dommages-intérêts avait été ou pouvait être prévu.

---

<sup>756</sup> « *Les dommages intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...* »

<sup>757</sup> PEDRO SANTOS (A.) et YADO TOE (J.), OHADA, Droit commercial général, coll. Droit Uniforme Africain, Bruyant, Bruxelles, 2002, n°673.

<sup>758</sup> Ibid.

<sup>759</sup> WITZ (C.), « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : L'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », op. cit., n° 232, p. 46.

<sup>760</sup> NGUEBOU (J.), Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, PUA, 1998, p. 80.

**328.** L'obligation de rechercher un contrat de remplacement constitue le corollaire le plus courant de l'obligation de modérer le dommage. Le droit civil des contrats connaît pourtant la faculté de remplacement en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties. L'article 1144 du code civil dispose que le créancier peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. Le remplacement constitue alors une modalité possible de l'exécution forcée, subordonnée toutefois à une autorisation judiciaire<sup>761</sup>. Dans les ventes commerciales portant sur des choses de genre, si le vendeur manque à son obligation de délivrance, l'acheteur peut effectuer un achat de remplacement sans recourir au préalable à cette procédure judiciaire. Le remplacement commercial constitue ainsi une adaptation de l'article 1144 du code civil aux besoins du commerce, avec une dispense presque totale de formalisme<sup>762</sup>.

**329.** L'Acte uniforme sur le droit commercial y accorde une importance particulière. L'option de remplacement n'est plus une simple faculté comme c'est le cas en droit civil<sup>763</sup>. Il s'agit d'une véritable obligation dans la mesure où son non respect est juridiquement sanctionné.

L'AUDCG va même plus loin qu'une simple faculté de remplacement. Il rend bilatérale l'obligation pour les parties de prendre des mesures pour empêcher le dommage, ou tout au moins pour éviter que le préjudice ne prenne des proportions qu'il n'aurait pas atteint si le cocontractant victime avait fait son possible pour en cantonner l'étendue<sup>764</sup>. C'est donc une

---

<sup>761</sup> ANDRE (Ch.), « L'obligation de modérer le dommage en droit interne », op. cit., p. 307.

<sup>762</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial, sous la dir. de J. Hamel, Dalloz, 1951, p. 221 s. ; MERCADAL (B.), Droit des affaires, Mémento Lefebvre, 1999, n° 8096 s. ; ALTER (M.), J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 310, n° 132 s. ; PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D. 2000, Chron., p. 243 .

<sup>763</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), op. cit., p. 187 s. ; VINEY (G.), La responsabilité : effets, LGDJ, 1988, n° 18 s., p. 25 ; BENABENT (A.), Les obligations, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, n° 865, p. 519 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Obligations, t. 2, Contrat, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1995, n° 1424 s., p. 588 s. ; GAUTIER (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », R.T.D. Civ., 1995, p. 820 et ss.

<sup>764</sup> NGUEBOU (J.), op. cit., p. 81.

invitation à une collaboration totale ou plutôt à une parfaite loyauté dans l'exécution du contrat<sup>765</sup>. L'AUDCG donne d'ailleurs des exemples des mesures qui peuvent être prises par l'acheteur ou par le vendeur pour limiter l'aggravation du dommage. Ces mesures sont contenues dans les articles 243 et 244 qui invitent l'une ou l'autre partie qui serait en possession de la marchandise à prendre des mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation même s'il n'en est plus légalement le gardien.

**330.** L'obligation de modérer le dommage est perçue par une partie de la doctrine française comme une atteinte à la règle de réparation intégrale du préjudice subi<sup>766</sup>. Celle-ci impose l'évaluation des dommages intérêts au jour du jugement, la considération de la faute du débiteur pesant considérablement sur le droit acquis du créancier à la passivité et, finalement à la réparation du dommage aggravé<sup>767</sup>. C'est peut-être vrai qu'il y a une inversion des rôles dans la mise en œuvre de l'obligation de modérer le dommage. Le débiteur principal devient le créancier à la passivité et doit obtenir la réparation du dommage aggravé en ce sens qu'il obtiendra une réduction du préjudice effectivement subi. Inversement, le créancier principal devient le débiteur du dommage aggravé et doit alors payer ce dommage. Mais, force est de constater que c'est une manière efficace de dépassionner le contentieux de l'inexécution et de limiter ses effets entre le jour où le créancier a pris connaissance de l'inexécution et celui où le juge statuera ; ce qui n'exclut pas que le créancier puisse obtenir les intérêts sur la somme qui lui est due<sup>768</sup>. Le créancier doit donc exécuter le contrat de bonne foi<sup>769</sup>.

**331.** Il ressort de ce qui précède que les contrats spéciaux régis par les textes communautaires devraient se conclure et s'exécuter avec loyauté. Le

---

<sup>765</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 618.

<sup>766</sup> « *La victime était dans son droit en attendant que le responsable exécute son obligation* » (MAZEAUD (L.), « L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance, J.C.P., 1942, I, 275.

<sup>767</sup> MUIR-WATT (H.), op. cit., p. 46.

<sup>768</sup> Ibid.

<sup>769</sup> CARBO (M.), « Le droit positif de la vente internationale », P.A., n° 30 du 11 février 1999, n° 33.

respect de l'intérêt de l'autre partie doit être présent dans l'esprit de chacune des parties au contrat. Avec ces exigences, on n'est pas loin du solidarisme contractuel tant prôné par une partie de la doctrine contemporaine<sup>770</sup>. Ces auteurs prônent une intervention de plus en plus poussée du juge dans les relations contractuelles. Il devrait veiller non seulement à ce que le contrat soit respecté en sa totalité, mais surtout veiller à ce qu'un équilibre minimal soit présent à chaque phase du contrat. Ce qui peut aller jusqu'à lui permettre d'augmenter les obligations d'une partie.

## SECTION II

### L'AUGMENTATION DES PREROGATIVES D'UNE PARTIE AU CONTRAT : L'HUMANISATION DU DROIT DES CONTRATS

**332.** Le droit communautaire n'est pas resté insensible face aux difficultés qui peuvent survenir lors de l'exécution du contrat. Lorsque les difficultés sont simplement momentanées, le juge est autorisé à donner un délai supplémentaire au débiteur pour qu'il puisse s'exécuter : c'est le délai de grâce. Le droit communautaire l'a profondément révisé par rapport aux dispositions de l'article 1244 du code civil tel que révisé par la loi du 20 août 1936<sup>771</sup>.

**333.** Lorsque les difficultés sont relatives aux clauses du contrat devenues caduques, ou devenues déséquilibrées, encore que ce déséquilibre n'eut existé déjà au moment de la formation du contrat, le juge est admis

---

<sup>770</sup> V. notamment JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », *Etudes J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 441 et ss ; THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.Civ.*, 1997, pp. 357-385 ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Etudes F. TERRE*, 1998, pp. 604-634. V. cependant, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, 9<sup>e</sup> éd., n°42. « Le solidarisme contractuel : Un mythe », in *Actes du colloque organisé à La Rochelle sur le thème : Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité les 3 et 4 mai 2002.*

<sup>771</sup> C'est dans cette rédaction que l'article 1244 était applicable au Cameroun ; les modifications intervenues après les indépendances en France n'étant pas transposables en droit camerounais.



dans nombre de cas à réadapter le contrat au nouveau contexte en modifiant certaines stipulations contractuelles. Il est question dans toutes ces hypothèses de faire prévaloir la survie du contrat par rapport à son anéantissement. Ainsi, les différents textes communautaires attribuent au juge le droit de s'immiscer dans la relation contractuelle pour modifier les clauses contractuelles devenues inadaptées au contexte de l'exécution, soit en prolongeant les délais d'exécution (paragraphe 1), soit en restaurant l'équilibre rompu (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Le délai de grâce**

334. Le délai de grâce est fondé sur une idée d'humanisation des rapports contractuels (A). Il est régi par l'Acte uniforme OHADA portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (B), mais n'est pas destiné à apporter une protection illimitée au débiteur (C).

### **A – LES FONDEMENTS DU DELAI DE GRACE**

335. L'exécution du contrat obéit à deux règles : elle doit être intégrale et ponctuelle. Le débiteur doit payer sa dette intégralement<sup>772</sup> et à l'époque convenue au contrat<sup>773</sup>. Cependant, ce double principe ne peut être appliqué avec un excès de vigueur, tant il est vrai, que les règles de droit sont faites par les hommes et pour les hommes. Dans chaque situation juridique, il est toujours loyal de faire recours au bon sens et ne pas punir parce qu'il faut punir. Ainsi, au créancier victime, il faut opposer « *le débiteur victime lui aussi*

---

<sup>772</sup> Le paiement doit porter sur la totalité de la dette même si la dette est divisible à moins que le créancier n'accepte les paiements partiels (article 1244 al.1 C.civ.).

<sup>773</sup> Lorsqu'il s'agit d'une obligation d'origine contractuelle, l'exécution doit en principe être immédiate. Mais si la dette est à échéance différée, elle ne devient exigible qu'à l'arrivée du terme prévu. Par contre, l'exécution d'une obligation extra-contractuelle peut être réclamée une fois le jugement de condamnation passé en force de chose jugée (voir BOULAY (Ch.), « Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance », R.T.D.Com., 1990, p. 339).

*des circonstances dans lesquels le retard intervient et méritant à ce titre d'être écouté, compris, voire pardonné »<sup>774</sup>.*

336. Le code civil bien que jaloux du principe de l'autonomie de la volonté, donc de la force obligatoire du contrat, avait déjà prévu à l'article 1244 al.2 que dans certaines circonstances, le juge pouvait différer le paiement. Ce texte disposait *in extenso* que « *les juges peuvent, néanmoins, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état* ». Mais, à la lecture de cette disposition, on peut noter que le législateur napoléonien se méfiait de cette immixtion du juge dans l'exécution des contrats en particulier et des obligations en général, aussi, il ne pouvait accorder que des « *délais modérés* » et avec « *une grande réserve* ». Cette disposition a été modifiée par la loi du 20 août 1936 qui accordait plus de pouvoir au juge, car celui-ci pouvait désormais user de ce pouvoir avec un peu plus de liberté d'action<sup>775</sup>.

337. Le droit uniforme OHADA apporte quelques modifications au régime juridique du délai de grâce. L'article 39 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) institue un régime juridique général du délai de grâce qui est applicable aussi bien pour les obligations civiles que commerciales<sup>776</sup>. En effet, le législateur communautaire OHADA a délibérément choisi de réglementer le délai de grâce dans l'AUPSRVE. Or, cet acte régit toutes les

---

<sup>774</sup> CATHELINEAU (A.), « Le retard en droit civil », P.A., n°103, du 28 août 1998 et n°104, du 31 août 1998, 2<sup>e</sup> partie.

<sup>775</sup> L'alinéa 2 était ainsi rédigé : « *les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état* ». SERIAUX (A.), « Réflexions sur les délais de grâce », R.T.D.Civ., 1993, p. 789.

<sup>776</sup> Art. 39 AUPSRVE : « *Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.*

*Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette ».*

procédures d'exécution des dettes civiles qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle<sup>777</sup>.

**338.** Le délai de grâce peut en effet apparaître comme un aménagement judiciaire du contrat, destiné à parer à son anéantissement. En outre, il est soutenu que le délai de grâce est un moyen d'humaniser la relation contractuelle ; car il est des situations où le retard ne peut être imputable au débiteur<sup>778</sup>. Quand bien même le retard lui serait imputable, il peut afficher une volonté de payer sa dette. C'est pourquoi, la bonne foi de ce dernier est capitale dans l'octroi du délai de grâce<sup>779</sup>. Le délai de grâce est ainsi destiné à accorder une seconde chance au débiteur malheureux de bonne foi.

**339.** Il permet d'éviter la rupture de la relation contractuelle pour inexécution<sup>780</sup> et donne une chance à l'exécution en nature qui, dit-on, est toujours préférable par rapport à l'exécution en équivalent c'est-à-dire par les dommages intérêts<sup>781</sup>. Cependant, cette socialisation du droit des contrats, cet effort de comprendre le débiteur ne rythme pas toujours avec les intérêts du créancier. En fait, si celui-ci a fait des engagements en comptant sur les paiements à terme de son débiteur, le délai de grâce peut conduire à des situations bien désagréables. C'est la raison pour laquelle, l'article 39 de l'AUPSRVE demande au juge de tenir compte non seulement de la situation du débiteur, mais aussi des intérêts du créancier. Mais, le texte n'est pas clair sur ce dernier point. L'imprécision du texte sur les besoins du créancier laisse le lecteur perplexe quant à la probabilité de cette prise en compte des intérêts du créancier. Cependant, le régime juridique du délai de grâce régi par le droit

---

<sup>777</sup> Il a cependant été jugé sous l'empire de la loi de 1936 que l'article 1244 du code civil ne pouvait recevoir application quand la dette trouve sa cause dans un délit pour lequel le débiteur a été condamné par la juridiction répressive (Paris, 16 nov. 1955, Gaz. Pal., 1956, II, 30).

<sup>778</sup> CATHELIN (A.), op. cit., 2<sup>e</sup> partie.

<sup>779</sup> L'article 39 de l'AURSVE tout comme l'article 1244 al. 2 du code civil applicable en France (article 83 de la loi française du 9 juillet 1991), n'exige pas expressément la bonne foi du débiteur, mais il va de soi que l'examen de sa situation implique une recherche de son comportement et des raisons pour lesquelles il n'arrive pas à s'exécuter. De là donc, résulterait sa bonne foi ou sa mauvaise foi (voir CATHELIN (A.), op. cit., 2<sup>e</sup> partie).

<sup>780</sup> MBA OWONO (Ch.), La suspension des obligations contractuelles, Thèse, Nancy, 1993, p. 77 et ss.

<sup>781</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 716.

OHADA laisse présager un souci de ne pas éterniser la suspension des obligations contractuelles, car le délai que le juge est autorisé à accorder est assez court.

## B – LE REGIME JURIDIQUE DU DELAI DE GRACE

340. Le délai de grâce peut être accordé à tout débiteur impécunieux qui présente les garanties de paiement dans un délai raisonnable. Ce qui n'est pas le cas lorsque le débiteur prétend faire face à d'énormes difficultés financières. C'est en tout cas ce que décide la cour d'appel de Libreville, alors que le débiteur soutenait être incapable à faire face immédiatement à son passif, ladite juridiction a rappelé que « *le délai de grâce n'est accordé qu'au débiteur de bonne foi et qui fait des offres conséquentes de paiement* »<sup>782</sup>. C'est dire que le délai de grâce ne saurait être accordé au mépris des intérêts du créancier. L'article 39 al.2 de l'AUPSRVE demande au juge de prendre en considération la situation du débiteur et la réponse peut être subordonnée à l'accomplissement par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette (art.39 al.3)<sup>783</sup>. Le délai de grâce doit être demandé par le débiteur soit par une demande principale, soit, par une demande incidente en première instance et même pour la première fois en appel<sup>784</sup>.

341. L'article 39 de l'AUPSRVE comme c'est du reste le cas en France exclut les dettes alimentaires et les dettes cambiales. Mais que doit-on entendre par « *dettes d'aliments* » ? Traditionnellement, les dettes alimentaires sont les salaires. Toutefois, la question peut se poser de savoir si les indemnités de licenciement peuvent être considérées comme des dettes alimentaires. Il s'agit en effet des fonds qui permettent au bénéficiaire de subvenir à ses besoins et peut-être même à retrouver un emploi ou à s'auto

---

<sup>782</sup> CA de Libreville, A. du 11 févr. 2005, n° 100/04/05, aff. Le Mango's c/ Prix Import, inédit.

<sup>783</sup> Les juges du fonds disposent en la matière d'un pouvoir souverain pour apprécier l'opportunité des délais de grâce (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 1970, J.C.P., 1970, IV, 204, Bull. civ., II, n° 201, p.153).

<sup>784</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2004, Bull. civ., I, n° 187.

employer. Malgré leur utilité, la jurisprudence sociale française admet que le délai de grâce peut être accordé aux indemnités de licenciements<sup>785</sup>.

En ce qui concerne les dettes cambiales, la règle avait déjà été posée par l'article 511-81 du code de commerce qui l'applique à tout délai légal ou judiciaire<sup>786</sup>. Elle marque la rigueur de l'exécution dans le droit du change et dans les chèques<sup>787</sup> et est conforme à la convention de Genève du 7 juin 1930<sup>788</sup>. Cette convention a entendu écarter l'application, dans le domaine des lettres de change, des dispositions des lois nationales qui accordent de façon générale des délais de grâce.

**342.** Le délai de grâce peut être octroyé pour une période n'excédant pas un an non renouvelable. Il peut s'agir d'un report pur et simple de la dette, ou d'un échelonnement de la dette dans l'intervalle de cette période. Le délai d'un an retenu par l'AUPSRVE a été jugé insuffisant par ses commentateurs notamment s'il s'agit d'une dette d'un montant élevé<sup>789</sup>. Une étude comparée avec le droit français permet de constater que les dispositions du nouvel article 1244-1 du code civil sont plus protectrices des droits du débiteur car la dette devenue exigible peut être reportée ou échelonnée pour une durée de deux ans. Mais, cet écart dans la durée du délai de grâce ne doit pas avoir trop d'incidence sur les droits du débiteur. En effet, il faut noter que le délai d'un an court non à partir de la date d'exigibilité de l'obligation, mais à partir du jour de la décision judiciaire et sans attendre sa signification<sup>790</sup>. Ce qui fait que de l'échéance du terme jusqu'à la décision judiciaire, le débiteur peut avoir eu plus de temps que la loi ne le prévoit<sup>791</sup>. En outre, le juge peut baisser le montant final de la dette en décidant que les

---

<sup>785</sup> Cass. soc., 18 nov. 1992, Bull. civ., V, n°555, J.C.P., 1993, IV, 247, R.T.D.Civ., 1993, 611, obs. Gautier, D. 1993, IR, p.10.

<sup>786</sup> Voir, Cass. com., 27 nov. 1961, Banque, 1962, 120, Gaz. Pal., 1962, I, 239 ; 14 juin 1971, J.C.P., 1973, II, 17310, note Groslière.

<sup>787</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2068.

<sup>788</sup> Convention portant règlement uniforme du droit de la lettre de change.

<sup>789</sup> ASSI-ESSO (A.-M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 730.

<sup>790</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 fév. 2004, Bull. civ., II, n° 56. V. BENABENT (A.), op. cit., n° 304.

<sup>791</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 18 déc. 1991, Bull. civ., III, n°327.

paiements partiels s'imputeront d'abord sur le capital ; ce qui réduit les intérêts de la dette. En même temps, il ne peut réduire le taux d'intérêt stipulé dans le contrat<sup>792</sup>. Le régime juridique du délai de grâce institué dans le but de protéger le débiteur indigent n'institue cependant pas un droit de ne pas payer ses dettes à l'époque convenue<sup>793</sup>. Plusieurs faits limitent cette possibilité pour que le délai de grâce garde son caractère exceptionnel.

## C - LES LIMITES DU DELAI DE GRACE DANS LA PROTECTION DU DEBITEUR

**343.** La suspension de l'exécution des obligations contractuelles peut être l'effet d'un accord entre les parties. A l'échéance, le débiteur peut demander et obtenir du créancier de reporter l'exécution à une date ultérieure. L'Acte uniforme portant droit commercial général prévoit d'ailleurs une telle possibilité dans le contrat de vente commerciale à l'article 251<sup>794</sup>. Aux termes de cet article, l'acheteur peut impartir au vendeur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations. Cependant, ce délai ne constitue pas une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat, car il est volontaire<sup>795</sup>. Ce délai supplémentaire d'exécution est d'ailleurs prévu par l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit

---

<sup>792</sup> Pour le fixer au taux légal.

<sup>793</sup> Ce qui n'est pas le cas en France où le principe de paiement de sa dette à l'échéance connaît de plus en plus de limites avec l'adoption des textes particuliers en faveur des débiteurs surendettés. Les procédures collectives d'apurement du passif qui constituaient à l'origine des procédures destinées à sanctionner le débiteur impécunieux ont été assouplies en faveur de ce dernier et étendues à plusieurs catégories de débiteur. C'est pourquoi certains auteurs n'hésitent pas à parler de la consécration du « *droit de ne pas payer ses dettes* » (voir RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », DH, 1936, p. 57 et ss., GROUDEL (H.), « Le droit de ne pas payer ses dettes, Responsabilité civile et assurance », D. 1995, chron. n° 45, ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer sa dette ? », in Dossier : Regards sur les contractants, Droit et Patrimoine, 1998, pp. 88 à 98.

<sup>794</sup> « *L'acheteur peut impartir au vendeur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations.*

*A moins qu'il n'ait reçu du vendeur une notification l'informant que celui-ci n'exécuterait pas ses obligations dans le délai ainsi impartit, l'acheteur ne peut, avant l'expiration de ce délai, se prévaloir d'aucun des moyens dont il dispose en cas de manquement au contrat.*

*Toutefois, l'acheteur ne perd pas de ce fait le droit de demander des dommages et intérêts pour le retard dans l'exécution »*

<sup>795</sup> ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer sa dette ? », op. cit., p. 90.

des contrats<sup>796</sup>. Il s'agit là, d'une prorogation conventionnelle du contrat. Par contre, le délai de grâce institué à l'article 39 de l'AUPSRVE constitue un assouplissement de ce principe dans la mesure où, il est imposé à une partie au contrat et toute clause interdisant une partie au contrat de s'en prévaloir est nulle<sup>797</sup>.

344. Cependant, les parties peuvent contourner cette exigence légale en insérant dans le contrat une clause de résolution de plein droit. La clause de résolution de plein droit, permet au créancier de mettre un terme à la relation contractuelle en dehors d'une instance judiciaire<sup>798</sup>. Le juge pourra intervenir ultérieurement si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Mais, l'intervention du juge se fait *a posteriori*, et a pour but de contrôler la régularité de cette résolution. Par conséquent, le juge ne saurait paralyser une résolution régulière, même non achevée, qu'il ne peut que constater, à moins qu'il ne dispose en la matière d'une autorisation spéciale<sup>799</sup>. Le délai de grâce légal ne peut donc être d'aucun secours au débiteur si celui-ci a consenti une clause résolutoire de plein droit. Cela se comprend. Bien que le délai de grâce soit d'ordre public et ne puisse être aménagé contractuellement, l'article 39 de l'AUPSRVE à l'instar de l'article 1244 du code civil vise uniquement les actions en exécution forcée et non les actions en résolution. Il est donc impossible pour le juge de remettre en cause l'action en résolution en se retranchant derrière le caractère d'ordre public de l'article 39 de l'AUPSRVE<sup>800</sup>.

---

<sup>796</sup> Infra, n° 623 et ss.

<sup>797</sup> L'article 39 n'insiste pas sur le caractère d'ordre public du délai de grâce comme l'article 1244 al.3 du code civil applicable en France. Mais on peut se référer à la jurisprudence antérieure qui se basait sur l'ancien article 1244 du code civil pour affirmer le caractère d'ordre public du délai de grâce.

<sup>798</sup> La clause résolutoire ne peut être invoquée que par le créancier de l'obligation inexécutée (cf. Cass. com., 3 juin 1997, R.J.D.A., 1997, n° 1314). Le débiteur ne peut l'invoquer pour échapper à l'exécution de son obligation car on ne peut se prévaloir de l'inexécution de sa propre obligation pour échapper à la loi du contrat (LARROUMET (Ch.), op.cit., n° 716).

<sup>799</sup> Voir, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 juin 1986, R.T.D.Civ., 1987, obs. Mestre ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 avril 1989, J.C.P., 1989, IV, 239 ; Paris 13 mars 1996, D. 1996, IR, 107 ; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 19 mai 1999, R.J.D.A., n°765.

<sup>800</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in Dossier : Le contrat, Question d'actualité, P.A., n° 90 du 05 mai 2000.

345. On peut même considérer que la réforme du délai de grâce par l'article 39 de l'AUPSRVE marque plutôt un raffermissement de la force obligatoire du contrat dans la mesure où cet article invite non seulement le juge à tenir compte de la situation du débiteur, mais aussi des besoins du créancier. En outre, il précise expressément que le juge peut subordonner les mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement.

Ce qui rejoint l'idée selon laquelle le délai de grâce reste une mesure spéciale qui ne doit être accordée que dans des circonstances exceptionnelles, et ne saurait devenir un recours dilatoire pour le débiteur<sup>801</sup>. Certains auteurs se réservent d'ailleurs à considérer la faculté offerte au juge comme une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat<sup>802</sup>. Il s'agit juste d'un aménagement de l'exécution du contrat qui permet d'éviter que le débiteur malheureux de bonne foi ne subisse contre son gré les conséquences d'une inexécution qu'il ne pouvait éviter. Qu'à cela ne tienne, cette institution contribue à consolider l'idée selon laquelle le contrat n'est pas exclusivement la « chose des parties ». Cette idée est en outre confortée par le pouvoir que les textes communautaires attribuent au juge dans l'exécution du contrat qui va jusqu'à lui permettre de réformer le contrat pour restaurer l'équilibre du contrat ou pour éviter son anéantissement.

## **Paragraphe 2 : Le rééquilibrage judiciaire du contrat**

346. Aucun pouvoir général de « refaire » le contrat<sup>803</sup> n'est confié aux juges ; ce qui serait d'ailleurs contraire à l'article 1134 du code civil. Certains mécanismes du code civil permettent toutefois de contrôler l'équilibre du contrat, ce qui aboutit indirectement à la réfaction<sup>804</sup>. Il en est ainsi lorsque le

---

<sup>801</sup> ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer sa dette ? », op. cit., p. 91.

<sup>802</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 142, p. 126.

<sup>803</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1989, D.1989, IV, 100, et observations de J. Mestre sous plusieurs arrêts dans R.T.D.Civ., 1989, p. 71 et ss.

<sup>804</sup> En dehors de ces mécanismes qui vont être étudiés ci-dessous, la jurisprudence n'admet la réfaction du contrat que lorsque les stipulations du contrat étaient totalement imprécises.



juge révisé le montant des honoraires excessifs, fixe le complément de prix nécessaire au maintien d'une vente lésionnaire ou supprime certaines clauses contractuelles sans annuler le contrat<sup>805</sup>. Cette réfaction a des effets rétroactifs et est considérée par certains auteurs comme « *un diminutif de la nullité ou de la résolution* »<sup>806</sup>. Elle ne permet toutefois pas au juge de « *refaire* » un contrat équilibré lors de sa formation, et dont l'équilibre a été rompu suite à certains évènements.

Dans cette dernière hypothèse, lorsque les parties elles-mêmes n'ont pas prévu dans le contrat une modification en cas de changement des circonstances économiques<sup>807</sup>, le juge est en principe incompétent pour restaurer l'équilibre rompu<sup>808</sup>. Même en présence d'un contrat à exécution successive, toute révision du contrat en dehors de la volonté des parties est en principe impossible<sup>809</sup>. Si les parties ne peuvent pas renégocier le contrat, la seule solution sera la résiliation unilatérale du contrat par la partie victime d'une rupture d'équivalence<sup>810</sup>. Il a été dit en effet, que dans tout contrat à exécution successive conclu pour une durée indéterminée, la faculté de résolution unilatérale est toujours sous-entendue nonobstant clause contraire et sous réserve du respect de la bonne foi de la partie qui l'exerce<sup>811</sup>.

---

Dans ce cas, le juge devra considérer que les parties se sont référées à une loi supplétive, la coutume ou la jurisprudence. V. LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 140.

<sup>805</sup> En ce qui concerne les clauses pénales, l'article 1152 al.2 issu de la loi n° 75-597, 9 juil. 1975 (art. 1<sup>er</sup>) modifiée par la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 (art. 1<sup>er</sup>) non applicable au Cameroun, institue le droit pour le juge de modifier une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire.

<sup>806</sup> BENABENT (A.), op. cit., n°299.

<sup>807</sup> Notamment par une clause de renégociation ou de *hardship* (clause par laquelle les parties précisent les circonstances économiques qui pourront entraîner la révision du contrat et ses modalités) ou par une clause d'indexation ou d'échelle mobile (clause par laquelle les parties choisissent un indice de référence selon lequel les prestations prévues par le contrat se réaliseront), les parties peuvent transcender l'avenir et éviter une immixtion du juge dans leurs relations.

<sup>808</sup> LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 428.

<sup>809</sup> Il est à noter cependant que la Cour de cassation se base parfois sur l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi de l'article 1134 al. 3 du c. civ. pour obliger une partie à renégocier un contrat qui s'est avéré trop onéreuse pour l'autre partie à la suite de la survenance des circonstances économiques imprévisibles (Cass. com., 3 nov. 1992, R.J.D.A., 1993, n°380, J.C.P., 1993, II, 22164, note Virassamy, R.T.D.Civ., 1993, p.124, obs. Mestre). Mais le recours à la notion de bonne foi reste exceptionnel.

<sup>810</sup> Infra, n° 502 et ss.

<sup>811</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 fév. 1985, Bull. civ. I, n° 54, R.T.D.Civ., 1986, p. 105, obs. Mestre; Cass. com., 31 mai 1994, Bull. IV, n° 194. ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en

347. Les différents législateurs communautaires qui affichent au demeurant une volonté de protectionnisme contractuel ne pouvaient rester indifférents face à cette possibilité de résilier le contrat indépendamment de la volonté de la partie juridiquement protégée. Si le contrat d'assurance offre un cadre propice pour l'exécution du contrat selon les termes convenus sauf clauses expressément interdites par le code CIMA<sup>812</sup>, le droit OHADA permet au juge dans de nombreuses hypothèses de restaurer l'équilibre ou du moins l'économie du contrat telle que voulue par les parties au moment de sa conclusion. Cette modification judiciaire du contenu contractuel se fait essentiellement en droit de bail commercial. Le juge y est admis à réviser le loyer.

348. La fixation du loyer incombe en principe aux parties. Aux termes de l'article 84 de l' AUDCG, « *les parties fixent librement le montant du loyer, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires applicables. Le loyer est révisable dans les conditions fixées par les parties, ou à défaut, à l'expiration de chaque période triennale* ». C'est dire que la fixation du loyer aussi bien dans le contrat initial que lors de son renouvellement est de la compétence des parties. Toutefois, lorsqu'à la suite d'un renouvellement du contrat, les parties ne se mettent pas d'accord sur le nouveau montant du loyer, l'article 85 al.1 donne compétence au juge de le fixer. De même, lorsque les locaux loués ont fait l'objet d'une sous-location, et qu'il s'avère

---

matière contractuelle », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, p. 34. Supra, 258 et ss.

<sup>812</sup> La question de l'imprévision est minutieusement résolue dans le code CIMA en cas d'aggravation du risque. L'assuré est en effet tenu de déclarer les risques aggravés à l'assureur et celui-ci procède à une augmentation du prix faute de quoi, le risque aggravé ne sera pas couvert. Lorsque le risque a plutôt diminué, l'assuré conserve la faculté de résiliation unilatérale (supra, n° 320). L'article 25 du code dresse une liste des événements susceptibles d'ouvrir aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré la faculté unilatérale de résiliation. Il s'agit notamment du changement de domicile, du changement de la profession, de la retraite professionnelle ou cessation définitive de l'activité professionnelle et du changement de situation ou de régime matrimonial lorsque l'objet du contrat portait sur la « *garantie des risques en relation directe avec la situation antérieure et qui ne se retrouve dans la situation nouvelle* ». V. pour plus de détails, BOKALLI (V.-E.), « Le nouveau droit du contrat d'assurance des Etats membres de la CIMA », Lex Lata, n°9, fév. 1995, pp.11 à 15 ; V. aussi, R.A.D.I.C., 1998, p. 442 ; DOSSOU-YOVO (R.), « La nouvelle réglementation des opérations d'assurance dans les pays africains membres de la zone franc : un pas vers l'intégration économique régionale », R.J.P.I.C., 1995, p. 145.

que le prix de la sous-location est supérieur au prix du bail principal, le bailleur peut exiger une augmentation correspondante du prix du bail principal et à défaut d'accord entre les parties, la juridiction compétente en fixe le montant (art. 90).

**349.** Le juge se présente ici comme un arbitre des différends relatifs au prix entre les parties. Cette intervention du juge est destinée à assurer la survie du contrat ; donc, à protéger le preneur qui a intérêt à ce que le contrat soit maintenu. C'est en effet le preneur qui dispose d'un droit au renouvellement à faire valoir contre le bailleur. Or, si la question de la fixation du prix du bail renouvelé est laissée à la disposition des seules parties, elle pourra devenir une arme pour le bailleur. Il pourra accepter le renouvellement du bail ; mais, fixer le nouveau loyer à un montant tellement élevé que le preneur ne pourra que le refuser et rompre le contrat.

**350.** Elle sert aussi à assurer l'équilibre entre les prestations car si le bailleur voudra toujours augmenter le loyer, l'augmentation doit cependant correspondre à l'évolution du marché<sup>813</sup>. C'est pourquoi la fixation du loyer par le juge ne doit pas se faire de manière arbitraire. Aux termes de l'article 85 al.2, la juridiction compétente tient notamment compte de la situation des locaux, de leur superficie, de l'état de vétusté et du prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour les locaux similaires. Ces éléments dont la liste n'est qu'indicative<sup>814</sup> peuvent permettre au juge de revoir le loyer à la hausse ou à défaut, dans le cas où le niveau général des prix sur le marché aurait chuté, à la baisse<sup>815</sup>. Dans l'espèce ci-

---

<sup>813</sup> V. par ex., TPI de Cotonou, Jugement contradictoire n° 018/ 2<sup>e</sup> ch.com, du 10 mai 2001, R.G.N°: 021/2000, Madame ADJANOHOUN Odette C/ Héritiers ASSOURAMOU Mathias, disponible sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com), réf : Ohadata J-04-288.

<sup>814</sup> SANTOS (P.), Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 150.

<sup>815</sup> C'est du reste la solution retenue jusqu'à une date récente par la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle, indépendamment de toute variation des facteurs locaux de commercialité, le loyer doit être fixé à la valeur locative dès lors que celle-ci se trouve inférieure au prix du loyer (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 mai 2001, Bull. civ., III, n° 70 et 71, D. 2001, AJ, p. 2036, obs. M.-L. Sainturat, A.J.D.I., 2001, p. 518, obs. J.-P. Blatter ; V. aussi, l'arrêt « Privilèges », fondateur de ce courant jurisprudentiel, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 janv. 1996, D. 1996, IR p. 46, J.C.P. 1998, II, 10008, note B. Boccaro). Une loi du 11 décembre 2001 (loi MURCEF), a

dessus citée soumise au tribunal de première instance de Cotonou, alors que le bailleur avait exigé une révision du loyer de 15 000 F cfa à 80 000 F cfa du preneur, le juge a ramené ce loyer à 60 000 F cfa, motif pris de ce qu'au jour de la décision, aucun bail commercial n'était plus accordé au prix de 15 000 F cfa, les montants des baux accordés dans cette zone variant entre 40 000 F cfa et 100 000 F cfa. Le montant retenu a été fixé compte tenu de l'état de vétusté du local.

351. Reste cependant l'hypothèse où le preneur a amélioré les locaux loués sans le consentement du bailleur. Le juge doit-il tenir compte de ces constructions dans la fixation du nouveau loyer ? La question mérite une attention particulière. En droit de propriété, l'article 555 al.1 du code civil dispose que *« lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever »*. L'alinéa 3 du même article ajoute : *« si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande valeur du fonds... »*. Dans cette hypothèse, le bailleur qui n'a pas demandé la destruction des constructions peut-il demander une augmentation du prix par rapport à la nouvelle valeur locative de l'immeuble alors qu'il n'en est pas devenu propriétaire ?<sup>816</sup>

La cour d'appel de Montpellier a cru répondre par la négative. La motivation était simple. Le contrat ne contenait aucune clause réglant le sort des constructions en fin de bail, ni permettant leur prise en compte dans la détermination du loyer. La cour d'appel a alors estimé qu'il fallait revenir au droit commun de l'article 555 du code civil selon lequel, en pareil cas, le propriétaire qui n'a pas demandé au preneur d'enlever les constructions, n'en devient propriétaire qu'à la fin du bail. En outre, argumente la cour d'appel,

---

cependant mis fin à cette jurisprudence en déconnectant la révision triennale des baux commerciaux de la notion de valeur locative. Sur cette modification, voir, J.-P. Blatter, A.J.D.I., 2001, p. 953 ; V. encore BAVEREZ (J.) et TAVERNIER (G.), « Révision judiciaire du loyer commercial : épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire », D. 2002, chron. 195 ; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 27 fév. 2002, D.2002, somm., p. 1142.

<sup>816</sup> Le bailleur ne peut en effet devenir propriétaire de ces constructions qu'à la fin du bail.

les constructions restant nécessairement la propriété du preneur pendant toute la durée du même bail, la valeur du loyer renouvelé ne peut être déterminée que sur la valeur du terrain effectivement loué, soit le terrain nu<sup>817</sup>. La Cour de cassation n'a pas souscrit à ce raisonnement. Selon la haute cour, « *le bail renouvelé étant un nouveau bail, les bailleurs pouvaient, lors du second renouvellement, solliciter la prise en compte des modifications intervenues dans les biens loués pour la fixation du prix du nouveau loyer* »<sup>818</sup>.

352. L'objectif final est donc de restaurer l'économie du contrat telle que voulue par les parties dès la conclusion du contrat. Cette fixation du prix du contrat contribue dans une large mesure à la « *judiciarisation* » du contrat et, partant à sa « *processualisation* »<sup>819</sup>, qui, évidemment, fait à ce que le contrat, considéré traditionnellement comme la « *chose* » des parties, leur échappe, « *glisse de leurs mains et roule sa propre vie* » au nom de l'intérêt contractuel<sup>820</sup> qui, dit-on, est distinct de celui des parties<sup>821</sup>. L'intérêt contractuel est mis en avant dans beaucoup de situations pour éviter l'anéantissement du contrat et la défense de cet intérêt incombe semble-t-il au juge.

353. Cependant, il est des cas où pour assurer la survie du contrat, les parties ne sont pas tenues de faire recours au juge. Le droit de la vente commerciale OHADA reconnaît à chacune des parties le droit de refaire le contrat en cas d'exécution partielle par l'autre partie, en payant le prix correspondant à la marchandise effectivement livrée ou en livrant la marchandise correspondant au prix effectivement payé<sup>822</sup>. Cette réfaction en

---

<sup>817</sup> Arrêt du 15 février 2005.

<sup>818</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, Arrêt n° 1009 du 27 septembre 2006, préc.

<sup>819</sup> CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », op. cit., p.179

<sup>820</sup> FAGES (B.), « Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 159.

<sup>821</sup> JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 451 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), op. cit., p. 361, selon qui, « *Le lien d'obligation qui unit les parties à un contrat jouit d'une vie propre, indépendante de la volonté des personnes qui lui ont donné naissance. En effet, poursuit-elle, lorsqu'elles se rencontrent, les volontés se cristallisent en consentement produisant un accord qui échappe à leur contrôle* ».

<sup>822</sup> NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », Penant, n° 850, déc. 2005, p. 96 et ss.

dehors de toute instance juridictionnelle permet de dépassionner le débat sur l'inexécution dans une large mesure. Elle a été qualifiée de « *moyen idéal d'adapter les prestations réciproques* »<sup>823</sup>. Le juge ne pouvant intervenir ultérieurement qu'en cas de désaccord entre les parties pour exercer un contrôle de la régularité de cette réfaction.

---

<sup>823</sup> ALTER (M.), L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels, Thèse, Grenoble, L.G.D.J., 1972, n° 199, cité par, ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in Mélanges CABRILLAC, D. Litec, 1999, p. 6.

## CONCLUSION DU TITRE II

354. Au regard de ce qui précède, on peut noter que le principe de la force obligatoire du contrat connaît quelques difficultés face à la mise en œuvre du droit communautaire. Certaines atteintes sont bien connues. Parce devenues traditionnelles, les règles dérogatoires au droit commun des contrats en vue de sauvegarder l'entreprise en difficulté et de maintenir le principe de l'égalité entre les créanciers ont cessé d'étonner<sup>824</sup>. Par contre, les règles relatives à l'exigence de bonne foi tant au stade de la formation du contrat que de son exécution constituent à plusieurs égards des hardiesses pour certains droits nationaux et interpellent le juge à plus de vigilance dans toute la vie du contrat. Même lorsque les droits nationaux disposent des législations dérogatoires au droit commun, il a été noté que celles-ci tardent à être mises en œuvre<sup>825</sup>. On note en tout cas, en parcourant ces divers textes, l'exigence d'un esprit de solidarité contractuelle qui obligerait chaque contractant à faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part, profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part, exécuter sans difficulté ses propres obligations<sup>826</sup>. On peut conclure avec le Doyen Jean Carbonnier qu'avec ce droit, « *le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement* »<sup>827</sup>.

---

<sup>824</sup> GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 413.

<sup>825</sup> Notamment au Cameroun où la loi du 31 août 1990 contient un important dispositif destiné à la protection des consommateurs mais qui reste inappliqué comme quelques décisions analysées ci-dessus l'ont montré.

<sup>826</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 618.

<sup>827</sup> In Le droit contemporain des contrats, PUF, 1987, p. 35.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

355. La réglementation de certains contrats par les différents textes étudiés contribue dans une large mesure à l'apaisement du principe de l'autonomie de la volonté. Si les contrats sont conclus pour être exécutés, les parties n'ont plus la mainmise sur leur accord. Bien que les clauses abusives ne soient pas encore interdites dans leur intégralité en droit communautaire africain, on note un net recul des principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat ; recul qui est guidé particulièrement par l'exigence d'un minimum de loyauté et de transparence dans les relations contractuelles. Ces exigences ne sont pas propres aux contrats soumis au droit communautaire. L'exigence de la bonne foi tant au niveau de la conclusion que de l'exécution du contrat était déjà présente dans certains contrats spéciaux réglementés par les législations nationales.

356. La diversité du droit communautaire qui est essentiellement un droit de marché lui a permis de récupérer certaines de ces règles. C'est notamment le cas en matière d'assurance où le code CIMA a largement hérité des dispositions de la loi de 1930, ou encore en matière de bail commercial dont le caractère d'ordre public ne naît pas avec l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général. Dans ces contrats comme dans bien d'autres, les textes communautaires ont juste repris une tendance qui s'est dessinée depuis la première moitié du siècle précédent. Toutefois, le droit communautaire africain va plus loin que ces textes issus de la colonisation. Il intègre des principes jusque là inconnus du droit d'inspiration romano-germanique applicable dans les différents Etats membres. Tel est par exemple le cas de l'obligation de modérer le dommage qui est un principe issu du droit d'inspiration anglo-saxonne. On note ainsi une réelle volonté d'apporter un souffle nouveau au droit des contrats applicable dans les Etats membres.

357. Cependant, la diversité de ce droit des contrats soumis à l'ordre communautaire ne facilite en rien son étude et surtout une analyse exhaustive des principes qui peuvent en découler. En effet, ce qui a été fait jusqu'à



présent dans le cadre de ce travail est une étude de chaque contrat soumis au droit communautaire à l'aune de la théorie de l'autonomie de la volonté. Il en ressort que l'atteinte au principe de l'autonomie de la volonté n'est que l'effet cumulatif des restrictions faites dans chacun de ces contrats. Autrement dit, en prenant chaque contrat individuellement, le recul du principe de l'autonomie de la volonté est moins marqué et peut d'ailleurs être toléré comme cela a généralement été le cas dans le passé avec les règles relatives au droit des procédures collectives qui, on le sait, a toujours été à des degrés divers un cimetière pour le contrat. Mais, face à la multiplication des contrats spéciaux et à l'extension sans cesse croissante du domaine d'application du droit communautaire, l'atteinte ne doit pas être minimisée puisque la révolution que connaît le droit des contrats français actuel a d'abord commencé sur les contrats spéciaux<sup>828</sup>. Ce n'est que par la suite que la jurisprudence a étendu certains principes pourtant anciens dans certains contrats pour révolutionner le droit commun des contrats. D'où la question de l'intégration de certains de ces principes dans le droit commun des contrats applicables dans les Etats africains. Du droit des contrats spéciaux de source communautaire, on pourrait ainsi envisager l'hypothèse d'un droit du contrat communautaire, d'une théorie générale du contrat qui intégrerait les principes essentiels qui sous-tendent ces multiples contrats spéciaux.

---

<sup>828</sup> GUELFUCCI THIBIERGE (C.), op. cit., p. 357.

**DEUXIEME PARTIE :**

**LE DROIT DES CONTRATS**

**DYNAMISE PAR LE DROIT**

**COMMUNAUTAIRE**

358. La dynamisation peut être définie comme la communication de l'énergie ou des forces à quelque chose de manière à le rendre actif<sup>829</sup>. Parler de la dynamisation du droit commun des contrats revient à rechercher un regain d'intérêt à l'étude de la théorie générale des contrats. La doctrine a, en effet, longtemps présenté le droit des contrats comme un droit stable à quelques exceptions près. Se cachant derrière une théorie générale des contrats dont on a du mal à dégager le domaine d'application exacte<sup>830</sup>, les auteurs mettent en exergue un droit des contrats dominé par le principe de l'autonomie de la volonté, qui a comme corollaires les principes de la liberté contractuelle et de l'intangibilité des contrats. Si la jurisprudence française admet de plus en plus la relativité de ces principes dans tous les contrats même ceux de droit commun, au Cameroun comme dans la plupart des pays de l'espace OHADA régis par le code civil de 1804, le droit commun des contrats n'a pas beaucoup évolué. Les évolutions actuelles du droit français n'étant pas directement transposables dans lesdits pays. En dehors des domaines régis par le droit des contrats spéciaux, la jurisprudence civile reste figée sur les vieux principes enseignés du code civil. Parallèlement, le droit des contrats spéciaux est en perpétuel mouvement, dynamique non seulement par son domaine d'application qui ne cesse de grandir, mais surtout par son contenu qui est de plus en plus riche et s'éloigne autant des principes de droit commun. Ce dynamisme qui est celui du droit communautaire révolutionne le droit des contrats spéciaux.

359. La dynamisation de la théorie générale des contrats passe en effet soit par une relecture des dispositions du code civil, soit par l'introduction d'une législation qui prend en compte les principes nouveaux que génère le droit des contrats spéciaux. Il est question d'introduire dans la théorie générale des contrats des principes inconnus du code civil, tels que le principe de la transparence, de l'équilibre dans les obligations contractuelles, mais aussi de revoir les sanctions applicables en matière contractuelle. A la

---

<sup>829</sup> Trésor de la Langue Française, V° dynamisation.

<sup>830</sup> CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 8<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1995. *Adde*, SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse, Paris I, 1993, L.G.D.J., 1997, préface J. L. AUBERT.

rigidité observée dans le code civil, les nouveaux textes communautaires proposent des sanctions toujours plus souples, adaptées à chaque situation, l'objectif étant finalement de faire prévaloir l'économie du contrat à des sanctions parfois inutiles.

**360.** Cette évolution vers un droit des contrats plus moderne s'inscrit dans un souci de socialisation du droit des contrats. Il est question de construire un droit des contrats moins antagoniste, en obligeant chaque partie de prendre en compte les intérêts de l'autre. Cette revitalisation de la théorie générale des contrats a été amorcée dans un avant-projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit des contrats. Celui-ci prévoit à l'article 1/6 que les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi et qu'elles ne peuvent l'exclure ni en limiter la portée. Il sanctionne en outre la mauvaise foi dans les négociations à l'article 2/15. Une lecture attentive de ce texte permet de constater que plusieurs de ses dispositions exigent un minimum d'équilibre de l'opération contractuelle. Cet équilibre objectif doit être observé non seulement à la formation du contrat, mais aussi pendant l'exécution du contrat. C'est ainsi que la lésion y est sanctionnée, des clauses imposées de manière abusive interdites et le juge autorisé à s'immiscer dans la relation contractuelle. Cette immixtion du juge se fait notamment en cas d'imprévision<sup>831</sup>. Contrairement à la théorie générale des contrats actuellement applicable, l'avant-projet d'Acte uniforme admet la théorie de l'imprévision qui se présente comme le meilleur moyen d'assurer l'équilibre de l'opération contractuelle au cours de l'exécution du contrat.

D'autres innovations de l'avant projet d'Acte uniforme sont visibles au niveau des sanctions applicables en matière contractuelle. Alors que le code civil ne prévoit que la nullité en cas d'inobservation d'une règle impérative lors de la formation du contrat et la résolution en cas d'inexécution, le nouveau texte prévoit d'autres sanctions plus souples telles que la régularisation, la réfaction du contrat et l'obligation de réparer ou de remplacer. En outre, la nullité et la résolution sont réaménagées. Celles-ci se

---

<sup>831</sup> Article 6/22 à 6/24 de l'avant projet.

réalisent en dehors de toute instance juridictionnelle, le juge ne pouvant intervenir qu'en cas de désaccord entre les parties.

**361.** Il ressort de tout ce qui précède que l'avant-projet d'Acte uniforme procède par une généralisation des principes connus dans certains contrats spéciaux (Titre I) et par un assouplissement des sanctions applicables en matière contractuelle (Titre II).

**Titre I : La généralisation des principes novateurs**

**Titre II : L'assouplissement des sanctions en matière contractuelle**

# TITRE I

## LA GENERALISATION DES PRINCIPES NOVATEURS

362. L'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats intègre de nombreux mécanismes utilisés par le droit des contrats spéciaux destinés à humaniser les relations contractuelles. Il entretient cependant un mythe sur son domaine d'application. Il s'agit de la question de savoir si cet Acte uniforme régira uniquement le droit des contrats commerciaux ou le droit des contrats civils et commerciaux, donc le droit commun des contrats<sup>832</sup>. Ce qui laisse les observateurs perplexes quant à ce que sera le droit commun des contrats de demain. Il est fort probable que la deuxième solution soit retenue au moins pour deux raisons :

363. D'une part, la résolution d'adopter un Acte uniforme sur le contrat a été prise après l'adoption de plusieurs Actes uniformes traitant de certains contrats commerciaux. Il s'agit des contrats de vente commerciale, de transport des marchandises par route, de bail, d'agent commercial, bref, des principaux contrats commerciaux. On peut donc raisonnablement estimer qu'il n'était pas dès lors nécessaire d'adopter un autre Acte uniforme relatif

---

<sup>832</sup> Le Professeur Marcel FONTAINE, auteur de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats opte clairement pour un Acte uniforme qui régira aussi bien les contrats civils que les contrats commerciaux. Le futur Acte uniforme pourra donc devenir la nouvelle bible du contrat dans tous les Etats membres, au détriment du code civil (in «Le projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats et les principes relatifs aux contrats du commerce international », Rev. Dr. Unif., 2004, II, p. 260). Par contre, un autre auteur penche pour un Acte uniforme qui régirait uniquement les contrats commerciaux pour être conforme à l'objet et au domaine de l'OHADA (ONANA ETOUNDI (F.), « Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », Rev. Dr. Unif., 2005, IV, p. 686 ; LOHOUES OBLE (J.), « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif., 2008, p. 320).

aux contrats commerciaux<sup>833</sup>. Cette option aboutirait en outre à l'existence de deux théories du droit des contrats dans l'espace OHADA<sup>834</sup> sans qu'il soit aisé de déterminer avec aisance le domaine d'application exacte de chacune<sup>835</sup>.

364. D'autre part, le droit commun des contrats en vigueur dans la plupart des pays de l'espace OHADA, notamment au Cameroun, est encore celui contenu dans le code civil dans sa version en vigueur au lendemain des indépendances<sup>836</sup>. Les textes y sont donc vétustes et paraissent inadaptés face au nouveau contexte des affaires. Il serait donc injuste qu'on limite les améliorations qu'apportent les textes communautaires à une catégorie de contractants. L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats, inspiré du model des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international se présente en effet comme un droit des contrats moderne, et en phase avec les évolutions contemporaines du droit des obligations<sup>837</sup>. Cet avant-projet d'Acte uniforme se trouve donc être en harmonie avec les principes déjà présents dans de nombreux contrats spéciaux réglementés par les textes communautaires et qui ont fait l'objet de la première partie de ce travail.

365. C'est dire que le législateur communautaire veut revitaliser le droit commun des contrats. Du droit des contrats spéciaux de source communautaire, il est probable qu'on en arrive à une théorie générale de contrats de source communautaire intégrant les principes générés jusqu'à

---

<sup>833</sup> Encore qu'à ce niveau la précision se serait imposée dès la formulation du titre de l'avant projet de cet Acte uniforme.

<sup>834</sup> Il s'agirait de la théorie générale des obligations contenue dans le code civil, et de la nouvelle théorie de obligations commerciales. On aboutirait alors à une superposition de droits propre à instituer une insécurité juridique ; sans perdre de vue qu'au-delà de la délimitation du domaine *ratione materiae* des deux théories, la plus grande difficulté résidera dans le partage des compétences qui en résulte.

<sup>835</sup> FONTAINE (M.), op. cit., p. 261.

<sup>836</sup> Les modifications apportées au code civil en France après 1960 n'étant plus applicables dans les territoires d'Afrique noire francophone devenus indépendants. De même les évolutions apportées au moyen d'une interprétation audacieuse du code civil ne sont pas en principe applicables dans ces territoires.

<sup>837</sup> Dans ce sens, v. SOSSA (D. S.), « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général/contrats commerciaux/ contrats de consommation », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, p. 351 ; MEYER (P.), Rapport général de ce colloque, p. 384 et 385.

présent par les contrats spéciaux. Mais pourquoi serait-il nécessaire d'adopter une nouvelle théorie générale des contrats ? Quels sont donc les principes pouvant donner un souffle nouveau au droit des contrats ? Tel est l'objet de ce titre. Il est question de revenir sur le droit des obligations applicables actuellement au Cameroun pour mettre en exergue les disparités qui existent actuellement entre les contrats soumis au droit communautaire et ceux régis par le droit commun des contrats tout en recherchant ceux des principes susceptibles d'apporter un éclairage nouveau à la théorie générale des contrats.

366. Si l'on met de côté les dispositions communautaires qui ne font que reprendre les situations atypiques d'ores et déjà acceptées par la doctrine contemporaine<sup>838</sup>, la première remarque qui frappe celui qui parcourt les textes communautaires étudiés, est l'attention accordée à la notion de bonne foi et à sa sœur jumelle qu'est l'obligation de loyauté. C'est cette notion qui est modelée et remodelée au gré du législateur pour instaurer ici et là des obligations aux parties contractantes. Qu'il s'agisse de la transparence dans les contrats, de l'équilibre du contrat ou du respect de son cocontractant, c'est en fin de compte cette notion qui commande la plupart des principes nouveaux contenus dans le droit des contrats spéciaux contemporains. On est loin ici de l'explication donnée par Aubry et Rau, selon laquelle, les conventions doivent être exécutées de bonne foi « *c'est - à - dire conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées* »<sup>839</sup>. L'éloignement est d'autant plus justifié que l'exigence de la bonne foi n'est plus cantonnée au seul stade de l'exécution du contrat<sup>840</sup>. Elle est devenue à la fois une règle objective de droit à laquelle, à plusieurs niveaux, le législateur lui donne un contenu obligatoire, et une règle

---

<sup>838</sup> Il s'agit notamment des contrats obligatoires, des restrictions faites dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>839</sup> Traité des obligations, t. IV, n° 346, cité par BENABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat », Rapport français, in Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, p. 292)

<sup>840</sup> Supra, n° 275 et ss.



subjective, car devenue un principe général d'interprétation des conventions<sup>841</sup> dont la portée exacte sera déterminée par le juge<sup>842</sup>.

367. En dehors du principe de la transparence qui est directement lié à l'exigence de la bonne foi pendant toutes les phases de la vie contractuelle, on note l'exigence encore plus accrue de l'équilibre des prestations contractuelles. C'est ainsi que contrairement au code civil, la future législation considère la lésion comme un vice du consentement, donne une large définition de l'erreur et surtout rend la révision pour imprévision obligatoire. Il s'ensuit que le futur droit des contrats de l'espace OHADA pourra être un droit des contrats moderne, intégrant les principes de transparence (chapitre I) et d'équilibre dans les relations contractuelles (chapitre II), principes qu'on ne retrouve jusqu'à présent que de manière parsemée dans quelques contrats spéciaux.

## **Chapitre I : La transparence dans les relations contractuelles**

### **Chapitre II : La recherche de l'équilibre dans les relations contractuelles**

---

<sup>841</sup> La bonne foi occupe en effet une place importante dans les législations contractuelles nouvellement adoptées et se compose de critères *in abstracto* et *in concreto* du comportement des parties (LEVASSEUR (A.), « La convention de Vienne sur la vente de marchandises et le code civil louisianais », in Etudes J. Dupichot, Bruyant, Bruxelles, 2004, p. 308).

<sup>842</sup> A propos du rôle que peut jouer la bonne foi dans l'interprétation des conventions, M. Van Ommeslaghe écrit : « *On peut, toutefois, glisser progressivement d'une interprétation fondée sur la volonté vers la recherche de la portée du contrat liée à une appréciation de ce qui est raisonnable ou conforme à la nature des choses ou encore à l'utilité sociale de la convention, en se détachant ainsi progressivement du critère de base du droit positif, à savoir la recherche de l'intention des parties* » (VAN OMMESLAGHE (P.), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 894, n° 13).

# CHAPITRE I

## LA TRANSPARENCE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

**368.** La transparence peut être définie dans un sens littéral comme une clarté due à l'absence de dissimulation ou de mensonge<sup>843</sup>. Issu du latin « *trans* » (à travers) et « *parere* » (apparaître), ce terme évoque au sens propre, la propriété de ce qui laisse passer la lumière et fait paraître nettement les objets situés derrière<sup>844</sup>. Le Trésor de la Langue Française la définit comme étant entre autres, la « *qualité des choses intelligibles, faciles à comprendre* », ou encore la « *qualité de ce qui, chez quelqu'un, est sans mystère* ». Transposer ces différentes définitions qui en fait sont plus complémentaires que contradictoires dans les relations contractuelles revient à imposer aux contractants une clarté totale et une loyauté dans leur relation. Cela revient à imposer un partage sans limite des connaissances que chaque contractant a relativement à l'objet, à la cause, aux circonstances d'exécution du contrat.

**369.** La transparence ne saurait pourtant se limiter à l'objet et à la cause du contrat. En approfondissant l'analyse des conditions de formation et même d'exécution du contrat, on peut se rendre compte que chaque fois que le législateur condamne l'opacité d'un état de chose ou d'une personne, il y a corrélativement une exigence de transparence. Ainsi comprise, la transparence peut concerner les personnes, les documents relatifs au contrat et les intentions des parties contractantes. En ce qui concerne particulièrement les personnes, la jurisprudence reste peu accueillante à l'article 1110 al. 2 du code civil relatif à l'erreur sur la personne. Elle rejette

---

<sup>843</sup> Dictionnaire de l'Encyclopédie Microsoft Encarta, V° Transparence.

<sup>844</sup> Dictionnaire historique de la langue française, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992, V° Transprence.

régulièrement l'erreur sur les qualités essentielles de la personne<sup>845</sup>, invitant ainsi celui des contractants qui « *veut sonder les reins et les cœurs de son futur partenaire* »<sup>846</sup> de prendre lui-même des initiatives en établissant des questionnaires ou en employant d'autres méthodes légaux de renseignement.

370. Cependant, ériger la transparence comme un principe général du droit des obligations n'est pas nouveau dans le droit des contrats modernes. La plupart des législations modernes à défaut de le formuler expressément, ont intégré des dispositions d'ordre général et même spécifiques qui ne laissent aucun doute sur l'exigence de la transparence dans toutes les relations contractuelles<sup>847</sup>. L'exigence de la transparence en tant que principe général du droit des obligations est ici englobée d'une part dans la formule générale de bonne foi<sup>848</sup>, et d'autre part spécifiquement réglementée avec l'exigence d'une information au stade de la formation ainsi que d'exécution du contrat. Le droit des contrats spéciaux communautaire quant à lui accorde une place importante à ce principe. Bien que le droit de la consommation qui représente de nos jours le point le plus achevé de cette obligation de transparence dans les relations contractuelles<sup>849</sup> ne soit encore qu'au stade d'avant-projet<sup>850</sup>, on note ici et là des exigences d'un formalisme informatif ainsi que d'une coopération lors de l'exécution du contrat si bien qu'il ne fait l'objet d'aucun doute que le droit communautaire a une vision particulière des relations contractuelles. Cette vision qui est en voie d'être érigée en un principe général du droit des contrats impose une transparence aussi bien à la naissance du rapport contractuel (Section 1) que lors de son exécution (Section 2).

---

<sup>845</sup> Celles-ci ne pouvant être retenues que dans les contrats conclus *intuitus personae*.

<sup>846</sup> MESTRE (J.), « Transparence et droit des contrats », *Rev. Jur. Com.*, 1993, n° spéc., p. 80.

<sup>847</sup> V. particulièrement au Québec avec le nouveau code civil adopté en 1991 et entré en vigueur en 1994, en Hollande avec le code civil entré en vigueur depuis 1970, ou encore en Pologne, en Turquie et au Portugal.

<sup>848</sup> MASSE (C.), Rapport général : La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, p. 218 et ss.

<sup>849</sup> Puisqu'il ne se limite pas seulement à imposer cette obligation de manière globale, mais dresse une liste des informations précises qui doivent être données au consommateur.

<sup>850</sup> *Supra*, n° 246 et ss.

## SECTION 1

### LA TRANSPARENCE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT

371. Entendu dans un sens large, on peut constater que le principe de la transparence n'était pas totalement absent des dispositions du code civil. Mais cette transparence qui se trouve englobée dans la théorie des vices du consentement n'était pas suffisante en soi pour assurer la protection de celui des contractants qui se trouve en position de faiblesse<sup>851</sup>. En n'imposant pas au partenaire qui a l'information l'obligation de la partager avec son cocontractant, le code civil n'avait pas pris en compte les inégalités intellectuelles, économiques et sociales qui sont inhérentes à toute société<sup>852</sup>. C'est pour parer à cette insuffisance qu'en plus de la transparence issue des règles du code civil (paragraphe 1), l'avant projet d'Acte uniforme impose une obligation générale d'information lors de la formation du rapport contractuel (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : La transparence issue des règles du code civil**

372. Certaines dispositions du code civil exigent une certaine transparence lors de la formation du contrat (A). Mais cette transparence connaît d'importantes limites (B).

---

<sup>851</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les Obligations, t.2, Contrats et quasi-contrats*, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 1998, n° 232.

<sup>852</sup> Ce qui était conforme au libéralisme économique de l'époque du code civil.

## A – LES MECANISMES DE TRANSPARENCE ISSUS DU CODE CIVIL

373. La volonté librement exprimée doit lier les parties. Mais pour que cette volonté soit contraignante, le code civil exigeait un certain nombre de conditions pour la validité de l'engagement. Il faut non seulement que le contenu du contrat soit connu, mais aussi que le consentement soit judicieusement donné. La transparence passe donc ici par la connaissance par les parties de l'objet des prestations (1) et par la sanction des vices du consentement (2).

### 1 – L'exigence d'une connaissance effective de l'objet des prestations

374. Les auteurs du code Napoléon ont cru si bien faire d'exiger de la part de ceux qui entendent s'engager pour l'instant, ou dans l'avenir, une détermination de l'objet de leurs prestations. L'article 1126 dispose à cet effet que « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* » et l'article 1129 complète en exigeant qu' « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* »<sup>853</sup>. L'objet du contrat est ainsi le premier élément du contrat qui doit être connu de toutes les parties dès la formation du contrat. Une détermination exacte de la chose objet du contrat est le meilleur moyen d'approcher le juste dans le contrat. Elle permet à chacune des parties de mesurer, avant que l'engagement ne devienne définitif, la contrepartie de son engagement. C'est dans cette optique qu'il faut comprendre la théorie classique de l'offre. N'est en effet considérée comme offre au sens strict du terme qu'une proposition ferme de contracter, contenant tous les éléments du contrat<sup>854</sup>, donc, n'ouvrant plus droit à discussion<sup>855</sup>. Dans le même sens, l'acceptation doit consister à agréer sans

---

<sup>853</sup> La jurisprudence décide ainsi que celui qui s'engage à « *faire un geste* » ne s'oblige pas (Cass. com., 28 févr. 1983, Bull. civ., IV, n° 86, R.T.D.Civ., 1983, p. 746, obs. F. Chabas, Defrénois, 1984, p. 294, obs. J. L. Aubert).

<sup>854</sup> L'offre doit être précise (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 juin 1973, Bull. civ., III, n° 446, p. 324) et non équivoque (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 1967, Bull. civ., I, n° 268, p. 199).

<sup>855</sup> BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 57 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, 9<sup>e</sup> éd., D. 2005, n° 108 et ss.

aucune réserve la proposition d'offre. La conséquence en est que le contrat n'est formé qu'en cas d'accord entre les parties sur tous les éléments du contrat. L'acceptation est un « *oui* » tout court<sup>856</sup>. Ce qui veut dire que les parties déclarent connaître et accepter l'objet du contrat et toutes les clauses du contrat<sup>857</sup>.

375. La notion d'objet utilisée par le code civil correspond exactement aux obligations générées par le contrat<sup>858</sup>, c'est-à-dire les prestations des parties, ce à quoi chaque partie devrait s'attendre. Ces prestations doivent être connues des parties dans leur espèce<sup>859</sup> et dans leur quantité<sup>860</sup>. On ne peut par exemple valablement s'engager à acheter un ordinateur, mais plutôt un ordinateur de bureau ou un ordinateur portable de marque X avec telles propriétés ou telles caractéristiques. Le terrain doit être spécifié (lot n° X, de telle superficie, de forme F., situé à tel quartier). Cette exigence a pour but de prouver que les parties savaient exactement ce à quoi elles s'engageaient au moment de la formation du contrat.

---

<sup>856</sup> Une acceptation avec réserve constitue une contre-proposition (Cass. civ., 3 févr. 1919, DP, 1923, 1, 126).

<sup>857</sup> C'est cette conception classique qui est aujourd'hui remise en cause dans certaines législations et notamment dans l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Aux termes de l'article 2/2 de l'avant-projet, « *une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». En ce qui concerne l'acceptation, si le principe reste un « oui », l'article 2/11 prévoit cependant que « *Toutefois, la réponse qui se veut une acceptation mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard indu, n'exprime son désaccord sur ces éléments. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre avec les modifications énoncées dans l'acceptation* ». Cet article considère la formation du contrat comme un phénomène dynamique et évolutif. Il prend en compte les faits découlant du comportement des parties pour considérer que le contrat est conclu à partir du moment où le comportement des parties démontre sans ambiguïté une intention réelle de conclure un contrat (DARANKUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution » in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, p. 231).

<sup>858</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 141.

<sup>859</sup> L'objet de l'obligation doit être certain (article 1108 C.civ.), c'est-à-dire identifié précisément (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1967, Bull. civ., I, n° 322, p. 251).

<sup>860</sup> Pour les « *chose de genre* », il faut en effet déterminer leur nature et leur quantité (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 270 ; REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, n° 2, p. 32).

376. Mais la question de l'extension de cet article 1129 du code civil à tous les contrats a été posée en jurisprudence notamment en ce qui concerne les prix. Aucune disposition de la théorie générale des contrats ne traite explicitement de la question de la détermination du prix. Seul l'article 1591 du code civil exige la détermination du prix lors de la conclusion du contrat de vente. Il est donc revenu à la jurisprudence d'élaborer une théorie générale de la détermination des prix. Dans un premier temps, la jurisprudence a étendu l'article 1591 à tous les contrats, en prenant appui sur l'article 1129 du code civil qui est relatif non au prix *stricto sensu*, mais à la détermination de la chose objet du contrat. Elle a ensuite exigé que le prix soit déterminé ou tout au moins déterminable lors de la conclusion du contrat<sup>861</sup>. A défaut, les parties doivent convenir d'un procédé de fixation qui ne le fasse pas dépendre de la volonté d'une partie<sup>862</sup>. Le but visé par cette jurisprudence était d'éviter de porter atteinte au bilatéralisme, qui reste considéré comme consubstantiel au contrat<sup>863</sup>, car, soutenait-on, la possibilité de fixer le prix unilatéralement par l'une des parties conduit nécessairement soit à laisser une partie « *à la merci* » de l'autre<sup>864</sup>, soit à laisser les parties à l'arbitraire du juge<sup>865</sup>. Echappaient néanmoins à cette exigence les contrats d'entreprise<sup>866</sup>, de la commande d'œuvre d'art<sup>867</sup> et du mandat.

377. La sanction retenue était alors la nullité rétroactive du contrat sans tenir compte de l'exécution qui en avait été faite jusqu'au prononcé de la

---

<sup>861</sup> V. par ex. Cass. req., 5 fév. 1934, Gaz. Pal., 2, 231 que la référence au tarif du fournisseur était suffisante pour que le prix soit déterminable. Mais cette jurisprudence sera abandonnée dans les années 1970 pour une lutte acharnée contre les prix indéterminables.

<sup>862</sup> Cass. req., 7 janv. 1925, D.H., 1925, p. 57 ; Grands Arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n°246. Encore faudrait-il qu'il ne soit pas convenu que la détermination du prix se fera ultérieurement par un autre accord entre les parties car il y aurait défaut structurel de prix (note de F. Terré et Y. Lequette sous Cass. req., 7 janv. 1925 préc., Grands arrêts, 11<sup>e</sup> éd., D. 2000).

<sup>863</sup> REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », op. cit., n° 2, p. 33.

<sup>864</sup> MESTRE (J.), R.T.D.Civ., 1995, p. 620 ; HUET (J.), « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », Etudes A. Sayag, Litec, 1997, p. 313.

<sup>865</sup> REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », op. cit., n° 3, p. 33.

<sup>866</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc.1970, Bull. civ., III, n° 663, p. 483 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1973, Bull. civ., I, n°202, p. 180 ; Cass. Com., 24 nov.1993, R.T.D.Civ., 1994, p. 631, obs. Gautier, Contrats, conc. Consom., 1994, n° 20, obs. Leveneur.

<sup>867</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1987, Bull. civ., I, n°70, p. 51 ; D.1988, p. 97, note B. Edelman.

décision<sup>868</sup>. Ce qui a provoqué la réprobation de la doctrine qui trouvait cette jurisprudence sévère surtout dans les contrats cadre de distribution. En effet, si le but poursuivi par la Cour de cassation était louable en ce sens qu'il tendait à protéger la partie qui est placée dans une situation de dépendance économique<sup>869</sup>, il n'en reste pas moins que cette solution détruisait la sécurité juridique car la quasi-totalité des contrats cadre de distribution pouvait être annulée pour indétermination du prix<sup>870</sup>.

C'est alors qu'est intervenu le revirement jurisprudentiel. La référence au tarif du fournisseur rend le prix déterminable, mais celui-ci ne doit pas abuser pendant l'exécution du contrat de cette exclusivité car ce serait contraire à la bonne foi dans l'exécution des contrats<sup>871</sup>. La décision a été jugée parfaitement concevable parce que « *l'exigence de la déterminabilité de la quotité de la chose n'exclut pas en elle-même la possibilité de confier à une partie le pouvoir de déterminer cette quantité le moment venu* »<sup>872</sup>. Cette jurisprudence sera confirmée par les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>873</sup>. La Cour de cassation affirme d'une part que l'article 1129 du code civil n'est pas applicable à la détermination des prix et d'autre part que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion des contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celles-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »<sup>874</sup>.

---

<sup>868</sup> Cass. com., 5 janvier 1994, Bull. civ., IV, n° 147.

<sup>869</sup> BORE (J.), « Morte au champs d'honneur : La jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats cadres de longue durée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, D. 1997, p. 102.

<sup>870</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », P. A., 8 déc. 1993, n° 147, p. 14 ; GHESTIN (J.), « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D.1993, chron., p. 251, n° 2.

<sup>871</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1994, Bull. civ., I, n° 348, D. 1995, Jur., p. 122, note L. Aynès, J.C.P., 1995, II, 22371, note J. Ghestin, Contrats, conc. consom., 1995, p. 464, obs. Bouloc.

<sup>872</sup> REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », op. cit., n° 4, p. 34.

<sup>873</sup> Ass. plén., D. 1996, p. 17, note L. Aynès, Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n°151-154, J.C.P. 1996, II, 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin, Contrats, conc. consom., 1996, n°5.

<sup>874</sup> Pour plus de détails sur la notion de contrat cadre, voir POLLAUD-DULLAN (F.) et RONZANO (A.), « Le contrat cadre, par delà les paradoxes », R.T.D.Com., 1996, pp. 180 à 210.



378. La question était peut-être ainsi résolue en matière de contrats cadre ; mais la Cour de cassation n'a pas précisé si cette jurisprudence venait mettre un terme tout court à l'application de l'article 1129 du code civil, c'est-à-dire à l'exigence d'une déterminabilité de l'objet – lorsque cet objet consiste en une somme d'argent – naguère considérée comme une condition de validité du contrat<sup>875</sup>, ou si elle consacrait plutôt une exception relative aux contrats cadre de distribution<sup>876</sup>.

En fait, si c'est la première solution qui est retenue, il semble qu'il y ait plutôt une régression dans l'exigence de transparence dans la formation du contrat. En effet, ce n'est pas parce que le code civil a prévu particulièrement à l'article 1591 que le prix devra être déterminable pour la validité de la vente que celui-ci doit avoir un régime entièrement à part. Le prix dans un contrat synallagmatique est la contre prestation de l'autre partie. C'est en fait l'objet du contrat tel que défini à l'article 1126 du code civil. Pour cette raison au moins, le prix devrait être soumis à l'article 1129 du code civil et être déterminable à la formation du contrat pour assurer un certain équilibre dans les prestations<sup>877</sup>. Il est en effet absurde et difficilement acceptable comme l'écrit M. Didier FERRIER, qu'un contractant soit tenu de payer un prix dont il ignore le montant<sup>878</sup>. Il est donc souhaitable que, pour autant qu'on reste dans la conception classique du contrat – marquée par la réticence tout aussi traditionnelle à permettre au juge d'intervenir dans la formation du contrat, exprimée dans le dogme classique de l'autonomie de la volonté – cette

---

<sup>875</sup> Dans ce sens, BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », D. 1998, chron. 1

<sup>876</sup> JEOL (M.), « La fixation des prix dans les contrats d'affaires : de l'indétermination de la loi à la détermination du juge » in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 228.

<sup>877</sup> *Traité de Planiol et Ripert*, t. 6 par Esmein, 1952, n° 220 où les auteurs exposent que « l'objet que les stipulations du contrat ne permettent pas de préciser équivaut à un objet inexistant » et que « sera nul, faute d'objet d'une des obligations (...), le contrat dont le prix n'aurait pas été fixé » (cité par MOLFESSIS (N.), « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », P.A., n°90, du 05 mai 2000, note n° 4) ; plus généralement, sur l'objet monétaire et donc sur le prix qui doit, en principe, comme tout autre objet, être certain, CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 4, Les obligations, P.U.F., Thémis, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 55, p. 119. L'auteur s'interroge, en outre, sur les conséquences du refoulement de l'article 1129 : « L'article 1108 ne demeurera-t-il pas, tout de même ? » (n° 57, p. 127).

<sup>878</sup> FERRIER (D.), « Les apports au droit commun des obligations », A propos des quatre arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995, R.T.D.Com., 1997, p. 52.

jurisprudence se limite aux contrats cadre de distribution pour leur particularité<sup>879</sup>. Eu égard de ce que le contrat fait la loi des parties, que le juge ne pourrait même indirectement en modifier les termes.

**379.** La doctrine majoritaire a d'ailleurs adopté la seconde solution. Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 doivent être interprétés comme impliquant la validité d'un contrat cadre alors que le prix des ventes conclues en application de celui-ci, doit être fixé unilatéralement par une partie soit en vertu d'une clause expresse du contrat<sup>880</sup>, soit dans le silence des parties<sup>881</sup>. La raison est simple. Seuls les contrats d'application ont un prix. C'est seulement au stade d'application que le pouvoir de fixation unilatérale du prix prévu dans le contrat cadre produit son effet. L'admission du pouvoir de fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre commande donc d'en permettre l'exercice à l'égard des contrats d'application, ce qui implique la neutralisation des dispositions spéciales contraires notamment l'article 1591 du code civil. Il s'ensuit que les contrats d'application ne peuvent être séparés du contrat cadre, car ils forment avec lui, une seule et même entité<sup>882</sup>.

Il reste cependant que l'exigence d'un objet à lui seul ne pouvait assurer la transparence dans la relation contractuelle. Le contrat pour être valable, devait être formé sans vices du consentement.

## **2 - L'intégrité du consentement**

**380.** Aux termes de l'article 1109 du code civil, « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Sans avoir besoin de revenir

---

<sup>879</sup>BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », op. cit., n° 17.

<sup>880</sup>JAMIN (Ch.), « Les apports au droit des contrats cadre », A propos des quatre arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995, R.T.D.Com., 1997, p. 21, J. Ghestin, J.C.P., éd. G., 1996, II, 22565, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 290 et ss.

<sup>881</sup>L. Aynès, note sous ces arrêts, D. 1996, p. 19 ; v. cependant, J. Ghestin, note sous les mêmes arrêts, op. cit.

<sup>882</sup>REVEL (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », op. cit., n° 10, p. 40.

ici sur toute la théorie des vices du consentement, on remarquera que cet article exige une volonté intègre, c'est-à-dire exempte de vices<sup>883</sup>. En considérant le dol comme un vice du consentement susceptible d'entraîner la nullité du contrat, les auteurs du code civil ont marqué leur volonté d'assainir la formation des contrats à travers l'exigence d'une loyauté minimale des parties. Ce qui est sanctionné par le dol, c'est une désinformation d'une partie par l'autre de manière à l'amener à conclure l'acte alors qu'elle ne l'aurait pas fait si elle n'avait été trompée. L'article 1116 du code civil dispose en effet que « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Ces manœuvres doivent avoir donné à l'autre une idée erronée du contrat. C'est pourquoi, la jurisprudence exige de manière constante que le dol doit avoir un caractère déterminant dans le consentement de la victime. Le contrat est frappé de nullité parce que l'une des parties n'a pas donné à l'autre l'information exacte lors de la conclusion du contrat. Il y a là une exigence de bonne foi dans la mesure où le dol n'est une cause de nullité du contrat que s'il émane du cocontractant ou de son représentant<sup>884</sup>. C'est celui-ci qui est tenu au nom de la relation qui les unit, d'une obligation de loyauté, de transparence envers l'autre.

**381.** La sanction de l'erreur obéit à la même règle. L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux ou inversement<sup>885</sup>. L'erreur vice du consentement n'est sanctionnée que parce que l'une des parties s'est fait une fausse représentation du contrat. Celle-ci pouvant porter soit sur la substance de la chose objet du contrat, soit sur la personne du cocontractant si la considération de celle-ci était la cause principale de la convention. La sanction de l'erreur par la nullité permet donc à la personne qui a conclu un contrat contre sa volonté réelle de s'en débarrasser.

---

<sup>883</sup> POUGOUE (P.G.) et ANOUKAHA (F.), *Droit des obligations au Cameroun*, Les Actes Juridiques, t. 1, Dschang University Press, Dschang, 1996, p. 35 et ss.

<sup>884</sup> Cass. com., 23 nov. 1993, Bull. civ., IV, n° 421.

<sup>885</sup> LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° Erreur.

382. L'exigence d'une transparence lors de la formation du contrat peut également être décelée à travers les règles du code civil imposant une garantie des vices cachés et d'éviction. Bien que la théorie des vices cachés soit une question d'exécution du contrat, force est de reconnaître que l'obligation de garantir les vices cachés est justifiée par la violation, lors de la formation du contrat, de l'obligation de dire, c'est-à-dire de présenter la chose objet du contrat telle qu'elle est en réalité. Elle est considérée comme une question de l'exécution du contrat parce que la découverte du vice caché n'est en théorie possible que lorsque le cocontractant a pris possession de la chose.

383. Cette obligation manifeste le souci de clarté et d'intégrité du contractant dès la formation du contrat. Les risques doivent être connus et mesurés par chacun des contractants<sup>886</sup>. La garantie ne couvre en effet que les risques occultes, inconnus lors de la formation du contrat. Ceux connus ne peuvent être couverts par la garantie légale. Ils peuvent tout au moins être couverts par les contractants eux-mêmes. Ce qui est sanctionné par les articles 1626 et 1638 du code civil<sup>887</sup>, c'est la violation de l'obligation de dire. Toutefois, ces articles n'imposent pas une obligation illimitée au cocontractant. La jurisprudence a donné une limite à la garantie des vices cachés<sup>888</sup>, l'obligation de garantir la chose telle qu'elle a été présentée à l'acquéreur n'a pas pour but de faire de son créancier un imprudent. Il doit

---

<sup>886</sup> JOURDAIN (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat », Rapport français, La bonne foi, in Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, p. 124.

<sup>887</sup> Obligation du bailleur de révéler les vices et charges. V. aussi, les articles 1725 à 1527 du même code qui obligent le bailleur de garantir son preneur contre les risques d'éviction ou du fait du tiers pour trouble de droit. Il en est de même de l'article 1643 du code civil qui précise que le vendeur « *est tenu des vices cachés, quand bien même il ne les aurait pas connus, à moins que dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ». Bien que ce texte ait un caractère général, la jurisprudence refuse de reconnaître la validité des clauses excluant ou limitant la garantie des vices cachés par le vendeur professionnel (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 nov. 1954, J.C.P. 1955, II, 8565 ; Cass. com., 24 octobre 1961, D. 1962, p. 46 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 janv. 1974, D. 1974, p. 288 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, Bull. civ. I, n° 188 ; Cass. com., 11 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 50, D. 1997, p. 535, note Mouloungui), celui-ci étant réputé connaître les vices de la chose et ce, même pour les contrats conclus entre professionnels (Cass. com., 27 novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 367 ; J.C.P. 1992, IV, 409), à moins qu'ils ne soient de la même spécialité (CRAMIER (P.), « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence), 2<sup>e</sup> partie, P.A., n° 117 du 13 juin 2000).

<sup>888</sup> MBA-OWONO (Ch.), « Non conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit commercial africain », *Juridis Périodique*, n°41, 2000, p. 107 et ss.

lui-même faire preuve de diligence lors de la conclusion du contrat en se renseignant auprès du détenteur de l'information. Ce qui constitue en soi une limite lorsque le droit des contrats est encore dominé par la théorie de l'autonomie de la volonté.

## B – LES LIMITES DE LA TRANSPARENCE ISSUE DU CODE CIVIL

**384.** Peut-on dire à la lecture des dispositions ci-dessus étudiées que les auteurs du code civil avaient vraiment voulu faire de la transparence un principe du droit des contrats ? Faire du contrat une relation dans laquelle chaque partie doit loyauté et bonne foi à l'autre ? La réponse à cette question n'est pas évidente. En effet, le raisonnement ci-dessus mené paraît un peu forcé. Il n'est pas certain que l'objectif principal de la législation sur le dol soit l'exigence d'une transparence. Les conditions dans lesquelles le dol peut être sanctionné traduisent pleinement les incrédulités du législateur de l'époque de Napoléon<sup>889</sup>. Enfermer le dol dans des conditions aussi strictes que l'exigence des manœuvres dolosives, constituées par des actes positifs avec l'intention de tromper et l'exigence du caractère déterminant du dol démontre qu'il n'était pas simplement question d'imposer une information loyale du cocontractant, mais d'éviter que celui-ci ne contracte contre sa volonté. La sanction du dol devait ainsi permettre d'annuler les contrats qui ont été conclus sans aucune volonté à la base, tout comme en cas d'erreur ou en cas de violence. Le dol constituait ainsi une institution au service de la théorie de l'autonomie de la volonté, puisque la volonté, toute puissante n'a pas été à l'origine du contrat, donc l'acte ne peut être que nul, car ne remplissant pas la condition essentielle à la formation des contrats.

**385.** C'est le constat de cette absence de protection offerte par le code civil qui a permis à la jurisprudence d'évoluer et admettre le dol par réticence. Cette consécration faite par une jurisprudence de la Cour de cassation venait combler les insuffisances de l'article 1116 du code civil dont on ne peut dire à

---

<sup>889</sup> CRAMIER (P.), « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence), 1<sup>re</sup> partie, P.A., n°116, du 12 juin 2000, n° 117 du 13 juin 2000.

la lecture qu'il prévoyait une telle solution. En effet, la première chambre de la Cour de cassation décide que, « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence, la banque qui sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »<sup>890</sup>. L'admission du dol par réticence qui était déjà perceptible dans certains arrêts antérieurs de la Cour de cassation<sup>891</sup>, constituait ainsi un prélude à l'institution d'une obligation généralisée d'information dans la théorie générale des contrats par la jurisprudence française<sup>892</sup>. Le silence est ainsi considéré comme une faute précontractuelle, une violation de l'obligation d'information qui pèse sur chaque contractant<sup>893</sup>.

**386.** La doctrine camerounaise a aussitôt intégré cette hypothèse comme faisant partie intégrante du droit prétorien camerounais<sup>894</sup>. La solution ne surprend pas. Il est d'usage dans le paysage juridique camerounais d'adopter les décisions des cours et tribunaux français lorsque ceux-ci se limitent à interpréter les règles du code civil qui n'ont pas encore fait l'objet d'une modification non applicable au Cameroun<sup>895</sup>. C'est dire que sur ce point, il est probable que le droit camerounais suive l'évolution de la jurisprudence française. Mais la jurisprudence camerounaise reste très timide et peu audacieuse en matière de droit des obligations et jusqu'à présent, elle n'a pas encore offert un exemple dans lequel le dol par réticence a été admis. C'est dire que cette solution aussi révolutionnaire qu'elle puisse être est encore loin

---

<sup>890</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ., I, n° 187, R.T.D.Civ., 1989, p. 736, n° 1, obs. Mestre, JCP 1989, II, n° 21363, note D. Legeais, Defrénois 1989, p. 1049, D. 1990, Somm. p. 385, obs. Aynès, Banque 1989, p. 758, obs. Rives-Lange.

<sup>891</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 1981, Bull. civ., I, n° 25, D. 1981, IR, p. 503, obs. Vasseur; Cass. com., 8 nov. 1983, Bull. civ., IV, n° 298, R.T.D.Com., 1984, p. 501, obs. Cabrillac et Teyssié. Cet arrêt de cassation visait expressément l'art. 1116 du c. civ., mais aussi, l'art. 1134, al. 2.

<sup>892</sup> Sur les différences entre les deux notions, v. JAMIN (Ch.), « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation des contrats », note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000 J.C.P, éd. G., 2001, n° 10510.

<sup>893</sup> V. aussi, l'article 3.8 des Principes d'UNIDROIT (art. 3/8 de l'avant projet d'Acte uniforme) qui sanctionne le dol par réticence.

<sup>894</sup> POUGOUE (P.G.) et ANOUKAHA (F.), op. cit., p. 43.

<sup>895</sup> Même les juges camerounais ont l'habitude de suivre les voies tracées par la jurisprudence française sans que rien ne les y oblige.

de séduire la jurisprudence camerounaise. Celle-ci reste encore figée dans les vieilles règles du code civil contrairement à la jurisprudence française qui a pourtant déjà reconnu les limites de la réticence dolosive dans l'exigence d'une transparence effective lors de la formation du contrat<sup>896</sup>.

387. En effet, cette obligation d'information dérivée de la théorie des vices du consentement doit épouser le contexte et la philosophie générale des vices du consentement. Le droit à la transparence spontanée reste très limité et le rôle du débiteur à l'information très important car dans la plupart de cas, il devra sonder lui-même le détenteur de l'information pour ne pas se laisser piéger. C'est ainsi qu'il n'y a pas dol si l'information dissimulée portait sur la valeur de la chose à partir du moment où le débiteur de l'information avait les connaissances nécessaires pour procéder à une bonne évaluation économique de l'objet du contrat<sup>897</sup>. Cette limite admise en droit commun des contrats, ne résiste pas pourtant dans les contrats nouvellement réglementés dans lesquels une obligation d'informer est formellement prescrite.

---

<sup>896</sup> V. notamment l'arrêt du 3 mai 2000 de la première chambre de la Cour de cassation précédemment cité, mais qu'il importe de rappeler les références (Bull. civ., I, n° 131, Contrats, Conc., Consom. 2000, comm. n° 140, obs. L. Leveneur, Defrénois, 2000, art. 37237, n° 64, obs. D. Mazeaud, R.T.D. Civ., 2000, p. 566, n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages, P. A., 5 déc. 2000, n° 242, p. 14, note B. Fromion-Hébrard. *Adde*, - J. Ghestin [ss la dir. de], Chron. Droit des obligations, J.C.P., éd. G., 2000, I, 272, obs. G. Loiseau) dans lequel il n'est pas retenu une obligation d'information fondée sur l'article 1116 du code civil à l'endroit d'un professionnel de la photographie qui s'était gardé d'avertir son cocontractant sur la valeur réelle des photographies qu'il lui proposait. Pourtant, dans un autre arrêt déjà cité aussi, il est reconnu que le dirigeant social, obligé de contracter de bonne foi a violé l'article 1116 en ne rappelant pas à ses cocontractants qu'il devait revendre les parts sociales objet du contrat à un prix très élevé et que les négociations sur cette revente étaient déjà bien avancées (Cass. com., 27 févr. 1996, Bull. civ., IV, n° 65, J.C.P. éd. G., 1996, II, 22665, note J. Ghestin, D. 1996, p. 518, note Ph. Malaurie, et p. 591, note J. Ghestin, P. A, 17 févr. 1997, n° 21, p. 7, note D. R. Martin ; *Adde* - CA Paris, 29 avr. 1994, RJDA 1994, n° 1299 ; - 9 juill. 1987, R.T.D.Civ., 1988, p. 337, obs. J. Mestre). Dans les deux cas, l'omission d'informer porte sur la valeur de l'objet du contrat pourtant, la jurisprudence retient deux solutions diamétralement opposées. L'idée soutenue par la doctrine selon laquelle l'obligation d'informer serait obligatoire dans les contrats de société à raison de *l'affectio societatis* alors qu'elle serait moins exigée dans les autres contrats est loin d'être satisfaisante. Voir la note de Ph. Malaurie précitée pour qui, « *ce jus fraternitatis n'existe que pendant la vie sociale et entre associés, non entre cédant et cessionnaire, puisque l'affectio societatis n'existe plus alors en la personne du cédant. Les intérêts du cédant et ceux du cessionnaire, loin d'être communs, sont devenus antagonistes. La cession est sans aucun rapport avec l'objet social, que le cédant cesse précisément de vouloir réaliser* ».

<sup>897</sup> PORACCHIA (D.), « Erreur fondamentale de fait ou de droit », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, 2003, p. 52.

## **Paragraphe 2 : Les nouveaux mécanismes de transparence**

388. La physionomie du droit des contrats n'a donc pas évolué au Cameroun et d'ailleurs dans la plupart des Etats membres de l'OHADA ayant hérité du code civil<sup>898</sup>. Pourtant, à défaut de suivre l'évolution de la jurisprudence française, les juges pourraient bien s'inspirer des réglementations sur les contrats spéciaux et pourquoi pas sur le droit communautaire pour revivifier un droit des contrats qui ne répond sans doute plus aux attentes des acteurs économiques. L'obligation d'information précontractuelle que ce dernier impose dans les contrats d'assurance, de transport des marchandises par route, d'agence commerciale ou encore de vente de fonds de commerce, constitue à n'en point douter un moyen de lutter contre les insuffisances de la théorie des vices du consentement contenue dans le code Napoléon. En outre, avec l'avènement d'un droit spécifique de la concurrence – aussi bien au niveau communautaire que national – dont on sait que la transparence est l'un des principes de conduite désormais imposés aux différents acteurs économiques<sup>899</sup>, il est certain que le droit des contrats dans son ensemble ne peut rester en dehors de cette nouvelle donne. L'extension de cette obligation d'information à tous les contrats devient donc une nécessité (A). Cependant, il ne suffit pas de préconiser une telle évolution de la théorie générale des contrats. Encore faudrait-il savoir comment elle intégrera valablement la théorie générale des contrats (B).

### **A – L'INFORMATION PRECONTRACTUELLE NECESSAIRE**

389. L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats généralise l'obligation d'information à travers l'exigence de la bonne foi

---

<sup>898</sup> V. ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE, Vol.9, Droit des contrats et de la responsabilité, 1982.

<sup>899</sup>FAGES (B.) et MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com, 1998, p. 74.



pendant l'exécution du contrat (1). Mais l'extension de l'obligation d'information à tous les contrats même ceux de droit commun doit être encadrée car il ne saurait être question d'imposer une information illimitée aux contractants. L'obligation d'informer doit rester une mesure spéciale destinée à rétablir les injustices les plus flagrantes qu'une volonté bien avisée ne peut accepter (2).

## **1 - La généralisation de l'obligation précontractuelle d'information**

**390.** La doctrine a accueilli sans beaucoup de réserves les premières tentatives de protection d'une partie au contrat à travers l'exigence d'une information. Aller au-delà des exigences du code civil et imposer à un contractant l'obligation d'informer son cocontractant était alors justifié par la nécessité de protéger la partie supposée faible dans le contrat, celle qui n'aurait pas les moyens nécessaires pour maîtriser les contours et même le contenu du contrat qu'il est parfois obligé de conclure<sup>900</sup>. L'obligation d'information était alors considérée comme une exception à la loi qu'impose la nature de certains contrats notamment les contrats de consommation, d'assurance, de transport etc... Ce qui ne contrariait pas la pensée juridique qui ordonne les règles autour du principe et d'exceptions<sup>901</sup>. Or la généralisation de cette obligation par les textes communautaires comme il a été étudié précédemment, pose bien évidemment la question de la fragilisation des règles du code civil. En effet, si les législateurs communautaires multiplient sans cesse l'exigence d'une obligation d'information dans tous les contrats spéciaux y compris dans ceux qui sont conclus entre professionnels, donc des contractants ayant *a priori* le même niveau de connaissance, comme en matière de vente du fonds de commerce, d'agence commerciale, voire de cautionnement ou de toutes les sûretés, cela prouve qu'à la base il y a un principe qui n'est plus efficace en lui-même, d'où la multiplication des exceptions.

---

<sup>900</sup> Supra, n° 276 et ss.

<sup>901</sup> GUELFUCCI THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., 1997, p. 370.

**391.** L'évolution ou la transformation par voie d'exception ne peut cependant s'éterniser au risque de vider le principe même de son contenu, de faire de ce principe un droit mort<sup>902</sup>. En effet, l'obligation d'information n'est plus seulement destinée à protéger une partie supposée faible au contrat. Son exigence dans les contrats conclus exclusivement entre professionnels le prouve amplement. Il s'agit d'une nouvelle vision des rapports contractuels. Ceux-ci ne doivent plus être dominés par l'individualisme et l'égoïsme des parties. Les parties doivent montrer un minimum de loyauté les uns envers les autres non seulement pour l'intérêt de chacun d'eux, mais surtout dans l'intérêt du contrat lui-même.

**392.** L'exigence d'une information précontractuelle dans le contrat d'assurance à fournir aussi bien par l'assuré que par l'assureur en est une illustration. C'est également dans l'intérêt du contrat que l'expéditeur des marchandises par voie de route est tenu de fournir toutes les informations utiles au transporteur aussi bien avant la conclusion du contrat que pendant son exécution. Mieux encore, la liste des informations dressées par l'article 118 de l'AUDCG et que le cédant du fonds de commerce doit donner sous peine de nullité du contrat de cession du fonds de commerce ne signifie nullement que c'est un contrat conclu entre un professionnel et un profane. Bien au contraire, l'acquéreur d'un fonds de commerce ne peut être qu'un commerçant qui connaît déjà les informations utiles à demander pour pouvoir apprécier la valeur du fonds de commerce. Il est bel et bien différent d'un consommateur d'assurance. Celui-ci se présente souvent devant les guichets sans avoir aucune notion du contrat d'assurance encore moins une information sur les notions de déchéance ou d'exclusion. Il doit pourtant conclure un contrat avec un professionnel qui maîtrise très bien les contours du contrat qu'il a lui-même élaboré.

**393.** Cette exigence incite les potentiels contractants à plus de diligence et de loyauté. Bien que les professionnels connaissent *a priori* ce qui est

---

<sup>902</sup> GUELFUCCI THIBIERGE (C.), op. cit., p. 371. Comp., TALLON (D.), « Grandeur et décadence du code civil français », in Mélanges M. Fontaine, Larquier, Bruxelles, 2003, p. 279 et ss.

conforme à leurs intérêts, l'exigence formelle d'un droit à l'information évite par exemple que la régularité et la familiarité qui naissent des relations d'affaires ne puisse conduire à une imprudence dommageable pour l'une des parties. Certains auteurs voient dans cette nouvelle approche des rapports contractuels, un pas vers l'abolition d'un droit des contrats fondé sur des intérêts antagonistes, et ce, pour mettre en œuvre un droit des contrats plus fraternel, reposant sur un *affectio contractus*<sup>903</sup>.

394. Il est dès lors important de se délier de la théorie des vices du consentement du code civil et même de ne pas se limiter à la notion de réticence dolosive qui présente encore des limites. L'obligation d'information doit être intégrée dans la théorie générale des contrats applicable au Cameroun et dans l'espace OHADA en général. A cet effet, l'article 1/6 de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats dispose que « *les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi* » et qu' « *elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». L'obligation de transparence présente de multiples facettes et permet à chaque contractant de maîtriser les contours de l'opération contractuelle en elle-même. Il est question pour chaque partie au contrat de donner à son partenaire des informations utiles, celles qui pourraient l'aider à se faire une idée précise du contrat qu'il est en train de conclure. L'information peut porter sur la valeur de la chose, auquel cas, l'obligation de transparence imposerait au propriétaire de la chose de dire sa valeur exacte à son cocontractant. Inversement, une formation de bonne foi du contrat inviterait l'acheteur qui connaît bien la valeur de la chose à lui proposer, d'informer son cocontractant qu'il se trompe sur la valeur réelle de la chose<sup>904</sup>.

395. L'information est surtout nécessaire pour les clauses aménageant l'exécution du contrat et celles régissant les droits et obligations de chaque partie au contrat. Très souvent, et ceci concerne les contrats d'adhésion, ceux-ci sont rédigés par une seule partie et soumis à l'autre pour approbation.

---

<sup>903</sup> MESTRE (J.), « L'évolution du droit des contrats en droit privé français », in L'évolution contemporaines du droit des contrats, Journées Savatier, 1985, p. 51

<sup>904</sup> Voir à propos des parts sociales, Cass. com., 26 févr. 1996, préc.

Dans ces contrats dont une grande partie ne bénéficie pas de la qualification de contrat de consommation<sup>905</sup>, l'exigence d'une transparence minimale s'impose. Il faudrait que les clauses contractuelles soient réellement connues des parties. Ce qui suppose que la formation du contrat nécessitera un temps un peu plus long<sup>906</sup>. La partie qui ne maîtrise pas le contenu du contrat a besoin d'un laps de temps pour prendre connaissance de ce contenu. C'est pour cela que les conditions générales doivent être remises avant la conclusion du contrat, et assez à temps pour qu'elle puisse les lire et essayer de les comprendre<sup>907</sup>.

**396.** En outre, la clarté s'oppose à la clandestinité<sup>908</sup>. Les clauses les plus importantes, celles qui sont susceptibles d'anéantir ou de limiter les droits de l'adhérent, doivent figurer en des caractères très apparents. Elles ne doivent pas être dissimulées dans le document contractuel, noyées au milieu des conditions générales<sup>909</sup> ou de nombreuses dispositions figurant au verso<sup>910</sup>. Il ne suffit donc pas qu'une partie ait signé un contrat pour qu'on considère qu'elle est liée par tout le contenu de ce contrat. Le juge devra rechercher si elle a vraiment eu le temps nécessaire pour prendre effectivement connaissance de son contenu et voir si ce contenu était rédigé de manière intelligible et lisible<sup>911</sup>. En somme, on doit exclure dans la

---

<sup>905</sup> Au Cameroun, l'article 27 de la loi n° 31/90 du 10 août 1990 considère comme contrats de consommation uniquement ceux conclus entre les professionnels et les consommateurs c'est-à-dire ceux qui agissent à des fins personnelles.

<sup>906</sup> Par exemple en matière d'assurance, il est exigé que l'assureur remette au preneur d'assurance la fiche d'information suffisamment à temps pour lui permettre de prendre connaissance effective des conditions générales et même des conditions particulières.

<sup>907</sup> C'est pour satisfaire à cette exigence qu'en droit de la consommation, un délai de réflexion est accordé au consommateur avant l'échange du consentement (art. 23 de l'avant-projet de l'Acte uniforme OHADA relatif à la vente à la consommation) et même après la conclusion du contrat pour lui permettre de se rétracter, donc, renoncer à la conclusion du contrat (CHRISTIANOS (V.), « Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D.1993, chron., p. 28 ; RAYMOND (G.), « La protection du consommateur dans les opérations de crédit : commentaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 », Gaz. Pal., 1978, II, Doct., p. 556).

<sup>908</sup> PAISANT (G.), « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, p. 240.

<sup>909</sup> Cass. com., 5 févr. 2002, Contrats, conc. consomm., 2002, comm., p. 88, note L. Leveueur.

<sup>910</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 1979, Bull. civ., I, n° 128, D. 1980, IR, p. 262, obs. Ghestin.

<sup>911</sup> Il va sans dire que cette exigence de compréhension empreinte un peu du subjectivisme car ce qui est intelligible pour l'un ne l'est pas forcément pour l'autre. D'où la référence faite par la Cour de cassation au standard de « consommateur moyen » (Cass. crim., 21 mai 1984, D.

formation des contrats, toute intention malveillante qui consisterait à tromper ou à utiliser la négligence du partenaire pour lui imposer des conditions qu'un homme avisé ne saurait accepter dans des circonstances normales.

## **2 – Les limites nécessaires à l'exigence d'une information précontractuelle**

**397.** Cette exigence de transparence ne doit pas pour autant conduire à une surinformation. Elle n'exclut pas une diligence de la part du créancier de l'information et une imprudence trop flagrante de ce dernier pourra être constitutive de mauvaise foi comme l'a précisé dans certaines circonstances la jurisprudence gabonaise. Dans une espèce dans laquelle le pourvoi invoquait la violation de l'article 2268 du code civil selon lequel, « *la bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* », la décision de la juridiction de cassation est sans équivoque : « *Attendu que l'arrêt infirmatif frappé de pourvoi déclare que la société SOCABA en achetant un matériel aussi important aurait dû s'assurer que son vendeur était bien le propriétaire du matériel qu'on lui proposait et ce, en se faisant produire les documents d'usage et notamment les cartes grises des véhicules qui lui étaient proposés ; qu'en statuant ainsi et loin d'avoir renverser la charge de la preuve, les juges du fond ont, par une motivation claire et suffisante, caractérisé la mauvaise foi dont l'existence est une question de pur fait relevant de leur souveraine appréciation ; que le moyen n'est pas fondé et doit être rejeté* »<sup>912</sup>. Il s'agit ici de ce qu'on peut appeler une légèreté blâmable, synonyme de mauvaise foi.

**398.** Par contre, cela ne signifie pas toujours que l'obligation d'information doit céder devant le devoir de renseignement de l'autre partie. Autrement dit, que l'information n'a pas toujours à être demandée. La Cour de cassation affirme dans une affaire dont les faits méritent d'être rappelés,

---

1985, p. 105, note Marguery ; 15 oct. 1985, D. 1986, IR, p. 397, obs. Roujou de Boubée ; 5 avril 1990, D. 1990, IR, p. 145). La Cour de Justice des Communautés Européennes prend pour référence « *un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » (CJCE, 28 janv. 1999, Sektkellerei Kessler, Rec., I, p. 532 ; 13 janv. 2000, Estée Lauder, Rec., I, p. 135).

<sup>912</sup> CS de Libreville, ch. jud., A. du 02 mars 1987, inédit.

que la « *réticence dolosive à supposer établie, rend excusable l'erreur provoquée* »<sup>913</sup>. En l'espèce, une vente avait été conclue avec pour objet un immeuble et un fonds de commerce, alors que ces biens ne remplissaient pas les conditions pour pouvoir être régulièrement exploités, ce que le vendeur n'avait évidemment pas révélé à l'acquéreur. Celui-ci demanda alors la nullité de la vente pour dol, mais fut débouté en appel, les juges lui reprochaient de ne pas avoir procédé aux vérifications élémentaires qui s'imposaient dans une vente entre professionnels. La Cour de cassation censure donc cet arrêt aux motifs que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur dont a été victime l'autre contractant. Il semble que la haute juridiction française invite à une comparaison de la gravité respective des fautes commises par les deux contractants. D'une part, une partie a dissimulé les informations qui s'avéraient pourtant décisives pour son cocontractant ; d'autre part, l'autre a omis de se renseigner, faisant preuve d'une légèreté certes blâmable<sup>914</sup>. L'erreur commise par celui qui devait se renseigner est plus excusable que la faute dolosive manifeste de son partenaire contractuel<sup>915</sup>. Cette jurisprudence qui s'avère contradictoire au fil du temps<sup>916</sup>, appelle à une réglementation minutieuse de l'obligation d'information pour qu'elle puisse faire partie de la théorie générale des contrats.

## B - L'INSERTION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION DANS LA THEORIE GENERALE DES CONTRATS

**399.** L'obligation d'information peut intégrer le droit des contrats soit par la voie jurisprudentielle, soit par voie législative. La première voie n'est

---

<sup>913</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 févr. 2001, D. 2001, jur. p. 2702, note D. Mazeaud, et somm., p. 3236, obs. L. Aynès, J.C.P., éd. G., 2002, II, 10027, note Ch. Jamin, Défrénois 2001, p. 703, note Libchaber, R.T.D.Civ., 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>914</sup> MOULY (J.), « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un travailleur) », D. 2003, chron., p. 2025.

<sup>915</sup> MESTRE (J.) et FAGES (B.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 févr. 2001, préc., p. 353. Dans le même sens, Cass. com., 15 févr. 2000, P. A., n°247, du 12 déc. 2000, note J. L. Courtier, dans lequel il est relevé que, « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence, la banque qui, sachant que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise ou, à tout le moins, lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager* ».

<sup>916</sup> JAMIN (Ch.), note sous cet arrêt, précité. Comp. avec Cass. com., 27 févr. 1996 préc. et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000.

possible que grâce à une interprétation audacieuse des principes du code civil sous l'influence des droits spéciaux dans lesquels l'obligation précontractuelle d'information est aujourd'hui largement reconnue. C'est cette voie qui est utilisée en France jusqu'à présent pour dynamiser les règles du code civil<sup>917</sup>. Comme précédemment mentionné, à partir du moment où la jurisprudence française a découvert un dol par réticence, la voie à la généralisation de cette obligation était déjà ouverte.

Aujourd'hui, même si l'obligation d'information n'a pas encore acquis une autonomie en dehors des droits spéciaux dans la jurisprudence française, sa violation est néanmoins sanctionnée dans tous les contrats lorsqu'elle aboutit à instituer un déséquilibre incompatible avec l'exigence de loyauté<sup>918</sup>. Mais cette voie continue même en France de susciter de vives critiques de la part de ceux qui estiment que les juristes risquent de dépasser la mesure fixée par la sécurité des transactions et le respect de la parole donnée en invoquant de manière systématique cette obligation de contracter de bonne foi<sup>919</sup>. Ainsi, selon le Pr. Philippe Malaurie, « *Il ne faut invoquer l'obligation d'information qu'avec mesure, à peine de produire sur la force obligatoire du contrat des effets pervers et ravageurs. Le secret des affaires est une des règles essentielles à la vie des affaires. Tout n'a pas à être dit. Il serait déraisonnable d'obliger tout contractant à une obligation illimitée d'informations* »<sup>920</sup>.

---

<sup>917</sup> V. par ex., l'arrêt particulièrement topique rendu le 2 mars 2007 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (06 15 267) suivant lequel « *le banquier qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* » ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).

<sup>918</sup> JOURDAIN (P.), op. cit., p. 124.,

<sup>919</sup> ANSELME-MARTIN (O.), « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », P. A., n°10 du 22 janvier 1997 ; LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : Un mythe », in Actes du colloque organisé à La Rochelle sur le thème : Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité les 3et 4 mai 2002

<sup>920</sup> Note sous Cass. com., 27 fév. 1996, préc., D. 1996, p. 518. Adde, PAISANT (G.), « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, p. 233.

400. Les réserves apportées à l'obligation d'information qui n'est certes pas destinée à imposer une obligation illimitée d'informer, mais qui devra être encadrée outre mesure par le juge, sont généralement justifiées par le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire qu'est la liberté contractuelle<sup>921</sup>. Or cette réserve ne tient qu'autant qu'une loi ne s'est pas interposée pour instituer cette obligation. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté tout comme celui de la liberté contractuelle ne sont pas des principes d'ordre constitutionnel<sup>922</sup>. Le législateur peut en réduire la portée et les conséquences qui lui sont attachées<sup>923</sup>. La voie législative se présente ainsi comme la mieux adaptée pour consacrer une obligation généralisée d'information en droit camerounais des contrats<sup>924</sup>. L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats doit donc être la voie pour instituer une meilleure transparence dans la théorie générale des contrats<sup>925</sup>.

401. Cet Acte uniforme qui sera calqué sur le model des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international<sup>926</sup> sera probablement d'un apport très positif pour l'exigence de transparence dans

---

<sup>921</sup> Le principe de la liberté contractuelle est ainsi présenté par J. M. Mousseron comme « *un principe de départ* » qui s'impose de lui-même, sans discussion possible (« Un principe de départ : la liberté contractuelle », *cah. Dr. Ent.*, 1995/2, p. 5). M. Xavier Lagarde écrit aussi que : « *Le principe de la liberté contractuelle s'oppose en effet à ce qu'un contrat fasse systématiquement l'objet d'un contrôle préalable de légalité avant sa mise à exécution* » (« Office du juge et ordre public de protection », *J.C.P.*, éd. G., 2001, I, Etudes, 314, n° 9).

<sup>922</sup> Pour certains, « *le principe de l'autonomie de la volonté fait, au mieux, figure de statue aux pieds d'argile* » (SOURIOUX (J.-L.), « Introduction au cours de droit des obligations », *Clés pour le siècle*, D. 2000, p. 513, n°626).

<sup>923</sup> Cons. Const., déc. 94-348 DC du 3 août 1994, *J.C.P.*, 1995, II, 22404, note Y. Broussolle, D. 1995, somm., p. 351, obs. P. Gaïa. Voir aussi, MOLFESSIS (N.), « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées nationales, t. I, Lille, 1996, p. 73.

<sup>924</sup> Il importe de noter que le projet « Catala » sur la réforme du titre III du livre III du code civil généralise l'obligation d'information à l'article 1110, tout en l'enfermant malheureusement dans des limites qui risquent d'anéantir toute son efficacité (dans ce sens, v. Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, n°24, disponible sur, [http://www.courdecassation.fr/avant\\_projet\\_10700.html](http://www.courdecassation.fr/avant_projet_10700.html), mise à jour, sept. 2007).

<sup>925</sup> Pour vue qu'il soit applicable à tous les contrats, v. supra, n° 362 et 363.

<sup>926</sup> Les Principes d'UNIDROIT sont le fruit d'années d'études approfondies au sein d'un groupe de travail spécial formé d'experts au plus haut niveau dans les domaines du droit des contrats et du droit du commerce international, et provenant des plusieurs systèmes juridiques et socio-économiques. Le groupe a été aidé par un grand nombre d'éminents juristes des milieux de la magistrature, des administrations nationales, de l'université et de la pratique, dont l'avis a été régulièrement sollicité.



les relations contractuelles. En effet, l'article 1/6 de cet avant-projet qui reprend les dispositions de l'article 1.7 des Principes d'UNIDROIT dispose que : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi ; elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». La bonne foi deviendra donc si l'avant-projet est adopté, un principe fondamental de la théorie générale des contrats applicable dans tous les Etats membres de l'OHADA. Cette solution sera révolutionnaire à plus d'un titre. Le code civil ne faisait appel à la notion de bonne foi que lors de l'exécution du contrat, encore que la jurisprudence s'était réservée pendant longtemps de lui donner une portée précise<sup>927</sup>. Le nouveau texte impose le respect de la bonne foi aussi bien pendant la conclusion du contrat que pendant son exécution et même lors de sa rupture. Le processus de formation du contrat devra donc faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*, pour analyser et sanctionner le comportement des contractants qui n'auraient pas agi de bonne foi. Il va sans dire que dans cet examen post conclusion, le silence occupera une place importante dans l'analyse du juge pour autant qu'il aura causé un préjudice à un cocontractant. L'avant-projet d'Acte uniforme renforce cette exigence à son article 2/15 (2.1.15 des Principes d'UNIDROIT) en sanctionnant la mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des négociations<sup>928</sup>.

**402.** Le futur droit uniforme africain s'inscrit ainsi parmi les multiples droits des contrats, empreints de modernité, adoptés ces dernières années dans la plupart des pays de tradition civiliste<sup>929</sup>. Particulièrement, l'article 1375 du code civil québécois fait de la bonne foi une règle qui doit gouverner la conduite des parties au moment de la naissance, de l'exécution et de l'extinction des obligations. Les Principes du droit européen du contrat suivent la même logique. La formulation de l'exigence de la bonne foi à l'article 1 :201 des PDEC épouse bien évidemment cette nouvelle donne en la

---

<sup>927</sup> Infra, n° 407.

<sup>928</sup> « *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.*

*Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* ».

<sup>929</sup> Supra, n° 368 ; MASSE (C.), op. cit., p. 218 et ss.

matière<sup>930</sup>. Le droit français des contrats est également sur la voie d'une transformation radicale. L'avant-projet de réforme du titre III du livre III du code civil rédigé sous la plume des Professeurs P. Catala et G. Cornu est à cet effet révélateur<sup>931</sup>. Ayant pour ambition de refaire du code civil « *la matrice du droit français des contrats* »<sup>932</sup>, l'avant projet déposé sur la table de l'Assemblée Nationale incorpore directement dans le code civil les obligations jusque là imposées uniquement dans les contrats spéciaux. Les obligations d'information, le droit de repentir, le délai de réflexion et bien d'autres deviennent ainsi le droit commun de la formation du contrat.

**403.** Mais l'exigence de la bonne foi faite dans le cadre de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au contrat est-elle à elle seule suffisante pour assurer une transparence lors de la formation des contrats ? Cela aurait paru suffisant si l'avant projet d'Acte uniforme avait livré le secret de cette notion. Elle n'est définie nulle part dans cet avant-projet ni par les Principes d'UNIDROIT. Et si on peut s'évertuer à trouver une définition à cette notion, cela ne suffirait pas à lui trouver un contenu objectif qui permettrait aux contractants de savoir d'avance si tel acte ou tel comportement serait contraire à la bonne foi. Il s'agirait selon certains auteurs, d'une « *notion-cadre* »<sup>933</sup>, donc susceptible d'englober différents aspects.

La question est donc celle de savoir où se trouve la place de l'obligation de transparence dans cette exigence de bonne foi. Sans doute, si on peut admettre que l'exigence de bonne foi en matière contractuelle implique d'agir avec loyauté, c'est-à-dire, en empruntant la définition du Petit Robert, avec « *fidélité à obéir aux règles de l'honneur et de la probité* »<sup>934</sup>, l'éclairage nouveau qui en résulte est la consécration de cette obligation d'information

---

<sup>930</sup> MESTRE (J.), « Bonne foi », in Principes du droit européen du contrat, op. cit. p. 42.

<sup>931</sup> MAZEAUD (D.), Observations conclusives des travaux de l'Association H. Capitant relatifs à l'avant-projet de réforme du titre III du livre III du code civil, 2005 voir sur : [http://www.henricapitant.org/IMGpdf/Observations\\_conclusives\\_de\\_Denis\\_Mazeaud.pdf](http://www.henricapitant.org/IMGpdf/Observations_conclusives_de_Denis_Mazeaud.pdf)

<sup>932</sup> Revet (Th.), « La recodification, entre tentation et illusion », in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p. 453.

<sup>933</sup> PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse, DIJON, 1987, L.G.D.J., 1989, préface de G. Couturer, p. 90.

<sup>934</sup> V. ONANA ETOUNDI (F.), op. cit., p. 695.

au stade de la formation du contrat. La jurisprudence devra s'évertuer à chercher le contenu de cette information obligatoire. La tâche ne sera pas du tout facile comme le montre l'imbricatio de la jurisprudence française précédemment étudiée. La question principale sera celle de savoir si l'obligation de contracter de bonne foi qui engendre l'obligation d'informer doit être rattachée à la théorie des vices du consentement ou être considérée de manière autonome. L'une ou l'autre solution entraîne des conséquences diamétralement opposées. En outre, le fait que l'obligation d'informer soit contenue dans une notion plus large qu'est l'obligation de négocier et de contracter de bonne foi laisse une marge de manœuvre trop grande aux juges, ce qui n'est pas rassurant pour la sécurité des transactions<sup>935</sup>. Cela suppose que le juge doive dans chaque espèce apporter une motivation suffisante à la décision retenue. Or dans un Etat comme le Cameroun où la jurisprudence est morose, on peut craindre que cette ouverture ne produise pas les effets escomptés.

**404.** L'exigence de la transparence à travers l'obligation générale de bonne foi peut donc être insuffisante pour garantir à elle seule une transparence nécessaire pour l'assainissement des relations contractuelles. Cependant, elle invite le juge à un examen particulier de chaque contrat et évite un étouffement des législations particulières qui n'ont d'autre effet que de rendre le droit inintelligible<sup>936</sup>. La méthode utilisée jusqu'à présent par le législateur du droit communautaire est en effet empruntée du droit français où le « *législateur a choisi d'appréhender au coup par coup des situations de dépendance ou d'inégalité qui ne sont malheureusement pas près de s'éteindre* »<sup>937</sup>. Cette inflation législative dont les effets nocifs sont soulevés régulièrement par la doctrine<sup>938</sup>, appelle à méditer sur ces paroles de Portalis selon lesquelles, « *On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui*

---

<sup>935</sup> V. notamment la note de Ch. JAMIN sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 févr. 2001, préc.

<sup>936</sup> A force de vouloir être trop précis, le législateur contemporain adopte parfois des lois à la fois trop complètes et insuffisantes ; à vouloir tout prévoir, il finit par se contredire et créer des vides législatifs dans des situations que les règles d'ordre général auraient pourtant pu résoudre.

<sup>937</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 262.

<sup>938</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », J.C.P., éd. G., 1999, Etude, n° 170.

*traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition »<sup>939</sup>.*

**405.** Le futur droit des contrats s'il est adopté, pourra, s'il est fait confiance au juge, se limiter à cette obligation générale, quitte à la jurisprudence de prendre le relais. Le droit des contrats spéciaux pourrait alors apporter d'importantes clarifications sur les obligations essentielles des parties. Ainsi, la particularité de chaque contrat pourra exiger qu'on impose telle obligation particulière d'information. Par exemple, la nature du contrat d'assurance, impose que des informations particulières soient données de part et d'autres et c'est la raison pour laquelle le code CIMA impose une information bilatérale. De même, dans le contrat de transport des marchandises par route, l'AUCTMR intervient pour appuyer la nécessité de partager l'information et déterminer avec précision le contenu de cette information. Tous ces contrats spéciaux pourraient alors constituer des exemples de transparence exigée par la règle générale, la nouvelle théorie générale des contrats, et devront guider le juge dans la détermination du contenu exacte de cette obligation d'informer exigée de manière générale par le futur l'Acte uniforme.

**406.** Tout ceci conduit à la conclusion selon laquelle la formation du contrat sera désormais plus marquée par le formalisme, car c'est celui-ci qui permet de protéger au mieux les intérêts des parties. Exiger une transparence ce n'est jamais moins qu'exiger certaines mentions, certaines informations et le moyen le plus simple de prouver que cela a été respecté, c'est de fournir l'écrit support des consentements. Le formalisme notamment celui des

---

<sup>939</sup> J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1<sup>er</sup> Pluviose an IX, in *Rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 53, cité par SOURIOUX (J.-L.), op. cit., p. 514.

contrats spéciaux a une « *nature formulaire* » ; parce que le législateur est soucieux de garantir la transmission de l'information, il s'intéresse de près au contenu des formalités allant parfois, dans les cas extrêmes, jusqu'à imposer une formule, comme c'est par exemple le cas en matière de cautionnement donné par un particulier<sup>940</sup>. Peu importe alors que le principe du consensualisme soit mis de côté, c'est en tout cas pour une bonne raison. L'intérêt des parties et celui du contrat imposent en effet le respect d'une transparence minimale aussi bien lors de la formation du rapport contractuel que pendant l'exécution des obligations qui en résultent.

## SECTION 2

### LA TRANSPARENCE LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT

407. Plaider pour la généralisation d'une obligation de transparence pendant l'exécution du contrat pose de prime à bord le problème de l'amplification du contenu des contrats que d'aucuns ont nommé le procédé de « *forçage du contenu contractuel* »<sup>941</sup>. En effet, qu'une transparence soit exigée à la formation du contrat, cela pose en général moins de difficultés à la théorie générale des contrats que ne l'est une exigence de transparence lors de l'exécution. La transparence au moment de la formation des contrats n'est en effet qu'un renforcement de la théorie des vices du consentement déjà prévue par le code civil. Par contre, une obligation de transparence fût-elle réduite à l'exigence d'une obligation d'information n'est jamais moins qu'un engorgement du contenu contractuel comme l'a été l'obligation de sécurité ou encore l'obligation de surveillance découvertes par la jurisprudence.

---

<sup>940</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », J.C.P., éd. G., 1999, Etude, 170 n° 15 ; KALIEU (Y.R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », disponible sur, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), réf : Ohadata D-03-02.

<sup>941</sup> JOSSERAND, Le forçage du contenu contractuel, études Gény, t. 2, p. 340, cité par BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 286. LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », Droit et Patrimoine, n° 58, 1998, pp.69-77

Alors que le droit civil des contrats offrait des instruments d'un contrôle minimal de l'exécution du contrat que sont les articles 1134 al. 3 et 1135 du code civil, la jurisprudence soutenue par la doctrine libérale a neutralisé ces brèches<sup>942</sup>, réduisant la bonne foi à une « *disposition technique, dépourvue de signification essentielle* »<sup>943</sup>. Mais on sait qu'aujourd'hui aussi bien la jurisprudence que les droits des contrats spéciaux notamment ceux qui ont fait l'objet de la première partie de ce travail imposent de plus en plus un devoir d'informer, de renseigner voire de conseiller pendant l'exécution des obligations contractuelles. Le moyen le plus simple d'y parvenir a été l'exploration de la notion de bonne foi par la Cour de cassation. C'est dire qu'avec l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats qui est par ailleurs irrigué par une exigence accrue de la bonne foi des parties au contrat<sup>944</sup>, il est plus que temps de réfléchir sur la notion de transparence qui en résulte. Celle-ci pose en effet deux problèmes d'importance variable. Celui du contenu même d'une telle obligation (Paragraphe 1) et celui de sa nature juridique (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Le contenu de l'obligation de transparence dans l'exécution du contrat**

**408.** Exécuter le contrat de bonne foi comme l'exige l'article 1/6 de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, revient à l'exécuter de manière loyale, sans abuser des droits que chaque partie détient du contrat. Il en résulte une loyauté et une coopération inhérente à la relation contractuelle que chaque partie doit à l'autre. La transparence peut ainsi être soit une conséquence du devoir de loyauté (A), soit une conséquence du devoir de coopération (B).

---

<sup>942</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, arrêt canal de Capronne, DP 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot.

<sup>943</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), op. cit., n° 374.

<sup>944</sup> ONANA ETOUNDI (F.), op. cit., p. 95.

## A – LA TRANSPARENCE COMME CONSEQUENCE DU DEVOIR DE LOYAUTE

409. La transparence doit résulter d'une exécution normale des obligations nées du contrat. Leur exécution doit se faire de manière loyale, c'est-à-dire exclusive de mauvaise foi et d'abus, dans le sens du contrat plutôt que dans celui des intérêts de la partie qui exécute<sup>945</sup>. Ce premier sens de la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat, conduit à une interprétation fidèle du contenu du contrat, sans que cette notion de fidélité soit comprise avec trop de rigidité<sup>946</sup>. Ce qui revient à l'explication que DEMOLOMBE donnait de l'article 1134 al. 3 du code civil et selon laquelle, les contrats doivent être interprétés conformément à l'intention des parties, plutôt que par référence à la lettre du contrat<sup>947</sup>.

410. Le devoir de loyauté peut être transgressé d'abord lorsqu'une partie au contrat utilise des manœuvres frauduleuses pour empêcher l'autre partie d'exécuter sa prestation ou pour l'empêcher de retirer du contrat le bénéfice qu'il était en droit d'attendre<sup>948</sup>. De même, manque à son devoir de loyauté, le débiteur qui se mettrait volontairement dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation ou ne l'exécuterait pas volontairement. Il s'agit de la sanction d'une inexécution intentionnelle ou dolosive du contrat<sup>949</sup>.

411. Il y a ensuite manquement au devoir de loyauté lorsqu'une personne utilise de manière abusive les droits résultant du contrat<sup>950</sup>. La notion d'abus de droit pour autant n'est pas aussi facile à cerner. Elle est tantôt définie comme un « *acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui,*

---

<sup>945</sup> LIBCHABER (R.), « Réflexion sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 228.

<sup>946</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n°440. *Adde*, PICOD (Y.), *op. cit.*, p. 90 et ss.

<sup>947</sup> Cité par BENABENT (A.), « La bonne foi », *op. cit.*, p. 292.

<sup>948</sup> Cass. civ., 17 janv. 1906, S. 1909, I, 205.

<sup>949</sup> *Infra*, n° 666.

<sup>950</sup> FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, 1997, n°553.

sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit »<sup>951</sup>, tantôt comme étant le fait de commettre une faute même d'imprudence ou de négligence dans l'exercice d'un droit<sup>952</sup>. On note surtout que la Cour de cassation utilise indistinctement les notions d'abus et de bonne foi lorsqu'il est question de sanctionner les comportements du contractant<sup>953</sup>.

412. L'appel à la notion d'abus a surtout servi à contrôler la rupture du lien contractuel dans les contrats à durée indéterminée dans lesquels, la résiliation unilatérale est toujours sous-entendue nonobstant clause contraire<sup>954</sup>. Mais avec les proportions que prend la notion de bonne foi et sa conséquence qu'est le devoir de loyauté dont le destin est de devenir une obligation à part entière, le recours à la notion d'abus devient sans doute inutile pour caractériser le manquement à la notion de bonne foi ou au devoir de loyauté. Il faut d'ailleurs dire que le recours à la notion d'abus a été fait en matière contractuelle lorsque la jurisprudence ne reconnaissait pas à la bonne foi le rôle qui lui est aujourd'hui attribué. D'après le professeur CHAZAL<sup>955</sup>, le recours à la notion d'abus de droit pour sanctionner les comportements déloyaux du créancier était d'ailleurs quelque peu malhonnête car on faisait appel à une notion régie par les articles 1382 et suivants du code civil alors que le droit des contrats a des dispositions propres et plus efficaces pouvant permettre d'atteindre le même but<sup>956</sup> ; ce qui était par ailleurs contraire au principe du non cumul des deux responsabilités.

---

<sup>951</sup> SALEILLES, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du code civil, Bulletin de la société d'études législatives, 1905, t. IV, p. 322 et ss. cité par ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », op. cit., p. 32.

<sup>952</sup> MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), « Leçons de droit civil, t. II, vol. I, Les Obligations, 9<sup>e</sup> éd. Par F. Chabas, 1998, n° 458.

<sup>953</sup> Cass. com., 5 oct. 1993, J.C.P., 1994, II, 2224, obs. Ch. Jamin.

<sup>954</sup> V. par ex., Cass. com., 5 oct. 1993, préc., Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995, Bull. civ., I, n° 57, D. 1995, Jur., p. 389, note Ch. Jamin, ibid., Somm., p. 230, obs. D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 1995, p. 623, obs. J. Mestre; 16 avr. 1996, Lestienne c/ Cts Martinez, inédit, cité par J. Mestre, in R.T.D.Civ., 1996, p. 900. V. notamment GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, 2001, n° 621 et ss., p. 663 et ss.

<sup>955</sup> « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ?, in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, p. 110.

<sup>956</sup> BENABENT (A.), « La bonne foi », op. cit., p. 298.



413. L'exigence de loyauté a enfin comme conséquence l'exigence d'une constance dans le comportement, synonyme de respect de la parole donnée et de la transparence des intentions. Le Professeur D. Mazeaud y voit un devoir de cohérence dans la mesure où, l'attitude affichée lors de la conclusion du contrat a fait naître une confiance légitime chez l'interlocuteur<sup>957</sup>. Les parties n'ont pas droit d'avoir des arrières pensées du moins celles qui sont susceptibles de contredire les intentions manifestées lors de la formation du contrat<sup>958</sup>. L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats est très précis à cet égard. Aux termes de l'article 1/7, « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente légitime qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ». La transparence invite donc les parties à ne pas adopter des comportements déloyaux en empruntant des voies détournées pour obtenir des résultats contraires à l'économie du contrat<sup>959</sup>. Par exemple, manque à son obligation de loyauté le créancier qui exige, au nom de la fidélité dans l'exécution, des dépenses disproportionnées avec l'utilité du but à atteindre<sup>960</sup>. De même, il a été jugé que l'obligation de loyauté impose à celui qui veut mettre en œuvre la faculté de résolution unilatérale de respecter un délai de préavis et que, pendant

---

<sup>957</sup> « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 614.

<sup>958</sup> D'après M. Aynès, la loyauté exige « *d'adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double, qui égare autrui et ruine ses prévisions (...) Dans cette direction, le devoir de loyauté entretient des rapports étroits avec l'apparence, que tous les systèmes de droit exaltent, lorsqu'elle se sépare de la réalité : de nous-mêmes, autrui ne percevra jamais que des signes. La loyauté interdit de renier l'apparence, au détriment d'autrui* » (AYNES (L.), « Obligation de loyauté », Archives de philosophie du droit, 2000, p. 197). Cela se justifie d'après M. Coppens, par le fait que « *le contrôle intersubjectif des actions d'autrui dans le cadre d'un ordre juridique ne peut nécessairement se fonder que sur les apparences de comportement. Du point de vue de la philosophie de l'action, cela signifie que les différents acteurs juridiques et, singulièrement, les juges, n'ont pas un accès "direct" aux causes de l'agir, encore moins aux mobiles déterminants de l'acte juridique. Ils n'ont accès qu'aux raisons d'agir, c'est-à-dire aux raisons incarnées dans les comportements* » (COPPENS (Ph.), « De l'intention et de la volonté dans les contrats », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 99-100, n° 15).

<sup>959</sup> MESTRE (J.), « Transparence et droit des contrats », op. cit., p. 87.

<sup>960</sup> Cass. req., 23 mars 1909, S. 1909, I, 552.

l'écoulement de ce délai, serait également exclusif de loyauté, le fait pour le créancier de refuser de lever l'exclusivité qui était imposée au débiteur<sup>961</sup>.

414. Toujours dans l'optique d'une cohérence dans les comportements, on note que la Cour de cassation sanctionne dans les contrats de distribution exclusive, le comportement du concédant qui incite le distributeur à faire des investissements importants dans l'espoir de faire bonne impression et rester dans le réseau de distribution, alors qu'il avait déjà l'intention de mettre un terme au contrat<sup>962</sup>. En effet, cette rupture brutale des attentes légitimes du comportement du concédant, peut être analysée comme « *des créations illégitimes d'asymétries d'information qui engendrent des coûts excessifs* »<sup>963</sup> dans le chef du distributeur. C'est pourquoi, ce changement brusque de comportement est inadmissible, car susceptible de ruiner le distributeur qui avait pourtant la possibilité d'utiliser les investissements suggérés pour intégrer un autre réseau<sup>964</sup>. C'est justement ce genre de comportement qui est interdit à l'article 1/7 de l'avant projet d'Acte uniforme précité.

415. L'objectif est finalement de permettre à chaque partie de profiter sans obstacles de l'exécution du contrat, et si cet objectif ne peut être atteint par une simple loyauté, le devoir de coopération prend le relais pour redonner à la bonne foi l'importante place qu'elle devrait dorénavant occuper dans toutes les phases du contrat.

---

<sup>961</sup> CA Paris, 26 mars 1999, J.C.P. 1999, II, n° 10244, obs. J.-P. Chazal, R.T.D.Civ., 2000, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages ; voir également, MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 25 avr. 2001, D. 2001, somm., p. 3237.

<sup>962</sup> Cass. com., 5 avril 1994, Bull. civ., IV, n° 149, p. 118, Contrats, Conc., Consomm., 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, R.T.D.Civ., 1994, p. 603, n° 10, obs. J. Mestre, J.C.P., 1994, éd. G, I, 3803, n° 7, obs. Ch. Jamin, D. 1995, p. 355, note G. Viramassy, D. 1995, somm., p. 90, obs. D. Mazeaud, D. 1995, somm., p. 69, obs. D. Ferrier.

<sup>963</sup> COPPENS (Ph.), op. cit., p. 101.

<sup>964</sup> JAMIN (Ch.), « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », op. cit., La cour d'appel de Douai sanctionne également dans les mêmes conditions une société pour rupture brutale des relations économiques alors qu'elle avait incité son partenaire à faire d'énormes investissements en concluant au passage un contrat de référencement qui ne pouvait que faire croire à ce dernier que la relation contractuelle devait continuer après l'année en cours (Douai, 15 mars 2001, D. 2002, jur., p. 307, note Ch. André, R.T.D.Civ., 2002, p. 296, obs. J. Mestre et B. Fages) certes, avant de réduire le montant de la réparation parce que la société victime de cette rupture n'avait rien fait auparavant pour limiter son dommage en ne multipliant pas ses partenaires alors qu'elle en avait les moyens (supra, n° 324 et ss.).

## B - LA TRANSPARENCE COMME CONSEQUENCE DU DEVOIR DE COOPERATION

416. Bien que l'obligation de coopération soit considérée aujourd'hui comme la manifestation d'une nouvelle vision du droit des contrats dite socialisante, l'idée de coopération dans les contrats n'est pas si nouvelle que ça dans la doctrine civiliste française. Demogue affirmait déjà dans son *Traité des obligations* paru en 1931 que : « *une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »<sup>965</sup>. L'idée est bel et bien celle d'un partage de l'information en cours d'exécution du contrat sans qu'il soit besoin que les contractants aient mis cette obligation à la charge de l'une ou de l'autre partie. Aujourd'hui, à l'heure où on parle de plus en plus de contrat solidaire et que la législation tend elle-même à adopter cette approche moins antagoniste des relations contractuelles, les écrits de Demogue reflètent bien ce qu'il convient de mettre à la charge des contractants. Il est désormais question de quitter le domaine traditionnellement reconnu comme « *terre d'élection* » du devoir de coopération<sup>966</sup>, pour étendre ce devoir de coopération dans tous les contrats.

417. L'étude de quelques contrats spéciaux réglementés au niveau communautaire a montré que cette obligation est de plus en plus généralisée et permet de combler les insuffisances de la théorie générale du contrat basée sur l'autonomie de la volonté, qui entraîne comme conséquence l'égoïsme de chaque partie au contrat. Les Principes d'UNIDROIT, modèles du futur droit africain des contrats dans son chapitre 5 réservé au contenu du contrat et aux droits des tiers, en fait une obligation générale pesant sur les parties au contrat. L'article 5/3 de l'avant projet d'Acte uniforme (article 5. 1. 3 des

---

<sup>965</sup> DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, n°29, cité par CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 110.

<sup>966</sup> Il s'agit du contrat des sociétés, du contrat de travail ou encore du contrat d'édition. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 441, p. 438.

Principes d'UNIDROIT) dispose *in limine* que « *Les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations* ». Cet article invite chaque contractant à ne pas essayer d'exploiter les failles d'une partie au contrat pour augmenter ses droits à réparation. Il est question d'inviter chaque contractant à respecter son cocontractant en protégeant si possible les intérêts de ce dernier. L'obligation de coopération va donc au-delà d'une simple obligation de transparence<sup>967</sup>. Elle est la conséquence d'un devoir plus général de solidarité contractuelle qui oblige chaque contractant à agir « *de sorte que son cocontractant puisse, d'une part, profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part, exécuter sans difficulté ses propres obligations* »<sup>968</sup>. Même en se limitant à une obligation de transparence, on constate que contrairement à la conception classique qui avait cantonné l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi seulement à la charge du débiteur, l'obligation de transparence tout comme le devoir de coopération pèse désormais à la fois sur le débiteur (1) et sur le créancier (2).

## **1 – L'obligation de transparence pesant sur le débiteur**

**418.** L'obligation d'informer en cours du contrat pèse d'abord sur le débiteur. Celui-ci, tenu d'exécuter le contrat de bonne foi, doit informer le créancier des évènements survenus après la conclusion du contrat et qui peuvent avoir des effets sur les droits de ce dernier. Cette obligation d'informer est particulièrement réglementée dans certains contrats spéciaux. C'est notamment le cas lorsque des actes passés par le débiteur peuvent avoir pour effet de diminuer l'assiette de la garantie du débiteur<sup>969</sup>. Sans avoir ici à

---

<sup>967</sup> V. par ex. les articles 240 de l'AUDCG qui oblige dans la vente commerciale, l'acheteur de prendre des mesures raisonnables pour faciliter la livraison et 241 de l'AUDCG qui oblige le vendeur de prendre des mesures raisonnables pour conserver la marchandise si l'acheteur tarde à prendre livraison. V. également l'AUCTMR qui impose à la partie qui est en possession de la marchandise de la conserver même s'il n'en a plus la garde.

<sup>968</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 618.

<sup>969</sup> V. par ex. Art. 18 al. 2, AUS qui dispose que : « *la caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer, en sa faveur, par le fait du créancier* », texte connu sous le nom de bénéfice de cession d'action ou de subrogation ou encore d'exception de subrogation (ANOUKAHA (F.) et al., OHADA, Sûretés,

imposer une information générale sur tous les actes du débiteur, l'Acte uniforme relatif aux sûretés à la suite de la loi du 17 mars 1909 garantit le droit à l'information des créanciers nantis. Ceux-ci doivent être informés des actes passés par le débiteur sur le fonds nanti par acte extrajudiciaire s'il s'agit du déplacement du fonds au moins 15 jours avant la date effective de déplacement<sup>970</sup>. Cette information a pour but de protéger les intérêts du créancier dans la mesure où tout déplacement du fonds peut avoir une influence sur la clientèle qui est aux termes de l'article 104 AUDCG, un élément obligatoire voire essentiel du fonds de commerce. Tout déplacement peut donc amoindrir la valeur du fonds grevé et le créancier nanti a intérêt à le connaître. Tout défaut d'information ou une mauvaise exécution de cette obligation devant entraîner déchéance du terme pour le débiteur<sup>971</sup>. Mais l'Acte uniforme relatif aux sûretés reste muet dans les autres circonstances. Ainsi en est-il lorsqu'un seul élément du fonds de commerce est déplacé ou lorsqu'il y a changement d'exploitation<sup>972</sup> ou la saisie des éléments du fonds grevé. Aucune obligation d'information ne pèse sur le débiteur dans toutes ces hypothèses. Pourtant, il est possible que le fonds grevé diminue considérablement du fait de la variation à la suite de tous ces évènements.

**419.** C'est dire qu'en dépit d'une réglementation de l'obligation d'informer dans ce contrat, le législateur n'a pas pu épuiser les circonstances réelles qui nécessitent une information diligente de la part du débiteur. Dans cette situation, certains auteurs ont proposé de retourner dans le droit de la responsabilité délictuelle pour chercher les bases d'une condamnation du débiteur qui manquerait à ce devoir qu'ils sentent naturel, pour sanctionner le

---

coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Juriscope, 2002, n° 103), il invite le créancier à prendre soin des intérêts de la caution, à faire preuve de moins d'égoïsme, car très souvent, assuré d'être payé par la caution, il pourrait se plaire à laisser s'épuiser les autres moyens, ce qui diminue les chances de succès de l'action subrogatoire de la caution. C'est la passivité fautive du créancier qui est sanctionnée ici. Cette responsabilité est reconnue même lorsqu'il n'a pas agi en temps utile (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1993, Bull. civ., I, n° 75).

<sup>970</sup> L'information peut en outre porter sur la résolution de la vente du fonds de commerce, elle doit être livrée par le vendeur du fonds de commerce qui intente l'action en résolution (art. 136 AUDCG) ou sur la menace de résiliation du bail, auquel cas c'est le bailleur qui est tenu de notifier sa demande de résiliation aux créanciers inscrits (article 87 al. 1<sup>er</sup> AUS)

<sup>971</sup> ANOUKAHA (F.) et al., OHADA, Sûretés, op. cit., n° 336.

<sup>972</sup> Voir en France les lois des 12 mai 1965 et 16 juillet 1971.

débiteur<sup>973</sup>. Or pourquoi faudrait-il toujours retourner dans les articles 1382 et suivants du code civil pour essayer de résoudre les questions du droit des contrats alors que celui-ci dispose des solutions internes propres et tout aussi efficaces. L'important a-t-il été dit, est de se délier un temps soit peu de la théorie de l'autonomie de la volonté. La découverte d'un droit des contrats moins individualiste permet de brandir la notion de bonne foi et l'une de ses conséquences qu'est le devoir de coopération qui pèse sur chaque contractant pour sanctionner l'inertie du débiteur dans toutes ces hypothèses.

Ne peut en effet être de bonne foi celui qui donne un bien en garantie d'une dette et s'abstient d'informer le créancier des modifications susceptibles de réduire l'assiette de la sûreté. L'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats pourra d'ailleurs permettre indirectement au créancier de vaincre les machinations de son débiteur. Aux termes de l'article 6/6 de ce texte, le débiteur perd le bénéfice du terme s'il devient insolvable ou s'il diminue, par son fait et sans le consentement du créancier, les sûretés qu'il a consenties à ce dernier. Il est évident que les hypothèses susvisées pourront être sanctionnées par le biais de ce futur droit des contrats.

**420.** L'obligation de transparence ne se limite pas à la seule hypothèse où les droits du créancier sont en péril. Elle s'impose au débiteur tant qu'elle est nécessaire pour atteindre le but poursuivi par le contrat et préserver l'économie du contrat. La jurisprudence française offre quelques exemples de coopération exigée du débiteur. En l'occurrence, après s'être abstenue pendant de longues années de facturer les fournitures d'eau relatives à deux des immeubles appartenant à l'office public HLM du Val-d'Oise, la Compagnie générale des eaux avait pris l'initiative d'en réclamer le paiement dans les limites de la prescription. Or l'office d'HLM, tout en reconnaissant l'existence de sa dette, demanda reconventionnellement qu'il lui soit accordé des dommages-intérêts équivalents à la condamnation qui serait mise à sa charge, et obtint satisfaction auprès des juges du fond. La Cour de cassation sanctionne l'arrêt attaqué : « *Attendu, cependant, que la cour d'appel avait*

---

<sup>973</sup> ANOUKAHA (F.) et al., OHADA, Sûretés, op. cit., n° 337.

constaté que l'utilisation par l'office des deux immeubles en cause à des fins locatives impliquait nécessairement qu'ils étaient desservis en eau ; que dès lors, comme l'invoquait la CGE, l'office ne pouvait ignorer être débiteur du coût de la consommation d'eau qu'il était fondé à récupérer sur ses locataires, et tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau, devait vérifier si cette fourniture lui était facturée par la CGE ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé l'article susvisé (art. 1134 al.3 code civil)»<sup>974</sup>. Conformément à cette jurisprudence, le débiteur qui a droit aux factures ne doit pas rester passif en cas d'absence de factures. Il y a ici une transparence à double sens, synallagmatique pour certains<sup>975</sup>, dont l'objectif est d'éviter toute intention malveillante aussi bien du débiteur que du créancier.

## **2 - L'obligation de transparence pesant sur le créancier**

421. Le droit communautaire offre de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit à l'information est garanti au débiteur. C'est notamment le cas de l'assuré qui doit tenir l'assureur au courant des événements qui se produisent pendant l'exécution du contrat et qui peuvent avoir pour effet d'aggraver les risques<sup>976</sup>. D'une manière générale, l'information que le créancier doit au débiteur est celle qui est susceptible de faciliter au débiteur la bonne exécution de sa prestation, celle qui peut réduire le coût d'exécution de sa prestation et pourquoi pas celle qui est susceptible de permettre au débiteur de limiter le dommage du créancier. Cette obligation jadis retenue uniquement dans les contrats où elle constitue une suite « *raisonnable et équitable* »<sup>977</sup>, peut pourtant se généraliser à l'aune d'une lecture dynamique de l'article 1134 al. 3 du code civil<sup>978</sup>.

---

<sup>974</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 jan. 1996, Bull. civ., I, n° 36, p. 23, D. 1997, 571, note P. Soustelle, rép. Defrénois, 1996, p. 744, obs. Ph. Delebecque, R.T.D.Civ., 1996, p. 900, obs. J. Mestre.

<sup>975</sup> FAGES (B.) et MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, p. 75.

<sup>976</sup> Supra, n° 320.

<sup>977</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 455.

<sup>978</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 617 et ss ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), op. cit., p. 357.

422. La question de fonds est la suivante : le créancier est-il obligé de protéger les intérêts de son débiteur ? Classiquement la réponse ne fait l'objet d'aucun doute. Le créancier est en quelque sorte le personnage passif de la relation contractuelle. Il attend que le débiteur lui fournisse la prestation promise. Il apparaît donc superflu de lui imposer un quelconque devoir. C'est pourquoi, l'article 1134 alinéa 3 avait été interprété comme imposant au débiteur une exécution loyale, c'est-à-dire, selon ce que le créancier était en droit d'attendre de lui<sup>979</sup>. Cette solution, on le sait, est de plus en plus abandonnée par la jurisprudence française qui n'a d'autres ressources que le même article 1134 alinéa 3. Dans deux arrêts dont il convient de revenir ici sur les faits, elle confirme cette interprétation dynamique de la notion de bonne foi et sanctionne les créanciers dans des contrats civils pour n'avoir pas averti le débiteur des circonstances qu'il méritait de connaître.

Dans le premier arrêt, le créancier est sanctionné pour n'avoir pas informé son débiteur de la pratique des nouveaux prix par le distributeur susceptible de diminuer le prix du contrat. En 1982, un syndicat de copropriétaires avait conclu avec une société, un contrat de fourniture de chauffage et de maintenance des installations. En 1987, la société informe par lettre le syndicat de l'existence d'un nouveau tarif proposé par Gaz de France, plus avantageux que celui qui était initialement pratiqué. Or à cette occasion, le syndicat apprend que ce tarif existait en réalité depuis 1985 et que la société l'avait d'ailleurs elle-même souscrit auprès de Gaz de France à partir de 1986, sans en faire bénéficier la copropriété. L'action en responsabilité contractuelle du syndicat fut rejetée par les juges de fond motifs pris de ce qu'aucune clause contractuelle n'imposait une obligation d'information à la charge de la société. Cette motivation fut rejetée par la Cour de cassation : *« la société chargée par ses clients d'exploiter leur installation de chauffage et de fourniture d'eau chaude était tenue de la faire de leurs intérêts et, en conséquence, de les informer de toute possibilité de modification favorable des tarifs de gaz de France ; en manquant à cette*

---

<sup>979</sup> FLOUR (J.) AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.) op. cit., n° 374, pour qui, la bonne foi reste « *une disposition technique, dépourvue de signification réelle* ».



*obligation pendant plus d'un an et demi, la société n'a pas satisfait à son devoir d'information et de conseil et a engagé sa responsabilité envers la copropriété »<sup>980</sup>. L'exécution de bonne foi du contrat impose donc au créancier de livrer en temps utile au débiteur toutes les informations susceptibles d'aider son cocontractant.*

Dans le second arrêt, il est reproché au créancier d'avoir laissé s'accroître le passif du débiteur alors qu'il était certain que celui-ci avait cessé tout paiement. En l'espèce, il était question d'un contrat de maintenance d'un lecteur de chèques en vertu duquel le client (la société Amrani) s'engageait à verser au prestataire (la société ADT Provider) une redevance mensuelle pendant une période irréductible de quatre ans. Le contrat contenait en outre une clause de reconduction tacite d'année en année. Or, dès la fin de la première année d'exécution du contrat, le client cessa définitivement de payer les mensualités, sans pour autant prendre soin d'en informer son créancier. L'entreprise de maintenance ne s'en inquiéta pas et, sans même réclamer à son cocontractant les mensualités impayées, laissa le contrat se reconduire pendant deux années supplémentaires. Ce n'est qu'au cours de la deuxième année qu'elle mit enfin en demeure le client de s'acquitter des sommes dues, pour l'attirer ensuite en justice afin d'obtenir sa condamnation à payer les mensualités au titre du contrat initial et de ses deux années de reconduction, majorées des intérêts légaux à compter de la mise en demeure.

La cour d'appel de Paris ne fit pas droit à ces réclamations. Elle décide « *qu'en s'abstenant de toute mise en demeure avant la fin de la première durée contractuelle de quatre ans, alors que le service de la dette était interrompu depuis déjà trois années, la société bailleuse a laissé la convention se reconduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi, en tirant manifestement profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation qui ne pouvait évoluer qu'à*

---

<sup>980</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, Bull. civ., I, n° 245, Défrénois, 1996, p. 1007, note D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 1997, p. 425, obs. J. Mestre.

*son seul avantage* »<sup>981</sup>. Ainsi, bien davantage qu'une simple négligence du créancier dans le recouvrement de ses dettes, la faute qui lui est reprochée en l'espèce est d'avoir volontairement maintenu une situation dont il était le seul à en tirer bénéfice<sup>982</sup>, car plus le temps s'écoulait, plus ses droits à réparation devenaient importants.

423. L'obligation de transparence est donc un principe susceptible de moraliser les relations contractuelles en modérant les antagonismes des intérêts. Mais pour qu'elle puisse devenir un principe d'ordre général dans les contrats, encore faudrait-il que sa nature soit bien déterminée.

## **Paragraphe 2 : La nature juridique de l'obligation de transparence**

424. L'obligation de transparence actuellement exigée dans les contrats spéciaux revêt plusieurs facettes. Dans les relations entre le banquier et ses clients, le médecin et son patient, le notaire et ses clients, et plus généralement dans les rapports entre les professionnels et les non professionnels, existe un devoir particulier d'information qui s'analyse parfois en un devoir de conseil. Dans toutes ces hypothèses et dans celles étudiées dans le paragraphe précédent, l'obligation d'information exigée pose le problème de sa nature juridique. Qu'elle soit imposée directement par une loi ou qu'elle dérive de la notion de bonne foi, l'existence d'une obligation d'informer doit-elle être prise pour une obligation contractuelle ou une obligation délictuelle (A), comme une obligation de moyen ou une obligation de résultat (B) ? Ce sont les hypothèses qu'il convient d'envisager tour à tour.

---

<sup>981</sup> Paris, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843, note C. Coulon.

<sup>982</sup> COULON (J.), L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant, note sous cet arrêt, préc.

## A – LE CARACTERE CONTRACTUEL OU DELICTUEL DE L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE

425. Les premières tentatives de sanction de l'obligation d'information se sont basées sur la notion d'abus dans les contrats<sup>983</sup>. Vue sous cet angle, il était légitime de rattacher cette obligation à un délit soumis aux exigences des articles 1382 et suivants du code civil<sup>984</sup>. Mais cette analyse peut-elle encore prospérer à partir du moment où l'obligation de transparence tire sa source directement dans la loi ? Certains auteurs répondent par l'affirmative. D'après M. Lecuyer, « *le manquement aux obligations imposées, à l'occasion d'un contrat par l'article 1135 du code civil, doit logiquement être sanctionné comme tout manquement aux obligations légales, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile des articles 1382 et suivants du code civil* »<sup>985</sup>. Il justifie son affirmation par le fait que la force obligatoire du contrat couvrirait uniquement les prévisions des parties contractantes<sup>986</sup> et non les suites légales imposées par l'article 1135 du code civil, ce qui n'affecte en rien l'obligation qu'ont les parties de se soumettre aux suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation contractuelle d'après sa nature<sup>987</sup>. L'obligation d'information ne saurait donc se rattacher à la volonté même implicite des parties contractantes<sup>988</sup>. La bonne foi serait d'après certains auteurs, non pas à proprement parler une obligation, mais un devoir général, une norme de bienveillance relevant de la responsabilité délictuelle car l'objet

---

<sup>983</sup> Voir notamment, concernant l'abus de droit, Cass. soc., 11 juin 1953, Bull. civ., IV, n° 443 : « *l'abus de droit qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extracontractuel, engendre, dans tous les cas, la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de son auteur, qui est tenu à la réparation intégrale du préjudice qu'il a causé par sa faute* » ; adde Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 1968, D. 1970, p. 463, note Jestaz, R.T.D.Civ., 1969, p. 140, note Cornu.

<sup>984</sup> LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », R.T.D.Civ., 1998, p. 839.

<sup>985</sup> LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, 1999, p. 654.

<sup>986</sup> Dans le même sens, Josserand, condamnant le rattachement de l'obligation de sécurité à la volonté implicite des contractants, écrit que : « *Dans le contrat de transport de personnes, il est douteux que le voyageur ait voulu imposer au voiturier une obligation absolue tendant à sa propre sécurité et aboutissant à le traiter ainsi qu'un ballot de marchandises ; et surtout, il n'est pas croyable que le transporteur ait entendu, de gaieté de cœur, assumer une obligation étendue au point d'être irréalisable et jouer ainsi le rôle de guillotiné par persuasion* ».

<sup>987</sup> LECUYER (H.), op. cit., p. 653.

<sup>988</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 515.

du contrat « *ne consiste pas à créer des règles de comportement* »<sup>989</sup> et l'article 1134 alinéa 3 « *l'ambassade de la responsabilité délictuelle sur les terres du contrat* »<sup>990</sup>.

426. Il est difficile de souscrire à cette conception volontariste du contrat qui considère la volonté comme source exclusive d'obligations contractuelles. Les suites dont il est question dans l'article 1135 du code civil sont des règles d'ordre public que les parties ne peuvent exclure ni en limiter la portée<sup>991</sup>. Par conséquent, le devoir de transparence sera toujours sous-entendu dans chaque convention même si les parties ne le prévoient pas. « *Les parties savent, ou sont censées savoir au départ, qu'il y a des règles à respecter* »<sup>992</sup> et peu importe alors qu'elles intègrent ou non ces règles dans leur convention. En effet, comment comprendre que la responsabilité encourue en cas d'inexécution totale soit contractuelle et celle encourue en raison d'une exécution simplement abusive ou dans l'irrespect des normes de comportement soit délictuelle<sup>993</sup> ?

427. S'il est communément admis que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134 al.1 du code civil), et qu'elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (article 1135 du code civil), la séparation entre les obligations volontairement souscrites par les parties et celles imposées par la loi semble difficile sinon impossible à établir. Les suites de la loi viennent compléter et

---

<sup>989</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 168.

<sup>990</sup> STOFFEL-MUNCK (Ph.), L'abus dans le contrat, L.G.D.J, 2000, n° 134.

<sup>991</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 518. C'est ainsi qu'il a été affirmé à plusieurs reprises que le notaire ne peut s'affranchir contractuellement de son obligation de conseil qui est d'ordre public (Cass. civ., 11 janv. 1943, DP, 1943, p. 95 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 1977, J.C.P., 1977, IV, p.233 ; 11 oct. 1980, J.C.P., 1981, IV, p. 5 ; 18 oct. 1983, Bull. civ., I, n° 237; 19 janv. 1985, Bull. Civ., I, n° 308). La même solution vaut pour les architectes, les médecins et dans tous les contrats où une obligation spéciale d'information est imposée à une partie (SAVATIER (R.), « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », D. 1972, chron., p. 137, n° 39).

<sup>992</sup> ANCEL (P.), « La force obligatoire : jusqu'où faut-il la défendre ? », in La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 168.

<sup>993</sup> ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P, éd. E, 1998, p. 30.

donner un sens aux prévisions des parties. Comme l'a très justement souligné M. Denis Mazeaud, la composition du contenu d'un contrat ne procède pas uniquement de ce qui a été voulu et exprimé par les parties lors de la rencontre des volontés, elle découle aussi de tout ce qui est nécessairement impliqué par le principe même du modèle abstrait de convention qui correspond à l'accord de volontés<sup>994</sup>. L'obligation que le juge induit de l'article 1134 alinéa 3 ou de l'article 1135 et ajoute au contrat, « *procède du commandement du droit qui entend qu'elle accompagne et assortisse tel accord de volontés intervenu, en considération du type de contrat auquel cet accord correspond ou, à défaut d'une telle correspondance, en contemplation de sa finalité particulière* »<sup>995</sup>.

428. Le contrat s'insère donc dans un ensemble des normes avec lesquelles les volontés doivent cohabiter et auxquelles elles doivent parfois se plier<sup>996</sup>. Il paraît dès lors artificiel et incohérent de prétendre séparer des obligations de transparence, de bonne foi des prévisions des parties car ces suites parfois utilisées comme des outils d'interprétation de la loi des parties, sont inséparables de ces obligations volontaires<sup>997</sup>. Il n'y a dès lors pas de raison de « *faire sortir du champ du contrat les questions que le législateur a trouvées tellement importantes pour son exécution qu'il en a fait l'objet de dispositions impératives* »<sup>998</sup>. C'est une obligation à part entière qui pèse sur les contractants tout comme l'obligation de sécurité<sup>999</sup> ou encore l'obligation

---

<sup>994</sup> MAZEAUD (D.), « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 244.

<sup>995</sup> JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du code civil*, thèse, Paris XII, dactyl., 2003, n° 203.

<sup>996</sup> JOURDAIN (P.), « Le fondement de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, n° spéc., La naissance de l'obligation de sécurité, p. 23.

<sup>997</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », *op. cit.*, p. 112, 116 et ss.

<sup>998</sup> CASSIN (R.), *L'inexécution du contrat et ses suites*, cours doctorat 1934-1935, p. 229, cité par VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 186. Dans le même sens voir, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 455.

<sup>999</sup> LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », in « *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* », *Droit et Patrimoine*, n°58, 1998, p. 74. L'obligation de sécurité est en effet inhérente à certains contrats et notamment au contrat de transport des personnes car on ne saurait comprendre pourquoi le transporteur est tenu de livrer les marchandises non avariées, alors que les bras cassés ou les morts d'hommes n'entreraient pas dans le domaine du contrat

de surveillance découvertes par la jurisprudence. En ce qui concerne cette dernière obligation, la jurisprudence gabonaise n'hésite d'ailleurs pas à la brandir pour sanctionner sur la base de l'article 1147 du code civil<sup>1000</sup>, un défaut de surveillance ayant causé la chute mortelle d'un malade interné dans un centre hospitalier<sup>1001</sup>. Il en résulte que les suites d'ordre public qui s'attachent à tous les contrats sont des véritables obligations contractuelles auxquelles les parties sont soumises.

429. Cette analyse permet en effet d'éviter à leur bénéficiaire d'avoir à se soumettre aux règles de preuve qui découlent des articles 1382 et suivants du code civil. Après avoir prouvé que l'obligation d'informer n'a pas été accomplie, le débiteur de l'information n'a plus à prouver ni la faute, ni le lien de causalité qu'exigerait une analyse délictuelle de cette obligation<sup>1002</sup>. Par contre, sa réparation est soumise aux règles de la responsabilité contractuelle notamment à l'article 1150 du code civil qui exige que le dommage réparable ait été prévisible par les parties contractantes<sup>1003</sup>. Parce qu'il s'agit d'une obligation contractuelle, la responsabilité de son débiteur dépend de la qualification d'obligation de moyens ou d'obligation de résultat qui lui sera attribuée.

---

(LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 551).

<sup>1000</sup> Art. 1147 : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

<sup>1001</sup> CS de Libreville, ch. Jud., A. 03 juin 1985, aff. Clinique Stoffel c/ Dame Veuve JOSE, inédit. Dans ce sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 2000, Bull. civ., I, n° 221 ; J.C.P. éd. G., 2000, II, 415, R.T.D.Civ., 2001, p. 146, obs. J. Mestre et B. Fages, dans lequel la Cour de cassation admet la responsabilité d'une clinique pour défaut de surveillance, et reconnaît par la même occasion, le droit des ayants-droit de la victime d'être indemnisés aussi bien sur la base de la responsabilité contractuelle (en représentation des droits du cocontractant de la clinique décédé) que délictuelle pour le préjudice qu'ils ont subi du fait du défaut de surveillance ayant causé le décès de leur proche.

<sup>1002</sup> Il s'agit de l'obligation matérielle de fournir l'information car dans la plupart des cas, l'obligation de transparence est une obligation de moyens. Par conséquent, en plus de l'inexécution, le créancier doit prouver une négligence ou une imprudence de la part du débiteur. Pour plus de détails, infra n° 430 et ss.

<sup>1003</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 118.

## B – OBLIGATION DE MOYENS OU OBLIGATION DE RESULTAT

**430.** Le régime de la responsabilité issue de l'inexécution d'une obligation contractuelle dépend de la nature de celle-ci. Lorsque l'obligation inexécutée est une obligation de moyens, la responsabilité du débiteur ne peut être retenue que s'il a commis une faute contractuelle ou une faute de négligence ou d'imprudence. Par contre, lorsque l'obligation inexécutée est une obligation de résultat, son créancier n'a pas à prouver une quelconque faute ou imprudence du débiteur. La responsabilité du débiteur étant engagée par le simple fait que l'obligation promise n'a pas été exécutée en l'absence de toute cause étrangère susceptible de justifier l'inexécution. Dans ce dernier cas, la responsabilité du débiteur se rapproche d'un système de responsabilité objective<sup>1004</sup> car aucune faute n'a à être prouvée pour sa mise en œuvre<sup>1005</sup>. La question de savoir si l'obligation d'informer en cours d'exécution du contrat est une obligation de moyens ou une obligation de résultat révèle donc une importance considérable pour les parties au contrat.

**431.** En effet, en dépit de l'unanimité de la doctrine contemporaine sur le principe de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, il n'est pas toujours aisé de déterminer avec certitude si une obligation particulière relève de l'une ou de l'autre catégorie. La doctrine a essayé de donner des critères de distinction<sup>1006</sup> sans pour autant que les

---

<sup>1004</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 527-2 pour qui, « d'un point de vue pratique, il n'y a guère d'intérêt de continuer à relier à une faute – qui est alors quasi-irréfragablement présumée – une responsabilité engagée du seul fait de la non-obtention du résultat attendu par le créancier » ; dans le même sens, LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 607; selon la Cour de cassation en effet, « l'obligation de résultat emporte présomption de faute » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 févr. 1988, Bull. civ., I, n° 42, J.C.P. 1988, IV, 156, R.T.D.Civ., 1988, p. 767, obs. Jourdain ; 8 déc. 1998, D.A., 1999, p. 123, R.J.D.A., 1999, n° 164). En revanche, la faute requise dans une obligation de moyen suppose que l'on porte un jugement de valeur sur le comportement du débiteur pour déterminer s'il a bien ou mal agi.

<sup>1005</sup> Bien que la doctrine majoritaire continue à rattacher toute responsabilité contractuelle à la faute même si elle n'a pas à être établie par la victime (MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), op. cit., n° 435 et ss. ; CARBONNIER (J.), Droit civil, tome 4, Les obligations, P.U.F., Thémis, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 186 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 580).

<sup>1006</sup> Pour les différents critères proposés par la doctrine, voir VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 536 et ss.

auteurs soient unanimes sur un critère précis<sup>1007</sup>. S'il est admis sans aucune réserve que certaines obligations sont par nature des obligations de résultat<sup>1008</sup>, et d'autres de moyens<sup>1009</sup>, le ralliement de la plupart des obligations à l'une ou l'autre catégorie relève parfois de la casuistique, car la volonté des parties jouent parfois un rôle primordial<sup>1010</sup>. La qualification devient donc plus difficile lorsque l'obligation dont il est question est imposée directement par la loi comme c'est le cas évidemment pour l'obligation d'information imposée par la loi. Sa qualification suppose qu'on détermine avec exactitude ce qui est attendu du débiteur. Or dans certains cas, les parties ne sont tenues que d'une obligation générale d'information alors que dans d'autres cas la loi impose à certains professionnels une obligation spéciale d'information et de conseil. Dans les deux cas, le régime de responsabilité ne peut être le même.

En effet, dans la première hypothèse, le débiteur de l'information ne semble être tenu que d'une obligation de diligence envers son cocontractant. L'obligation de transparence ne peut dès lors être qu'une obligation de

---

<sup>1007</sup> En fait, la doctrine combine plusieurs critères pour la classification des différentes obligations. Il peut s'agir du critère de l'aléa dans l'exécution, du rôle actif ou passif du créancier dans l'exécution de l'obligation, de l'acceptation des risques par celui-ci, ou encore de la plus ou moins grande précision de la prestation promise. V. par ex. LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 628 et ss.

<sup>1008</sup> Tel est par exemple le cas pour les obligations de payer et de livrer une chose qui est à la disposition du débiteur, des obligations de ne pas faire dont leur objet même implique la réalisation du résultat (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., 8<sup>e</sup> éd., n° 588, STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), op. cit., 5<sup>e</sup> éd., n° 1189 et ss.) et le résultat envisagé doit être normalement atteint par la mise en œuvre des techniques dont dispose le débiteur (ou dont il devrait disposer) et qu'il maîtrise ou devrait maîtriser (MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), « Leçons de droit civil, t. II, vol. I, Les Obligations, 9<sup>e</sup> éd., n° 21.

<sup>1009</sup> Comme par exemple l'obligation de soins du médecin ou encore l'assistance promise par un avocat, car dans ce cas, « lorsque le créancier se fie au savoir-faire d'une personne, il ne bénéficie que d'une obligation de moyens, car une personne ne peut jamais promettre plus qu'une diligence humaine irréprochable » (VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 540).

<sup>1010</sup> La jurisprudence fait généralement référence à la volonté exprimée ou tacite des parties. C'est ainsi que les tribunaux retiennent une obligation de moyens lorsqu'une société mère s'est seulement engagée à faire en sorte que sa filiale honore ses dettes (Cass. com., 19 mars 1991, Bull. civ., IV, n° 110, D. 1992, p. 53, note I. Najjar ; 16 juill. 1991, Bull. civ., IV, n° 265, D. 1992, p. 53, note I. Najjar, D. 1992, somm., p. 36, obs. M. Vasseur; 15 oct. 1996, D. 1997, p. 330, note S. Piedelièvre, D. Aff., 1997, p. 21; 26 janv. 1999, Bull. civ., I, n° 31, D. 1999, p. 577, note L. Aynès, J.C.P., 1999, II, 10087, note D. Legeais, D. Aff., 1999, p. 344, note M. Boizard). Mais très souvent, elle se réfère à l'objet de l'obligation ou aux considérations d'équité pour déterminer la nature d'une obligation.



moyens car « l'objet même de l'obligation ne peut, se prêter à une certitude préalable convenue entre les contractants »<sup>1011</sup>.

La même solution a été retenue dans la deuxième hypothèse en ce qui concerne l'obligation de conseil<sup>1012</sup>, du moins lorsque le contrat n'en dispose pas autrement<sup>1013</sup>. Cette solution a été justifiée par le fait que le créancier de l'obligation de conseil joue un rôle considérable dans son exécution. Il dispose en effet d'une initiative dans l'utilisation du conseil donné, ce qui signifie que le professionnel n'est pas tenu absolument de convaincre le client de suivre son conseil<sup>1014</sup>. Le professionnel est tenu d'adopter une méthode de persuasion assez efficace pour convaincre le client d'adopter la solution qui lui apparaisse la mieux appropriée. Si cette obligation, dont la preuve laissée à la charge du professionnel<sup>1015</sup> et peut être rapportée par tout moyen, est correctement remplie, le professionnel s'en trouve alors déchargé de toute inculpation quelle que soit la décision finalement prise par le client<sup>1016</sup>. Cela se comprend. Dans nombre de contrats de droit commun, l'objectif visé par cette obligation est d'assurer un assainissement des relations contractuelles. Et loin d'être un conseil à donner à son cocontractant, cette obligation n'est qu'un aménagement de l'exécution des autres obligations et ne saurait s'analyser en une obligation de résultat. Il appartient donc à celui qui se prétend débiteur de cette obligation de démontrer en quoi cette obligation était utile pour le maintien de l'économie du contrat et de prouver qu'elle n'a pas été exécutée. Elle ne peut donc être qu'une obligation de moyens.

---

<sup>1011</sup> ALISSE (J.), L'obligation de renseignements dans les contrats, thèse, n° 263, p. 233, cité par VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 549.

<sup>1012</sup> SAVATIER (R.), « Le contrat du conseil professionnel en droit privé », D. 1972, chron., 137, n° 32. BOYER (Y.), L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, thèse, Aix-Marseille, 1978, n° 254 et ss.

<sup>1013</sup> Il en est ainsi lorsqu'une clause du contrat stipule que le débiteur devra fournir des renseignements précis, une telle clause transforme l'obligation de moyens en une obligation de résultat.

<sup>1014</sup> Cass. com., 18 mai 1993, D. 1994, p. 142, note I. Najjar.

<sup>1015</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr., 1997, Bull. civ., I, n° 75, Gaz. Pal., 27 avril 1997, Rapport P. Sargos, et note J. Guigue, Contrats, conc. consomm., 1997, comm. n° 76 et ch. n° 5 par L. Leveneur, R.T.D.Civ., 1997, p. 434, obs. P. Jourdain. Cette décision permet d'émettre un doute sur la thèse d'obligation de moyens retenue par la doctrine.

<sup>1016</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 591.

432. Il est cependant acquis que lorsque la loi impose une obligation spéciale d'information, en l'occurrence, lorsqu'elle impose des mentions obligatoires qui doivent figurer dans le contrat, ou des informations précises qui doivent être livrées à l'une des parties, le débiteur de ces informations est tenu d'une obligation de résultat<sup>1017</sup>. Il s'agit ici de l'obligation matérielle de fournir les informations qui s'apprécie indépendamment de l'usage qui en est fait par le créancier. On peut d'ailleurs remarquer que, bien que l'obligation générale de transparence soit analysée comme une simple obligation de moyens, celle de fournir les informations exactes ou des conseils pertinents a été considérée par la jurisprudence comme une obligation de résultat<sup>1018</sup>.

✕                    ✕  
✕

433. En somme, il appert qu'un droit des contrats irrigué par la notion de transparence peut être séduisant dans son concept. Au stade de la formation du contrat, l'obligation de transparence intervient pour épauler les règles issues du code civil qui apparaissent inadaptées face aux transformations économiques et sociales des sociétés modernes. Le formalisme informatif vient ainsi comme un terreau, suppléer les carences de la théorie des vices du consentement pour offrir à qui de droit, des règles qui prennent en compte la situation réelle des parties contractantes. Par contre, il n'y a lieu de parler que d'une redécouverte de l'obligation de transparence pendant l'exécution du contrat puisqu'elle était déjà sous-jacente dans le code civil. Une lecture vivifiante de l'article 1134 al. 3 permet de redonner la morale à un droit qui s'affichait auparavant comme un droit individualiste, où la mauvaise foi n'avait de limite que là où commençait l'intelligence de l'autre.

---

<sup>1017</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 549.

<sup>1018</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr., 1997, préc. FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992, préface Ghestin, n° 494, cité par VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 549.

434. Mais l'aubaine ne peut se limiter à la seule transparence dans les contrats, tant, il est vrai que le droit des contrats jusqu'à présent applicable au Cameroun est trop imprégné d'individualisme. Avec une jurisprudence pas du tout hardie, l'obligation de transparence paraît insuffisante pour dulcifier ce droit. Avec l'avènement des sociétés de consommation, des monopoles de droit ou de fait, la négociation est très souvent impossible dans la plupart des contrats. Si l'obligation précontractuelle d'information a pour but de permettre à celui qui veut contracter de connaître bien le contenu de la convention qu'il va signer, cela n'empêche que des déséquilibres soient présents dans le contrat final car l'équilibre supposé par les auteurs classiques ne peut se faire qu'en présence des partenaires économiquement et intellectuellement égaux. C'est pour cela que la théorie classique qui considère l'homme comme un être rationnel qui, avant de conclure le contrat, fait ses comptes pour ne s'engager que s'il estime recevoir l'équivalent de ce qu'il donne ou fait, relève très souvent de l'utopie<sup>1019</sup>. Ainsi, au principe de la transparence dans les contrats, il serait intéressant d'y ajouter celui de la proportionnalité dans les contrats.

---

<sup>1019</sup> WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Domat, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1949, 94, p. 176 et s., cité par JAMIN (Ch.), « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », in Dossier : Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ?, P.A., n°29, du 06 mars 1996, note n° 1.

## CHAPITRE II

# LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

435. L'équilibre, dans le sens propre signifie l'état de ce qui est stable. En sociologie, il est défini comme l' « *état d'intégration dans lequel les tendances compétitives ou antagonistes se compensent réciproquement* »<sup>1020</sup>. Vu sous cet angle, l'équilibre social se présente comme un objectif poursuivi par toute politique économique et sociale car, « *il est impossible que les peuples les plus forts ne tendent pas à s'incorporer les plus faibles (...); c'est une loi mécanique de l'équilibre social non moins nécessaire que celle qui régit l'équilibre des liquides* »<sup>1021</sup>. Rechercher l'équilibre, c'est donc trouver le juste rapport, la proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou une convenable pondération des parties d'un ensemble. L'équilibre est donc, comme la proportionnalité, l'expression de la justice, car elle est à la fois sa traduction et son instrument<sup>1022</sup>. Sans doute constitue-t-elle la voie pour chacun d'obtenir son dû ? Mais rendre à chacun le sien dépend avant tout de la conception que l'on se fait de la justice et en l'espèce de la justice contractuelle<sup>1023</sup>.

436. En ramenant cette définition dans le droit des contrats, la question préalable qui se pose est celle de savoir si l'on peut faire de l'équilibre un principe dans un domaine où la loi applicable est en principe celle des parties et non celle d'une autorité supérieure. En d'autres termes, le fait que les

---

<sup>1020</sup> WILLEMS (1970), cité dans le Trésor de la Langue Française, V° Transparence.

<sup>1021</sup> DURKHEIM (E.), De la division du travail social, thèse, 1893, p. 332.

<sup>1022</sup> Aristote, Ethique à Nicomaque, J. Vrin éd., Introduction, notes et index par J. Tricot, spéc. Livre V, 5, p. 223 et s. cité par MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, P. A., n° spéc., 30 sept. 1998, n°2.

<sup>1023</sup> MOLFESSIS (N.), op. et loc. cit.

parties soient les maîtres de leur destin n'est-il pas déjà un gage d'équilibre des droits et des devoirs qui naissent des actes qu'ils ont eux-mêmes élaborés ou acceptés ? La réponse est connue dans la conception classique du contrat. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ne doutaient pas de l'existence d'un équilibre dans les contrats, car « *qui dit contractuel dit juste* » et « *nul ne peut vouloir ce qui n'est pas conforme à ses intérêts* »<sup>1024</sup>. Par conséquent, ni la loi, ni le juge ne devaient se préoccuper de la proportionnalité des droits et obligations nés d'un contrat.

**437.** Le droit des contrats spéciaux part sur une base différente. Si la volonté contractuelle a toujours une priorité dans la détermination de l'équilibre du contrat, l'égalité contractuelle sur laquelle cette volonté repose n'est qu' « *une lubie à laquelle le droit des contrats n'a rien à gagner* »<sup>1025</sup>. Bien qu'il ne soit pas question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat<sup>1026</sup>, on note l'émergence d'une volonté de lutter contre les inégalités les plus criantes. Ce rôle est de prime abord assumé par la loi. On sait que la recrudescence des contrats spéciaux est toujours marquée par la volonté du législateur de venir à bout des injustices lorsqu'elles prennent certaines proportions dans les contrats spécifiés<sup>1027</sup>.

**438.** Aujourd'hui, le droit uniforme OHADA veut franchir un cap. Avec l'avènement d'un avant-projet d'Acte uniforme relatif aux contrats qui passe outre les solutions consacrées en droit de tradition civiliste applicable dans la plupart des Etats membres, la voie est peut-être ouverte pour quitter d'une exception de proportionnalité à un principe de proportionnalité. Cet avant-projet prévoit, pour la première fois, la révision pour imprévision dans les contrats ainsi que bon nombre de mécanismes d'équilibrage qui pourront être

---

<sup>1024</sup> Supra, n° 36.

<sup>1025</sup> MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?, P. A., n°117, du 30 septembre 1998, n°4 ; du même auteur, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 137.

<sup>1026</sup> MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », loc. cit.

<sup>1027</sup> CRAMIER (P.), op. cit., 1<sup>re</sup> partie.

utilisés par le juge. C'est dire que l'avènement d'un principe d'équilibre du contrat qui sera imposé en amont par la loi (Section 1) et préservé en aval par le juge (Section 2) est peut-être pour demain dans le droit des contrats applicable dans l'espace OHADA.

## SECTION 1

### L'EQUILIBRE DU CONTRAT IMPOSE PAR LA LOI

439. Le droit des contrats issu du code civil étant fondé sur une égalité présumée des contractants, l'équilibre qui en résulte est un équilibre subjectif. Tous les mécanismes de rééquilibrage qu'on peut détecter du code civil ont donc pour but de maintenir cet équilibre présumé qui aurait été voulu par les parties (Paragraphe 1). A l'opposé, le droit moderne offre des mécanismes dont la mise en œuvre aboutit au recul des principes classiques. Qu'il s'agisse de la neutralisation des clauses abusives, de l'interdiction de l'usage abusif d'un droit issu du contrat, de la redécouverte de la bonne foi, du formalisme informatif ou encore de la généralisation de la lésion, le droit des contrats contemporain offre de nombreux mécanismes objectifs d'un rééquilibrage du contrat (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Les faiblesses des mécanismes classiques d'équilibrage du contrat**

440. A l'équilibre subjectif connu du code civil (A), la jurisprudence a essayé de brandir la notion classique de cause, avec plus ou moins de succès, pour pallier aux insuffisances du code civil (B).

#### **A – L'EQUILIBRE SUBJECTIF CONNU DU CODE CIVIL**

441. Si le code civil considère que le contrat, émanation de la volonté des parties est en principe juste, donc équilibré (1), il n'en demeure pas moins

qu'il avait prévu que cet équilibre pouvait être rompu, c'est pourquoi certains palliatifs étaient admis (2) pour restaurer l'équilibre subjectif.

## 1 – Principe

442. Dans la conception classique, le contrat est un accord de volonté de deux, voire de plusieurs individus qui, s'il n'enfreint pas la loi « *est une source de droit qui se suffit à elle-même et qui est la source de droit par excellence. Les droits créés ou modifiés seront ceux que les parties ont librement déterminés. La loi n'intervient dans le processus que pour obliger au respect de ce qui a été librement convenu* »<sup>1028</sup>. En effet, l'autonomie de la volonté dont ces propos en sont une illustration, emporte que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, d'accepter ou de refuser aussi bien le contenu d'un contrat que la personne de son cocontractant. Dès lors, l'individu ne pourra de bonne foi demander après la conclusion du contrat d'être exonéré de tout ou partie des obligations qu'il a lui-même acceptées en connaissance de cause. Elle repose donc sur une égalité et une liberté présumées des individus dans la société.

443. En tant que sujet de droit, l'individu a son destin en mains et est le seul à savoir ce qui est juste pour lui. La conclusion d'un contrat n'est donc que la traduction de cette justice subjective, qui est propre à chaque individu<sup>1029</sup>. De l'article 1104 du code civil aux termes duquel, « *lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire quelque chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle...* », on en a déduit un principe d'équivalence présumée des prestations, donc, de justice commutative qui est inhérente à tout contrat commutatif légalement formé<sup>1030</sup>. Selon M. Jean-Luc Aubert, « *le juge est (...) tenu (...) de respecter et de faire respecter le contrat tel qu'il a été conclu* » et « *Le*

---

<sup>1028</sup> BATTIFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », Archives de philosophie du droit, S. 1968.

<sup>1029</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 22.

<sup>1030</sup> JAMIN (Ch.), « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », op. cit.

*principe est que le juge ne peut s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique »<sup>1031</sup>.*

En outre, l'idée d'une intervention législative est réfutée violemment par les auteurs classiques comme en témoignent ces écrits faits sous la plume d'Acollas : *« Serait-il possible, en commençant par admettre cette grosse et funeste hérésie, l'omnipotence du législateur, de faire intervenir la loi dans la formation des contrats, et de lui faire prendre en mains, entre majeurs, la cause du plus faible contre le plus fort ? Autant vaudrait demander s'il serait possible, pour chaque contrat, de distinguer entre le plus faible et le plus fort, et d'ajouter, pour chaque cas, à la liberté du plus faible ce dont la surpasse la liberté du plus fort ! Laissons donc de côté la pensée de guérir l'infirmité inhérente à tous les contrats ; les hommes diffèrent entre eux, ils diffèrent de nature, ils diffèrent de conditions, et par là on s'aperçoit où est situé le problème. (...) Mais la pire illusion serait de s'imaginer qu'une volonté arbitraire peut mettre l'égalité là où elle n'est pas, et que, pour les individus majeurs, il existe, en définitive, un autre régime que celui de la liberté, même avec ses imperfections et avec ses périls »<sup>1032</sup>.*

**444.** Le contrat n'est donc pas susceptible de modification ultérieure car il est présumé équilibré du seul fait qu'il ait été accepté par les parties et *« La valeur de l'engagement libre doit l'emporter même sur le déséquilibre du contrat »<sup>1033</sup>*. Ce principe de non-ingérence des juges est justifié par le principe d'équivalence subjectif abandonné à l'appréciation des contractants puisque *« le droit se satisfait de ce que (les parties) jugent leur convention équilibrée »<sup>1034</sup>*. Le rejet de l'action de *in rem verso* lorsque l'appauvrissement trouve sa cause dans un acte juridique valable passé entre l'appauvri et

---

<sup>1031</sup> AUBERT (J.-L.), *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissances du droit, 2000, p. 116.

<sup>1032</sup> ACOLLAS (E.), *Les contrats et les obligations contractuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Delagrave, 1891, p. 8-9, cité par JAMIN (Ch.), « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *Actes du colloque sur la nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 10.

<sup>1033</sup> SAVATIER (R.), « Les métamorphoses économiques du droit civil d'aujourd'hui », 2<sup>e</sup> série, D. 1950, n° 12.

<sup>1034</sup> AUBERT (J.-L.), *Le contrat, droit des obligations*, op. cit., p. 82.



l'enrichi, vient corroborer ce refus de contrôle de l'équilibre des prestations dans les contrats<sup>1035</sup>. La théorie de l'autonomie de la volonté rejette donc toute révision en cas de modification ultérieure des circonstances indépendamment de la volonté des parties. En outre, il n'est pas question de s'interroger sur l'équivalence réelle entre les prestations des parties car, « *le déséquilibre (entendu le déséquilibre objectif), c'est l'aléa du contrat* »<sup>1036</sup>, et les parties doivent combiner avec cet aléa<sup>1037</sup>. Cette intangibilité du contrat, issue du dogme de l'autonomie de la volonté dont d'aucuns s'attellent aujourd'hui à démontrer qu'elle ne résulte nullement de la codification de 1804<sup>1038</sup>, n'était pourtant pas absolue dès le code civil. Outre la rescision pour lésion limitativement admise, l'application de nombreuses dispositions du code civil conduit à conclure à des exceptions de proportionnalité.

## 2 – Les palliatifs prévus par le code civil

445. Au stade de la formation du contrat, le code civil farouche à l'idée d'une équivalence entre les prestations que les parties s'engagent à fournir dans les contrats, avait cependant admis la lésion dans des cas limitativement énumérés<sup>1039</sup>. Le cantonnement de l'action en rescision pour les personnes majeures à la vente immobilière – encore qu'ici seul le vendeur peut l'invoquer – et au partage, prouve bien que la limitation de la liberté contractuelle est un

---

<sup>1035</sup> « *Il n'y a pas enrichissement sans cause (...) lorsque l'enrichissement réalisé par une personne a sa justification dans un acte juridique, et spécialement lorsqu'il résulte de l'exécution d'un contrat légalement formé entre la personne appauvrie et la personne bénéficiaire de l'enrichissement* » (Cass. civ., 21 févr. 1944, D. Aff., 1944, p. 58 ; 17 mai 1944, S. 1944, 1, p. 132).

<sup>1036</sup> RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 85, p. 152.

<sup>1037</sup> La Cour de cassation a encore rappelé récemment que le contractant qui tire profit du déséquilibre des prestations contractuelles existant dès la conclusion du contrat, ne peut pas voir, au nom de l'exigence de bonne foi, sa responsabilité engagée s'il refuse de renégocier le contrat lésionnaire (Cass. civ., 16 mars 2004, D. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages). *Adde*, MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz 2006, p. 376, n° 10.

<sup>1038</sup> BÜRGES (A.), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », in R.T.D.Civ., 2000, pp. 1-23 ; CHAZAL (J.-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil », in R.T.D.Civ., 2001, p. 266 et ss. ; JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., pp.901 à 907.

<sup>1039</sup> *Supra*, n° 236.

moyen de sauvegarder un autre grand principe dérivé du code civil, la protection de la propriété immobilière<sup>1040</sup>. La jurisprudence a suivi la philosophie du code en la matière en refusant d'étendre l'action en rescision aux cas non énumérés par le code civil perpétuant ainsi l'idée selon laquelle la rescision est une nullité « *admise à regret* »<sup>1041</sup>.

446. Le rééquilibrage du contrat est surtout exercé à travers l'article 1152 du code civil qui donne le pouvoir au juge de modifier les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires<sup>1042</sup>. Toutefois, le refus de la jurisprudence soutenue par la doctrine d'étendre à l'article 1152 alinéa 2 les clauses limitatives de responsabilité dont le rôle dans un contrat est difficilement séparable de celui qu'est appelée à jouer une clause pénale<sup>1043</sup> démontre à bien d'égards les difficultés que suscite la mise en œuvre de cette réglementation restrictive du code civil. D'après le professeur Malinvaud, l'article 1152 alinéa 2 étant un texte dérogatoire au principe de la force obligatoire, devrait être d'interprétation stricte. Or la différence entre la clause pénale et la clause limitative de responsabilité est « *irréductible* »<sup>1044</sup> ; l'une ayant pour objet de fixer un forfait<sup>1045</sup> (la révision de la clause pénale n'entraîne pas alors une dénaturation de la clause, mais modère plutôt les excès), l'autre ayant pour objet de fixer un plafond (donc la révision de la clause limitative de responsabilité va directement à l'encontre de la volonté des parties qui ont plafonné sans exclure que le montant des dommages pourraient bien être au-delà du plafond fixé)<sup>1046</sup>.

---

<sup>1040</sup> Suivant l'adage, « *res mobilis res vilis* ».

<sup>1041</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 1998, n° 543.

<sup>1042</sup> Il faut dire que la clause pénale manifestement dérisoire est une découverte de la loi française du 9 juillet 1975, non applicable au Cameroun. En droit français, ce pouvoir de modification s'exerce également lorsque le débiteur a exécuté en partie ses obligations. L'article 1231 du code civil permet alors de manière impérative au juge de réduire la clause pénale à due concurrence sans préjudice de l'application de l'article 1152 (loi du 9 juillet 1975 complétée par celle du 11 octobre 1985). L'avant-projet d'Acte uniforme ne prévoit d'ailleurs pas une possibilité pour le juge d'augmenter la clause pénale (article 7/31).

<sup>1043</sup> MALINVAUD (Ph.), « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE*, 1999, p. 698.

<sup>1044</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 625.

<sup>1045</sup> CHABAS (F.), « Clause pénale », *J.-Cl. Civ.*, 1976, Fasc. X.

<sup>1046</sup> MALINVAUD (Ph.), *op. cit.*, p. 699.

Cette analyse mérite une marge de considération. Prévoir un forfait est bien différent de prévoir un plafond. Dans la deuxième hypothèse, les parties n'ignorent pas que le préjudice pourra dépasser la somme fixée au contrat, mais décident néanmoins qu'une somme précise sera couverte en cas de non exécution de l'obligation par le débiteur. Il s'ensuit que dès la formation du contrat, le créancier s'engage à ne pas recevoir une réparation totale du préjudice subi du fait de la non exécution du contrat, du moins, lorsque celui-ci dépasse le plafond fixé au contrat. Par contre, dans l'hypothèse de la clause pénale, les parties s'entendent sur un forfait de réparation qui est sensé, dès le départ, couvrir le préjudice qui pourra résulter du fait de la non exécution du contrat. Il est donc plus facile d'admettre leur révision parce que les parties n'envisagent pas dès la formation du contrat que le préjudice pourra être supérieur au forfait prévu.

Mais cette analyse est en même temps trop radicale. Elle se place au stade de l'exécution du contrat pour apprécier le dommage effectivement subi. Pourtant, le code civil a prévu l'intervention du juge dans une perspective subjectiviste. Il est question de rétablir l'équilibre prévu au moment du contrat et non de prendre en compte des circonstances postérieures à la conclusion du contrat pour établir un équilibre entre les prestations des parties<sup>1047</sup>. On peut donc émettre des doutes sur l'analyse du professeur Malinvaud selon laquelle, « *l'intervention du juge paraît finalement comme un tempérament au caractère aléatoire de la clause (pénale), voire comme une forme de prise en compte de l'imprévision* »<sup>1048</sup>. Le déséquilibre de la clause pénale doit être recherché au niveau de la formation et non de l'exécution du contrat. Ce qui revient à imposer au juge de rétablir l'équilibre entre les prestations des parties telles que voulues par elles. La clause pénale est excessive parce qu'elle donne à son bénéficiaire un dédommagement supérieur à ce qu'il aurait reçu si le contrat avait été exécuté, donc supérieur au dommage prévisible lors de la formation du contrat. C'est donc l'équilibre subjectif, défini par les parties qui est recherché. Ainsi comprise, il est difficile

---

<sup>1047</sup> L'article 1150 du code civil dispose en effet, « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ...* »

<sup>1048</sup> MALINVAUD (Ph.), Ibid.

de comprendre pourquoi la clause limitative de responsabilité, dont l'objet est également de prévoir un dédommagement certes plafonné en cas d'inexécution, ne serait pas soumise au régime des clauses pénales. Il ne faut pas perdre de vue que les clauses limitatives de responsabilité tout comme les clauses pénales visent, en cas d'inexécution, à substituer aux sanctions légales (résolution, exécution forcée, dommages et intérêts....) des sanctions conventionnelles<sup>1049</sup>. La soumission des clauses limitatives de responsabilité au régime des clauses pénales permettrait d'éviter de réputer cette clause non écrite lorsqu'elle prévoit une indemnisation insuffisante.

447. En dehors de cette hypothèse qui donne droit directement à une révision du contenu contractuel, l'application de certaines dispositions du code civil conduit également à rééquilibrer les obligations des parties. On peut ainsi citer, l'article 1617 du code civil qui, en matière de délivrance dans la vente, oblige le vendeur, lorsque la vente a été faite avec indication de la contenance, à souffrir une diminution proportionnelle du prix, au prorata de la quantité non délivrée. Les règles de l'exception d'inexécution peuvent également s'analyser dans cette perspective de rééquilibrage du contrat.

448. L'analyse de ces mécanismes de contrôle de l'équilibre dans les prestations contractuelles démontre que l'objectif poursuivi n'est pas de remplacer l'équilibre subjectif voulu par les parties par un équilibre objectivement déterminé par la loi ou le juge. Lorsque la lésion est avérée, la sanction est l'annulation du contrat et non un rééquilibrage du contrat. Par ailleurs, la révision des clauses pénales qui vise plus ou moins à restaurer l'équilibre des prestations voulues par les parties est maniée avec beaucoup de méfiance par les juges. Le contrôle de proportionnalité tel que prévu par le code civil est donc fonction de l'accord des parties. Le but étant « *de mesurer le manquement par rapport à ce qui fut promis, afin que le créancier ne profite pas à bon compte de la situation pour tenter d'échapper à son propre*

---

<sup>1049</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in Dossier, Question d'actualité, P.A., n° 90 du 05 mai 2000.

*engagement* »<sup>1050</sup>. Face à cette rigueur du code civil, la Cour de cassation dont l'œuvre créatrice n'a cessé d'impressionner depuis le XX<sup>e</sup> siècle, a fait appel à la notion de cause pour essayer de rayer certains déséquilibres.

## B - LE CONTROLE DE LA PROPORTIONNALITE A TRAVERS LA NOTION DE CAUSE : UNE PROUESSE DE LA JURISPRUDENCE ?

449. Il convient de faire une analyse de la jurisprudence qui utilise la cause pour contrôler l'équilibre dans les contrats (1) afin d'en tirer les conséquences qui s'imposent (2).

### 1 - Etat de la jurisprudence

450. La cause de l'obligation puisque c'est celle-ci qui est utilisée par la jurisprudence pour rééquilibrer certains contrats, est le but immédiat, la raison proche qui guide chacun des contractants<sup>1051</sup>. Selon une théorie considérée comme classique, « *le mot désigne la contrepartie en considération de laquelle une obligation est assumée : notion objective et abstraite (...) la fonction qu'elle remplit habituellement est de justifier l'annulation pour absence de cause lorsque la contrepartie fait défaut ou n'est que dérisoire* »<sup>1052</sup>. Prévue par l'article 1131 du code civil en tant que condition de validité des contrats, la cause avait été systématisée en droit français par Domat suivi par Pothier, pour qui « *l'obligation qui se forme dans ces sortes de contrats (les contrats synallagmatiques) au profit de l'un des contractants a toujours sa cause dans la part de l'autre, et l'obligation serait nulle si, dans la vérité, elle était sans cause* »<sup>1053</sup>. Ainsi entendue, dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation d'un contractant est dans la prestation de l'autre<sup>1054</sup>. Par

---

<sup>1050</sup> MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », op. cit., n° 8.

<sup>1051</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 338 ; GAUDEMET (E.), Théorie générale des obligations, présentation de D. Mazeaud, Dalloz, 2004, p. 112.

<sup>1052</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), op. cit., n° 277.

<sup>1053</sup> Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, livre 1<sup>er</sup>, titre 1<sup>er</sup>, cité par GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, chron. 352, n° 3.

<sup>1054</sup> Pour H. Capitant, « toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation...

conséquent, l'obligation manque de cause lorsque la contrepartie fait défaut et cette cause est variable « *suivant la nature de l'obligation et notamment du contrat qui donne naissance à cette obligation* »<sup>1055</sup>.

451. La cause a pendant longtemps été neutralisée dans le droit des contrats<sup>1056</sup>. Considérée comme un « *rempart contre le seul déséquilibre contractuel absolu, c'est-à-dire un engagement souscrit sans contrepartie ou sans contrepartie réelle* »<sup>1057</sup>, la jurisprudence n'a pas pu y voir un instrument de l'équilibre contractuel, celui-ci devant exister chaque fois qu'il y a une contrepartie réelle à l'obligation<sup>1058</sup>. L'absence de cause n'était alors considérée que comme une lésion poussée à l'extrême<sup>1059</sup>. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1641 du code civil, l'obligation de l'acheteur est sans cause si la chose avait péri au moment de la vente ou n'existait pas. L'absence de cause réside donc dans l'inexistence de la contrepartie. A l'absence de cause, la jurisprudence a ajouté l'existence d'une contrepartie dérisoire. C'est vrai qu'à partir de ce moment, on pouvait déjà parler d'un contrôle de

---

*S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou* » (in De la cause dans les obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs), Dalloz, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1927, n° 1, p. 17.

<sup>1055</sup> Car la cause est « *invariable pour un contrat donné* » : CAPITANT (H.), op. cit., n° 1, p. 18.

<sup>1056</sup> Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, § 1031 ; Laurent, Principes de droit civil, t. XVI, n° 111. Voir également, H. CAPITANT qui critique un auteur (J. Maury, Essai sur le rôle de l'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920) pour, écrit-il, avoir introduit « *dans la formation des contrats une condition d'équivalence que le Droit, sauf dans les cas où il tient compte de la lésion, n'exige pas* » (op. cit., n° 15, p. 44, note n° 1).

<sup>1057</sup> MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 22 oct. 1996, Defrénois, 1997, p. 336.

<sup>1058</sup> Voir par exemple GAUDEMET (E.), op. cit., p. 123, qui fait une esquisse des hypothèses dans lesquelles la cause peut être considérée comme inexistante. On y trouve quatre hypothèses : Premièrement, lorsque le contrat est conclu à la suite d'un chantage ou d'une violence, dans ce cas, la nullité absolue pour absence de cause permet de vaincre la timidité de l'annulabilité pour vice du consentement ; deuxièmement, en cas d'émission des effets de complaisance (émission d'un billet à ordre en l'absence de provision ou d'une lettre de change sans aucune dette à la source) ; troisièmement, en cas d'une promesse faite en vue d'une prestation future qui ne se réalise pas (vente d'une récolte future qui périt si les parties n'ont pas entendu faire un contrat aléatoire) ; quatrièmement, l'hypothèse de l'article 1722 du code civil qui prévoit que le bail prend fin par la perte de la chose louée.

<sup>1059</sup> COUTURIER (G.), La confirmation des actes nuls, thèse, Université de Paris, 1969, n° 228, p. 194, cité par CRISTAU (A.), « La nullité pour absence de cause », note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999, D. 2000, Jur., p. 507, n° 19. Eugène GAUDEMET voit d'ailleurs dans l'insuffisance de la cause non un déséquilibre objectif entre les prestations des parties, mais une motivation insuffisante des raisons ayant poussé la victime à agir. Il en est ainsi d'après lui d'une dette du jeu au hasard, dont l'article 1965 du code civil interdit toute action en justice pour son paiement (sans qu'une telle dette soit pour autant illicite parce que son paiement n'est pas répétable aux termes de l'article 1967 du code civil). Est également nulle pour cause insuffisante la promesse faite par une personne par faiblesse, pour éviter de longs débats, d'une certaine somme pour obtenir ce qui lui est dû (op. cit., p. 124).

proportionnalité, mais l'heure n'était pas à une telle affirmation car le contrôle judiciaire ne s'exerçait que si la contrepartie était tellement insignifiante qu'il est avéré qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes conditions ne l'aurait pas accepté.

452. La Cour de cassation devait cependant changer radicalement l'interprétation faite jusqu'alors de l'article 1131 du code civil dès le début des années 1990. Par une série d'arrêts rendus le 19 décembre 1990<sup>1060</sup>, la première chambre civile élimine dans les contrats d'assurance de responsabilité, les clauses dites de « *réclamation de la victime* ». Ces clauses prévoyaient en effet que la garantie de l'assureur ne joue que si la réclamation de la victime parvient à celui-ci avant la résiliation du contrat. Or la Cour de cassation considère que le « *versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période* ». La haute juridiction continue son argumentation en précisant que la clause querellée, en privant l'assuré du bénéfice de l'assurance, crée un « *avantage illicite comme dépourvu de cause au profit de l'assureur qui aurait perçu des primes sans contrepartie* ». L'illicéité de ces clauses est justifiée par le fait qu'elles permettraient à l'assureur de percevoir des primes sans contrepartie puisqu'elles ont pour effet de priver l'assuré de la garantie des dommages survenus pendant la durée de validité du contrat si l'assuré n'effectue sa réclamation qu'après la résiliation de celui-ci<sup>1061</sup>. L'existence de la cause dépend donc de la réalité économique de l'opération contractuelle<sup>1062</sup>. En effet, même si traditionnellement le contrat d'assurance est annulé pour absence de cause (article 1131 du code civil) ou absence d'aléa (article 1964 du code

---

<sup>1060</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, Bull. civ., I, n° 303, p. 212, J.C.P., 1991, II, 21656, note Bigot, D. 1992, chron. 13, R.T.D.Civ., 1991, p. 325, obs. J. Mestre.

<sup>1061</sup> LAMBERT-FAIVRE (Y.), « La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement de la nullité des clauses « réclamation de la victime », D. 1992, Chron., p. 13 ; LEVEL (P.), « Assurance de responsabilité : nullité de la clause exigeant que la réclamation du tiers lésé soit formulée avant l'expiration de la police », J.C.P., 1991, éd. E, I, 62, p. 287.

<sup>1062</sup> GHESTIN (J.), « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, p. 222.

civil), la prise en compte de la réalité économique du risque qu'institue cette jurisprudence, conduit à reconnaître au juge un contrôle un peu plus renforcé, consistant à s'assurer que la couverture du risque est bel et bien assurée.

De même, c'est sur le fondement de l'article 1131 du code civil que la Cour de cassation a réputé non écrites dans les contrats bancaires de compte courant les clauses organisant le calcul des dates de valeur<sup>1063</sup>. Ces clauses prévoyaient que, si le client déposait des sommes auprès de la banque, ces sommes ne seraient inscrites à son crédit que deux ou trois jours plus tard et que inversement, s'il retirait des fonds, ces retraits seraient inscrits au débit de son compte deux ou trois jours plus tôt. Ce jeu d'écritures permettait aux banques de se faire rémunérer les services de caisse rendus aux clients<sup>1064</sup>. Et c'est justement ce qu'avait critiqué et obtenu gain de cause, une société qui avait dû payer des intérêts parce que son compte s'était trouvé à ses yeux artificiellement défaillant.

**453.** Mais le sommet de cette tendance jurisprudentielle devait être atteint avec le célèbre arrêt Chronopost<sup>1065</sup>. En l'espèce, le cocontractant de Chronopost avait confié à cette société l'acheminement d'un pli qui devait arriver à son destinataire le lendemain avant midi. La société Chronopost s'y était engagée. Il s'agissait d'une soumission à une adjudication. Le pli n'étant pas arrivé à temps et l'expéditeur ayant réclamé à Chronopost la réparation de la perte de la chance de n'avoir pu soumettre son offre, la cour d'appel a considéré que la clause stipulée au contrat et limitant la responsabilité de

---

<sup>1063</sup> Cass. com., 6 avr. 1993, Bull. civ., IV, n° 138, p. 94, D. 1993, 310, note Ch. Gavalda, J.C.P., 1993, II, 22062, note Stoufflet.

<sup>1064</sup> MESTRE (J.), « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in Etudes en l'honneur de F.TERRE, 1998, p. 685.

<sup>1065</sup> Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, somm. p. 175, obs. Ph. Delebecque, chron., Ch. Larroumet, p. 145, D. aff., 1997, chron., Ph. Delebecque, p. 235, J.C.P., 1997, II, 22881, note D. Cohen, I, 4002, n° 1 obs. M. Fabre-Magnan, 4025, n° 177, obs. G. Viney, Contrats, conc. Consomm., 1997, n° 24, obs. L. Leveneur, Defrénois, 1997, P. 333, obs. D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 1997, p. 418, obs. J. Mestre, Gaz. Pal. 1997, 2, Jur. p. 519, note R. Martin, Grands arrêts, n° 156. Voir également, arrêt de renvoi rendu par la cour d'appel de Caen (ch. réunies, 5 jan. 1999, D. 2000, Somm., p. 294, obs. B. Mercadal, J.C.P., éd. G., 2000, I, n° 199, n° 14, obs. G. Viney) décision une fois de plus cassée par la chambre commerciale, 9 juill. 2002 (D. 2002, A.J., p. 2329, obs. E. Chevrier, et Somm., p. 2836, obs. P. Delebecque, J.C.P., éd. G., 2002, II, 10176, n° 46, note G. Loiseau et M. Billiau).



Chronopost au montant du prix payé par le cocontractant devait recevoir application en l'absence de faute dolosive ou lourde de Chronopost. C'était une solution très classique. Mais la chambre commerciale n'a pas souscrit à ce raisonnement. Elle décide qu'« *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé et que, en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé* » l'article 1131 du code civil.

Autrement dit, en s'engageant à exécuter une obligation tout en stipulant une clause limitant ou réduisant à une « *peau de chagrin* »<sup>1066</sup> la portée de l'obligation, sa sanction, l'obligation principale se trouve privée de cause. Plutôt que de sanctionner cette absence de cause par la nullité du contrat, la chambre commerciale préfère n'éliminer que « *la source du mal* » en réputant non écrite la seule clause litigieuse et maintenir le contrat dans toutes ses autres dispositions<sup>1067</sup>. C'est le même mécanisme qui a été utilisé dans les arrêts précédemment cités. L'équilibre du contrat est ainsi semble-t-il, retrouvé parce que l'élimination de la clause limitative de responsabilité permet au juge de réparer intégralement le préjudice subi<sup>1068</sup>.

---

<sup>1066</sup> MAZEAUD (D.), « La protection par le droit commun », in Les clauses abusives entre professionnels, 1998, p. 45.

<sup>1067</sup> GUEGUEN (J.-M.), op. cit., n° 8. *Infra*, n° 594 et ss.

<sup>1068</sup> Cependant, les suites de l'affaire Chronopost ont démontré comment il était difficile d'y arriver car même le droit commun des transports des marchandises (loi du 30 décembre 1982 sur l'orientation du transport) applicable en l'espèce limitait la responsabilité du transporteur au prix du transport, c'est-à-dire au plafond déterminé par la clause contractuelle radiée. De même, le recours au droit commun des contrats se heurte à l'article 1150 du code civil qui ne prévoit que la réparation du préjudice prévisible au moment de la formation du contrat (TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.2, 11<sup>e</sup> éd., D. 2000, p. 86 ; SERIAUX (A.), note sous cet arrêt, préc. p. 123). Par conséquent, dans son arrêt du 9 juillet 2002, la Cour de cassation semble demander aux juges de fonds de se baser sur la faute lourde commise par la société Chronopost, faute qui résiderait dans l'inexécution d'une obligation essentielle du contrat (MAZEAUD (D.), Affaire Chronopost : suite au prochain épisode, D. 2003, somm., p. 457). Cette faute n'a finalement pas été découverte par la chambre mixte de la Cour de cassation qui n'a pu objectiviser la faute lourde de la société Chronopost, donnant ainsi à croire que la faute lourde ne peut résider uniquement dans l'inexécution d'une obligation fut-elle essentielle, mais doit être considérée subjectivement (ch. mixte, 22 avril 2005, Contrats, conc. consomm., 2005, n° 150, obs. L. Leveneur, D. 2005, p. 1864, note J.-P Tosi, J.C.P., éd. G. 2005, obs. G. Loiseau, R.D.C., 2005, p. 651, avis de R. de

454. La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée sur cette voie malgré les critiques des plus virulentes jamais enregistrées contre une de ses décisions<sup>1069</sup>. Dans un autre arrêt, la même chambre commerciale, révèle que la disproportion peut procéder d'un engagement non seulement purement illusoire du débiteur, mais encore simplement dérisoire. La Cour a, en effet, prononcé la nullité pour absence de cause d'un contrat d'approvisionnement exclusif parce qu'en contrepartie de l'engagement souscrit par le revendeur d'acheter exclusivement au fournisseur certains produits pour des quantités minimales prédéterminées pendant une durée de cinq ans et aux conditions générales de vente du tarif du fournisseur, l'avantage procuré par ce dernier à son partenaire apparaissait dérisoire<sup>1070</sup>. L'absence de cause procède ici d'une simple absence d'équivalence économique ; *« l'engagement n'était pas inexistant ou apparent en raison d'une clause affectant le socle obligatoire sur lequel repose nécessairement le contrat, il était simplement insuffisant au regard de l'engagement souscrit en contrepartie... »*<sup>1071</sup>. Une solution analogue a été adoptée récemment à propos du cautionnement donné par le fournisseur pour garantir un prêt conclu par le distributeur à concurrence de 20 %. L'engagement du fournisseur a été jugé sans cause par rapport à ce à quoi le distributeur s'était engagé<sup>1072</sup>.

Le contrôle de la proportionnalité à travers la notion de cause n'est pas resté cantonné en matière commerciale. La première chambre civile de la Cour

---

Gouttes, 673, obs. D. Mazeaud et 752, obs. Ph. Delebecque. *Adde*, MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz 2006, p. 378).

<sup>1069</sup> V. infra, n° 456 et 457.

<sup>1070</sup> Cass. Com., 14 octobre 1997, R.J.D.A., 1998, n° 164. Dans la même lancée, voir Cass. com., 17 juill. 2001, J.C.P., 2002, I, n° 148, n° 17 et ss., obs. G. Loiseau. Un contrat de maintenance, aux termes duquel la société s'engageait à intervenir dans un délai de « 48 heures chrono », comportait une clause limitative de responsabilité qui avait été opposée à un client victime de l'inexécution de cette obligation de ponctualité. Pour rejeter le pourvoi formé par la société de maintenance, la Cour de cassation a décidé que les juges du fond avaient « fait l'exacte application de l'art. 1131 du code civil en retenant, pour écarter la clause limitative de responsabilité dont se prévalait la société S..., qu'une telle clause revenait à priver d'effet l'obligation essentielle souscrite par cette société ».

<sup>1071</sup> MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?, P. A., n°117, du 30 septembre 1998, n° 12.

<sup>1072</sup> Cass. com., 8 févr. 2005, Contrats, conc. consomm., 2005, comm. n° 104, obs. L. Leveneur, D. 2005, pan. 2841, obs. S. Amrani Mekki, R.D.C., 2005, p. 4, obs. D. Mazeaud.

de cassation a déjà adopté le critère de proportionnalité pour apprécier la validité d'une obligation de non-concurrence<sup>1073</sup>. Les faits étaient les suivants. Deux médecins exerçant leur activité au sein d'une société civile de moyens ont conclu « *un contrat d'association provisoire* » avec un troisième confrère radiologue qui devrait à terme « *acquérir la part de la société* ». Le contrat contenait une clause de non-réinstallation limitée à une durée de deux ans et à un rayon de cent kilomètres du siège de l'activité, à Cayenne. Après six mois d'association, la collaboration entre les parties prit fin. Le médecin radiologue se réinstalla immédiatement à proximité, violant ainsi la clause de non-concurrence. Les juges du fond condamnèrent ce dernier à fermer son cabinet sous astreinte de cent mille francs par jour de retard. C'est cette décision qui fut cassée dans toutes ses dispositions aux motifs « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger compte tenu de la profession, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* » (article 1131 du code civil).

455. Le tournant est désormais opéré d'après certains auteurs<sup>1074</sup>. Le juge ne fait que reprendre la place à lui confiée par la théorie générale du droit sans en abuser car, « *La force obligatoire du contrat ne peut résulter que d'une convention exprimant avec cohérence la volonté des parties, dépourvue de contradiction interne conduisant à priver de cause l'une des obligations et déséquilibrant ainsi le contrat* »<sup>1075</sup>. Et l'intervention du juge n'a pour seul et unique but que de rétablir « *l'équilibre du contrat en corrigeant la volonté perverse de l'une des parties* »<sup>1076</sup>. Cette doctrine approbative trouve dans la cause, via l'obligation essentielle, un « *instrument d'une interdiction de portée générale (elle s'applique dans tous les contrats), objective (quels que soient les contractants) et systématique (puisque la solution est applicable dans toutes*

---

<sup>1073</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999, D. 1999, somm., p. 385, obs. J. Penneau, Defrénois, 1999, art. 37041, n° 71, note D. Mazeaud, Contrats, conc., consom., 1999, comm. n° 137, note, L. Leveneur, Dr. et patrimoine, 2001, p. 33, obs. Y. Auguet.

<sup>1074</sup> MESTRE (J.), « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », op. cit., p. 686 ; MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », op. cit., p. 386.

<sup>1075</sup> GUEGUEN (J.-M.), op. cit., n° 31.

<sup>1076</sup> Ibid. *Adde*, MAZEAUD (D.), « La protection par le droit commun », in Les clauses abusives entre professionnels, 1998, p. 45).

les hypothèses identiques de limitation de la portée d'une obligation essentielle) d'éradication des clauses abusives dans les contrats conclus entre toutes parties »<sup>1077</sup>. Et la jurisprudence sur l'obligation essentielle traduit d'après certains auteurs, cette idée que la liberté contractuelle est le principe, mais que cette liberté contractuelle a nécessairement des limites. L'idée est juste et permet de conduire à des solutions justes<sup>1078</sup>. Qu'en est-il effectivement ?

## 2 – Limites d'une conception dynamique de la cause

456. L'une des questions soulevées par ces arrêts est bien celle de l'opportunité de faire appel à la notion de cause de l'obligation dans ces différentes hypothèses. Le Professeur Larroumet soutient dans sa critique contre l'arrêt Chronopost que cet arrêt était inopportun car il n'y avait aucune « *raison d'appliquer d'une façon dévastatrice la théorie de la cause dans un domaine qui lui était étranger. L'application est dévastatrice en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle* »<sup>1079</sup> et souhaite qu'il ne s'agisse que d'« *une bavure sans conséquence à l'avenir* »<sup>1080</sup>. De même, pour M. Sériaux, « *“L'obligation sans cause” dont fait état cet article (1131 du code civil) renvoie sans nul doute à la cause-contrepartie. Or, force est de constater que cette contrepartie était bien présente ici, que l'équilibre convenu (et donc “objectivé”) des prestations réciproques n'était guère discutable. Les tarifs proposés par Chronopost sont certes plus élevés que ceux établis pour l'acheminement par voie postale ordinaire ; mais ils ne sont pas non plus exorbitants* »<sup>1081</sup>. En somme, le recours à la théorie de la cause a été qualifié d'« *artificiel* »<sup>1082</sup>, de

<sup>1077</sup> GUEGUEN (J.-M.), op. cit., n° 22.

<sup>1078</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in Dossier : Le contrat, Questions d'actualité, P.A., n° 90 du 05 mai 2000.

<sup>1079</sup> LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D.1997, Chron., n° 3.

<sup>1080</sup> LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », op. cit., n° 4.

<sup>1081</sup> Note précitée, p. 123, n° 6. Voir également, D. Cohen, note préc., d'après qui, « *la cause existait manifestement et la cour d'appel n'avait pas violé le texte susvisé (art. 1131)...* ».

<sup>1082</sup> COHEN (D.), note sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc.

« véritable tour de passe-passe »<sup>1083</sup> car celle-ci « n'aurait strictement rien à faire dans cette espèce »<sup>1084</sup>.

La question à laquelle essayent de répondre ces éminents auteurs est donc celle de savoir si l'existence d'une clause limitative de responsabilité insuffisante rend l'obligation du créancier sans cause. La Cour de cassation n'a-t-elle pas fait de confusion entre le mobile déterminant qui n'a aucune influence sur la validité du contrat et la cause objective ?<sup>1085</sup> En l'espèce, la réparation proposée par Chronopost était insuffisante parce que son cocontractant a perdu la chance de faire une bonne affaire. Or, le fait que ces motifs n'aient pas été portés à la connaissance du transporteur n'excluait-il pas ceux-ci du champ contractuel ?<sup>1086</sup> De la sorte, l'appréciation de l'équilibre du contrat ne peut se faire qu'en considérant les motifs connus des deux parties et non en prenant en considération les mobiles personnels que l'autre partie n'avait aucun moyen de les connaître<sup>1087</sup>. Ce qui veut dire *a contrario* que si l'expéditeur avait fait part au transporteur de ces motifs, ceux-ci étant

---

<sup>1083</sup> SERIAUX (A.), note sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc.

<sup>1084</sup> LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », op. cit., n° 2.

<sup>1085</sup> Pour la distinction, voir CAPITANT (H.), op. cit., n° 4, p. 22-23, qui affirme qu'il faut « distinguer aisément la notion de cause ou but du motif ou mobile déterminant qui décide le débiteur à s'obliger. Le motif est la raison contingente, subjective et par là même variable avec chaque individu, qui détermine une personne à conclure un contrat ». Comp. GHESTIN (J.), « En relisant "De la cause des obligations" de Henri Capitant », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges, J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 124.

<sup>1086</sup> Pour CAPITANT, le droit ne tient pas compte du mobile déterminant parce que le « contrat est essentiellement un accord de volontés ; c'est l'accord des volontés qui en déterminent le contenu. Tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du champ contractuel, et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volonté » (op. cit., n° 4, p. 23). C'est pourquoi, l'erreur ne peut porter que sur les qualités portées au contrat, comme ayant déterminé la volonté des parties ; ce qui vaut tant pour le débiteur que pour le créancier (TOURNAFOND (O.), « L'erreur du contractant sur sa propre prestation », in *Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003*, p. 383 ; WINTGEN (R.), « De l'erreur sur les motifs », note sur Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2003, J.C.P., éd. G., 2003, n°10134).

<sup>1087</sup> TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 83 ; SERIAUX (A.), note préc. p. 123. Adde, GAUDEMET (E.), op. cit., p. 134 : « Si les motifs, souvent secrets, souvent purement personnels, interviennent dans l'appréciation de la validité des conventions, on ne pourra jamais compter sur la validité d'un contrat ; on pourra toujours craindre que la découverte d'un motif jusque-là ignoré, et qui se trouvera erroné, illicite, immoral, n'entraîne l'annulation de l'acte ».

entrés dans le champ contractuel, pouvaient permettre d'apprécier l'équilibre entre les prestations<sup>1088</sup>.

457. L'autre question soulevée cette fois par tous les arrêts et non plus seulement par l'arrêt Chronopost, est celle de savoir si le défaut d'équilibre entre les prestations équivaut réellement à une absence de cause. N'y a-t-il pas au plus absence partielle de cause ?<sup>1089</sup> Si on l'admettait, n'aboutirait-on pas à une prise en compte de la lésion pourtant jusqu'alors rejetée dans la théorie générale des contrats ? Pourtant, l'équivalence requise dans ces contrats « *commutatifs* » est non point « *objective mais laissée à l'appréciation des parties, le principe de cette équivalence subjective ne souffrant donc d'exception que dans la stricte mesure des dispositions relatives à la lésion sanctionnée* »<sup>1090</sup>. En outre, le risque d'apprécier l'équilibre du contrat post conclusion, c'est-à-dire en cas d'inexécution est possible avec la combinaison entre la cause et l'obligation essentielle. En effet, bien que la Cour de cassation s'emploie à rechercher la contradiction initiale, structurelle, de la convention avec l'attente légitime du créancier<sup>1091</sup>, il y a de forte chance que l'équilibre ainsi recherché soit fortement influencé par le préjudice réellement subi par le créancier.

458. La combinaison faite entre la cause et l'obligation essentielle paraît en fin de compte d'un maniement délicat pour la Cour de cassation et peut aboutir à des solutions contradictoires. En effet, si d'un côté on peut se féliciter de ce que cette jurisprudence puisse enfin donner les moyens de

---

<sup>1088</sup> Dans ce sens, SERIAUX (A.), note préc., p. 123 : « *s'il est bien exact que Chronopost a la célérité pour obligation capitale, cette rapidité et cette ponctualité légitimement attendues par l'utilisateur, qui les paie, ne sauraient à l'évidence garantir celui-ci contre l'échec de ses espérances de profit, dès lors que celles-ci ne sont que des mobiles non entrés dans le champ des prévisions des parties (...). Chronopost garantit " la fiabilité et la célérité de son service", il ne saurait garantir en cas de non-respect de cette obligation n'importe quelle déception des raisons purement personnelles pour lesquelles l'expéditeur a recours à ses services et dont il ignore tout. (...) Introduire au sein de cet équilibre, comme le fait la Cour de cassation, les enjeux économiques personnels de chaque utilisateur, revient en réalité à disqualifier l'opération en une assurance tous risques* ».

<sup>1089</sup> Dans ce sens, LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit, Mélanges F. Terré, 1999, p. 657 ; MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), « Leçons de droit civil, t. II, vol. I, Les Obligations, 9<sup>e</sup> éd. Par F. Chabas, 1998, n° 122.

<sup>1090</sup> MOURY (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, chron., n° 11.

<sup>1091</sup> GUEGUEN (J.-M.), op. cit., n° 12.

lutter contre les clauses abusives dans les contrats conclus entre les professionnels<sup>1092</sup> en introduisant un principe de proportionnalité correcteur de nature à éviter les excès<sup>1093</sup>, on peut tout autant regretter que ces arrêts ouvrent des brèches dont les contours sont mal définis si bien qu'ils risquent de conduire à une cacophonie dans les principes directeurs du droit des contrats<sup>1094</sup>. Dans la perspective d'un renouvellement des sources du droit des contrats, il serait souhaitable d'adopter des moyens plus efficaces et surtout mieux définis pour assurer la protection de ces contractants dont la Cour de cassation a le mérite d'avoir compris que la claustration dans la théorie de l'autonomie de la volonté ne peut leur être d'aucune utilité.

## **Paragraphe 2 : Les nouveaux moyens légaux d'équilibrage du contrat**

459. Une partie de la doctrine contemporaine appelle de tous leurs vœux, le principe d'équilibre contractuel en vertu duquel, « *le contrat, dans sa formation et son exécution, doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses* »<sup>1095</sup>. Ce vœu est-il en train de devenir réalité ? Bien que la jurisprudence française prend de plus en plus des initiatives qui semblent aller dans ce sens, la prudence est encore de mise dans un droit fortement marqué par l'adage « *pacta sunt servanda* »<sup>1096</sup>.

---

<sup>1092</sup> CRAMIER (P.), art. préc., 2<sup>e</sup> partie ; MAZEAUD (D.), « le principe de proportionnalité et la formation du contrat », op. cit., n° 12 ; CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 145 et 147.

<sup>1093</sup> GUYON (Y.), « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in Mélanges M. Vasseur, BANQUE éditeur, Paris, 2000, p. 76, n° 3.

<sup>1094</sup> Pour X. THUNIS, cette jurisprudence qui opte pour une appréciation *ex post* de la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité court le risque de faire dépendre le sort de ces clauses « *du rapport qui existe entre le dommage concret subi par le créancier suite à l'inexécution du contrat, et l'indemnité, plus ou moins généreuse, prévue par la clause. L'appréciation doit devenir casuistique et son résultat ne sera guère prévisible* » (THUNIS (X.), « Une notion fuyante : l'obligation essentielle en droit des contrats », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 536, n° 14).

<sup>1095</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit., p. 379.

<sup>1096</sup> Dans ce sens, v. MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », op. cit., n° 6.

460. A l'opposé, le droit des contrats internationaux dont l'inflation doit être notée<sup>1097</sup> fournit un droit dont le contenu s'éloigne davantage des principes traditionnels des pays qui appliquent encore le code civil de 1804. Se situant dans cette nouvelle propension, l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats fait sienne la quasi-totalité des principes révolutionnaires des Principes d'UNIDROIT que sont la prise en compte des déséquilibres significatifs dans la formation des contrats, l'admission de la révision pour imprévision sans compter l'exigence de bonne foi qui est sans doute au service de l'équilibre contractuel. L'avant-projet d'Acte uniforme présente évidemment un droit des contrats dominé par le principe de proportionnalité qui est loin de rester une exception. Epousant ainsi la plupart des principes consacrés dans les droits des contrats spéciaux étudiés dans la première partie de ce travail, on peut espérer pour le lendemain, un droit des contrats marqué par la recherche d'un équilibre global (A) et d'un équilibre ponctuel (B) du contrat.

## A - LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE GLOBAL DU CONTRAT : LA PRISE EN COMPTE DE LA LESION

461. Rechercher l'équilibre global du contrat consiste à apprécier le rapport qualité/prix dans une opération contractuelle. A en croire l'auteur du futur droit africain des contrats, une grande partie des juristes africains (il parle des hauts fonctionnaires, magistrats, avocats, notaires, professeurs et représentants des milieux économiques des différents pays membres de l'OHADA) consultée pour l'élaboration de l'avant-projet s'est prononcée pour l'admission de la lésion dans le cadre de ce droit comme c'est du reste le cas dans les Principes d'UNIDROIT<sup>1098</sup>. La lésion, définie ici comme un avantage excessif résultant dès la formation du contrat d'une clause ou du contrat, s'analyse à la lumière de ses conditions (1) comme la prise en compte de

---

<sup>1097</sup> On pense notamment à la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises, aux Principes UNIDROIT relatifs aux contrats internationaux, aux Principes du droit européen du contrat, et aux multiples contrats spéciaux régis par le droit communautaire africain.

<sup>1098</sup> FONTAINE (M.), op. cit., p. 263.



l'inégalité entre les contractants, puisqu'il s'agit d'une lésion dite « *qualifiée* »<sup>1099</sup>. Inspirée donc du mouvement consumériste, elle a pour principal objectif d'équilibrer une relation dont la proportionnalité faisait défaut à la naissance (2).

## **1 – Les conditions d'admission de la lésion**

**462.** La lésion est définie à l'article 3/10 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (3. 10 des Principes d'UNIDROIT) comme « *un avantage excessif* » qu'une clause du contrat ou le contrat accorde injustement à l'une des parties. Utilisée dans le langage courant comme synonyme de dommage, la lésion signifie en matière contractuelle, « *le préjudice très particulier subi par l'un des contractants du déséquilibre existant, au moment de la formation du contrat, entre les prestations* »<sup>1100</sup>. Les conditions dans lesquelles la lésion est admise sont très bien définies par le projet d'Acte uniforme. La lésion doit être le résultat de l'inégalité entre les parties contractantes. L'inégalité peut résulter aux termes de l'article 3/10 1) du « *fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première* ». Il s'agit de ce que d'aucuns appellent une lésion « *qualifiée ou subjective* »<sup>1101</sup>. Cette exigence n'est pas neutre. Elle corrobore avec le reste du texte car le déséquilibre qui ne trouve pas sa cause dans une situation de domination peut être sanctionnée à travers le vice d'erreur car l'erreur sur la valeur n'est plus indifférente comme c'est le cas en droit positif actuel. L'article 3/5 de l'avant-projet sanctionne de nullité l'erreur sans distinguer celle qui porte sur la personne, sur la valeur ou sur les qualités

---

<sup>1099</sup> Comp. avec l'article 4 : 109 des P.D.E.C ; MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 393.

<sup>1100</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 302.

<sup>1101</sup> MAZEAUD (D.), « Observations conclusives » sur les trav. de l'Ass. H. Capitant sur le projet de réforme du code civil, 2006, *op. cit.*, n° 22.

substantielles de la chose<sup>1102</sup>. Il n'était donc plus nécessaire de prévoir un vice de lésion qui se limite à la valeur de l'objet du contrat.

463. En outre, il est prévu qu'il pourra être tenu compte de la nature et du but du contrat. Le déséquilibre significatif doit donc avoir sa cause dans l'état d'infériorité de la partie lésée par rapport à l'autre partie. Il ne s'agit toutefois pas de se limiter dans les relations consommateurs professionnels. Même les professionnels peuvent bénéficier de cet article chaque fois qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de négocier le contrat ou dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur<sup>1103</sup>. Il faut noter que le droit français de la concurrence avait déjà prévu, dans l'ordonnance de 1986, la sanction des abus de dépendance économique. Mais cette interdiction n'a pas eu des résultats escomptés dans les relations entre professionnels, parce que outre la preuve de l'état de dépendance, la Cour de cassation subordonnait la sanction à l'atteinte à la concurrence, condition qui était difficilement remplie car les entreprises en état de dépendance économique sont très souvent des petites et moyennes entreprises incapables de modifier la concurrence sur un marché donné<sup>1104</sup>. La prise en compte de la lésion qualifiée dans les relations entre professionnels apparaît cependant en filigrane dans certaines décisions relatives à l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique. On peut lire en effet dans la décision de la Cour de cassation du 3 avril 2002 que : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique,*

---

<sup>1102</sup> L'article 3/4 de l'avant-projet définit l'erreur comme « *une fausse croyance relative aux faits ou au droit existant au moment de la conclusion du contrat* ». Infra, n° 589 et ss.

<sup>1103</sup> On rejoint ici la protection autrefois accordée aux professionnels en droit français lorsque la Cour de cassation leur appliquait la législation protectrice des consommateurs dès lors qu'il était démontré qu'ils ont contracté en marge de leur compétence (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 1987, Bull. civ., I, n° 134, D. 1987, Somm., p. 455, obs. Aubert). Interprétation de la notion de consommateur qui a été abandonnée au profit du critère dit de « *rapport direct* » avec l'activité. Le professionnel n'est plus protégé par la législation sur la consommation dès que le contrat passé a un rapport direct avec son activité. Il en était ainsi des contrats d'approvisionnement en eau courante passés par des sociétés de fabrication de bouteilles qui consommait des grandes quantités d'eau (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1995, Bull. civ., I, n° 54, Contrats, conc. consomm., 1995, comm. n° 84, obs. Leveneur, D. 1995, p. 327, note Paisant, somm. 229, obs. Delebecque et p. 310, obs. Pizzio ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 janv. 1996 et 30 janv. 1996, D. 1996, p. 228, note G. Paisant ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2002, J.C.P., éd. G., 2002, II, n° 10123). Mais à la différence une fois de plus que c'est désormais une protection de droit commun, donc qui profite à tous les contractants.

<sup>1104</sup> FAGES (B.) et MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », op. cit., p. 78.

*faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier le contrat de violence économique* »<sup>1105</sup>. La Cour de cassation va au-delà de la protection de la liberté du contractant, objet classique du vice de violence, pour protéger le contractant dépendant contre le risque de déséquilibre excessif procédant de l'exploitation d'une situation de dépendance<sup>1106</sup>. La généralisation de la prise en compte des inégalités intellectuelles, économiques et structurelles par le projet d'Acte uniforme peut donc soulager de nombreux contractants.

**464.** Mieux que la prise en compte des inégalités entre les contractants, la généralisation de la lésion rompt également avec le droit de la consommation qui ne prend pas en compte l'équilibre global du contrat. Le droit de la consommation tel que régi au Cameroun par la loi du 10 août 1990 comme c'est du reste le cas en France ou encore dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur la vente à la consommation, recherche un équilibre ponctuel des clauses du contrat à travers l'interdiction des clauses abusives<sup>1107</sup>. En ce qui concerne l'équilibre global, c'est-à-dire le rapport qualité/prix, le droit de la consommation procède par une exigence d'une information précontractuelle mise à la charge du professionnel en vue d'éclairer le consommateur et lui permettre d'apprécier la contrepartie de son engagement avant de se lier par le contrat. Autrement dit, le consommateur ne saurait sur la base de ce droit spécial se plaindre sur l'équivalence des prestations contractuelles.

**465.** L'avant-projet d'Acte uniforme est donc novateur. Il n'est plus question de brandir la sécurité juridique pour masquer les déséquilibres les plus criants imposés d'une manière ou d'une autre à certains contractants. L'admission de la lésion ne doit pas souffrir de ces critiques car elle se fait ici

---

<sup>1105</sup> Cass. com., 13 avril 2002, Contrats, conc. consomm., 2002, n° 121, obs. L. Leveneur, D. 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et somm. p. 2844, obs ; D. Mazeaud, Defrénois, 2002, p. 1246, obs. E. Savaux, J.C.P., éd. G., 2002, I, 184, obs. G. Virassamy, R.T.D.Civ., 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>1106</sup> MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », op. cit., p. 394. BILIAU (M.), « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 119.

<sup>1107</sup> GUYON (Y.), Rapport de synthèse du colloque le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, p. 128.

dans le cadre d'un assouplissement généralisé des conditions de formation du contrat. A partir du moment où la détermination du prix/objet ou sa déterminabilité n'est plus une condition de validité du contrat<sup>1108</sup>, mais qu'il peut être fixé ultérieurement, par l'une des parties ou par le juge, on voit mal pourquoi on s'obstinerait encore à réfuter la lésion alors que le contrat est devenu une notion non plus intangible, rigide, mais une institution adaptable au nom de la bonne foi, en tenant compte de l'environnement socio-économique de son élaboration et de son exécution. Cette remarque est d'autant plus importante que la lésion ne sera plus invoquée pour demander uniquement la rescision comme dans le code civil, la partie lésée peut en effet préférer que la lésion soit réparée.

## **2 - L'effet réparateur de la lésion**

**466.** Parce que l'objectif du nouveau droit des contrats est d'assainir les rapports contractuels en instituant un minimum de loyauté aussi bien dans la période de formation du contrat que pendant son exécution, la sanction réservée à l'avantage excessif que le plus fort se serait arrogé lors de la conclusion du contrat n'est pas uniquement l'anéantissement du contrat. L'avant-projet prévoit certes l'annulation du contrat pour cause de lésion comme dans d'autres cas de vices du consentement<sup>1109</sup>, mais le rôle des parties dans la détermination de la sanction est primordial. La partie lésée doit choisir entre la réparation c'est-à-dire le rééquilibrage du contrat et son anéantissement<sup>1110</sup>. De même, la partie ayant bénéficié de la lésion peut, après avoir reçu la notification d'annulation, demander au tribunal l'adaptation du contrat en vue de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi. Contrairement à la régularisation issue du code civil qui devait émaner de la seule volonté de l'acheteur de l'immeuble ou du copartageant, l'avant-projet prévoit une dualité des sanctions qui paraît plus adaptée.

---

<sup>1108</sup> Articles 5.1.6 et 5.1.7 Principes d'UNIDROIT, art. 5/6 et 5/7 de l'avant-projet.

<sup>1109</sup> Les autres vices de consentement sont l'erreur, le dol et la contrainte.

<sup>1110</sup> L'anéantissement peut se limiter à la seule clause instituant le déséquilibre.

467. En effet, lorsque le déséquilibre est significatif, le tribunal est investi du pouvoir « *d'adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de bonne foi* ». Cette adaptation du contrat peut résulter tant d'une demande du cocontractant lésé que de celle de la partie ayant reçu une notification d'annulation. On le voit, c'est au nom de la bonne foi que la partie forte est obligée de se plier à une révision du contrat déséquilibré. Mais cette entrée par la grande porte de la lésion dans le futur droit africain des contrats ne va pas sans poser des problèmes de fond. L'esprit libéral des Principes d'UNIDROIT qui l'ont guidé laisse un vide juridique qu'il conviendra de vite combler. En effet, on ne saurait ne pas se poser la question de savoir à partir de quel seuil un déséquilibre devient-il significatif ? En d'autres termes, comment doit-on distinguer un avantage excessif d'un avantage non excessif ? Contrairement au code civil qui avait procédé à une quantification de la lésion dans les matières où elle est admise, laissant ainsi une marge de manœuvre assez réduite aux juges<sup>1111</sup>, l'avant-projet ne donne aucun moyen objectif de déterminer la lésion interdite. La référence à la notion de bonne foi laisse présager que ce rôle est dévolu au juge qui devra refaire le contrat à un seuil raisonnable. Mais n'était-il pas préférable de déterminer les moyens objectifs voire quantitatifs de détermination de la lésion ? Il est vrai que l'Acte uniforme ayant vocation à régir tous les contrats de droit commun, la détermination d'un seuil devrait être un véritable travail de titan. Mais à défaut de le faire, l'Acte uniforme aurait pu donner des critères objectifs qui ne le fassent pas dépendre de la volonté du juge. Par exemple, la référence aux prix ou aux pratiques couramment utilisés dans le secteur pourrait permettre de déterminer en cas de lésion, si la différence est significative. La référence à la nature et au but du contrat exigée en outre de l'état de dépendance paraît assez superficielle pour assurer une prévisibilité de l'intervention du juge.

468. Quoiqu'il en soit, en permettant à la partie faible de dénoncer la lésion sans toutefois perdre le bénéfice du contrat, le futur droit des contrats

---

<sup>1111</sup> C'est aussi le cas de rappeler que l'option de prédétermination des clauses qui doivent être considérées dans les contrats de consommation, faite dans la plupart des législations, obéit également à la même logique de délimitation du pouvoir judiciaire.

OHADA marque sa volonté de venir à bout des déséquilibres originels dans les contrats qui jouissaient jusqu'à présent d'une impunité totale même dans les contrats spéciaux marqués par un socle de protectionnisme. Le rétablissement de l'équilibre par une réadaptation des clauses du contrat est une sanction efficace puisqu'elle permet à la victime de la lésion de la dénoncer sans perdre le bénéfice du contrat. Le contrat lésionnaire n'est pas en effet suspect en lui-même<sup>1112</sup>. Seuls les avantages excessifs accaparés par l'une des parties l'entachent de vice et si ceux-ci peuvent être expurgés du contrat, il est normal que le contrat continue sa vie.

A la recherche de cet équilibre qualité/prix, qui était jusqu'à présent l'apanage du seul droit de la concurrence<sup>1113</sup>, le projet d'Acte uniforme reprend pour son compte la recherche d'un équilibre ponctuel des clauses issu du mouvement consumériste ambiant.

## B – LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE PONCTUEL DU CONTRAT

**469.** L'équilibre ponctuel, c'est-à-dire la proportionnalité entre les différentes clauses du contrat, est l'apanage traditionnel des droits protectionnistes. L'objectif de ce contrôle n'est pas d'établir un équilibre arithmétique sur les prestations, mais plutôt de rechercher la cohérence générale des différentes clauses du contrat. Il vise donc à préserver l'économie du contrat. En l'absence d'une réglementation communautaire relative à la consommation, cet équilibre est préservé en droit communautaire par des clauses éparses contenues dans les contrats spéciaux<sup>1114</sup>. Sans s'accaparer le rôle désormais dévolu à ce droit spécial, encore en construction dans l'espace OHADA, l'avant-projet d'Acte uniforme se propose d'étendre les grands principes du droit de la consommation à la théorie générale du

---

<sup>1112</sup> GUYON (Y.), « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in Mélanges M. Vasseur, BANQUE éditeur, Paris, 2000, p. 82, n° 16.

<sup>1113</sup> Toute réglementation de la concurrence tend en effet à restaurer l'équilibre global du marché qui est atteint lorsque les biens et services sont fournis à des prix justes grâce à la transparence qui permet à l'acheteur de comparer les prix et les produits et accepter par conséquent l'offre la plus intéressante (GUYON (Y.), Rapport de synthèse du colloque sur « Le droit du marché et le droit commun des obligations », op. cit., p. 128).

<sup>1114</sup> Supra, n° 256 et ss.

contrat. La protection de la partie faible devra ainsi devenir un principe de la théorie générale du contrat. La solution n'est pas unique en l'espèce. Il faut dire d'ailleurs que l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription en France fait de la protection contre les clauses abusives une règle de droit commun<sup>1115</sup>. Pour assurer un équilibre minimum dans les relations contractuelles, sont interdites aussi bien les clauses qui contreviennent à l'équilibre du contrat (1) que l'usage abusif des clauses valables (2).

## **1 – L'interdiction des clauses contrevenant à l'équilibre du contrat**

**470.** La future réglementation interdit d'une manière générale les clauses abusives (a) et encadre spécifiquement les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité (b).

### **a) Les clauses abusives**

**471.** L'article 3/10 de l'avant projet (3.10 des Principes d'UNIDROIT) s'avère être une véritable aubaine pour la future théorie des contrats OHADA. En interdisant directement tout avantage excessif injustement imposé par le contrat ou par une clause contractuelle, il fait de l'interdiction des clauses abusives l'un des principes de la formation des contrats. Cette disposition prévoit une appréciation *ex ante*, c'est-à-dire en dehors de toute circonstance née de l'exécution du contrat, qui, sans être totalement désincarnée ou abstraite, est centrée par priorité sur l'économie du contrat, la définition de son objet et les circonstances de sa conclusion<sup>1116</sup>. L'interdiction va donc au-delà de la simple lésion dans les contrats<sup>1117</sup>. Elle concerne toutes les clauses abusives puisque celles-ci sont définies comme étant, les clauses des contrats

---

<sup>1115</sup> Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005, accessible sur le site internet du ministère français de la Justice <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>

<sup>1116</sup> THUNIS (X.), « Une notion fuyante : l'obligation essentielle en droit des contrats », op. cit., p. 542, n° 21.

<sup>1117</sup> La lésion concerne un simple déséquilibre économique alors que l'interdiction des clauses abusives englobe à la fois les déséquilibres économique et juridique qui peuvent être décelés dès la formation du contrat.

qui sont en fait imposées à la partie faible et confèrent un avantage excessif à la partie forte, « le maître du contrat »<sup>1118</sup>, qui « profite de sa situation dominante pour modeler le contrat à son profit exclusif »<sup>1119</sup>. Au nom de la décence, de la loyauté qui doit présider la conclusion du contrat, ces clauses devront être rayées du contrat pour établir l'équilibre qui, sans peut-être être devenu l'essence du contrat, est l'un des principes de base que tous les contractants devraient respecter.

472. Mais contrairement au droit spécial de la consommation qui édicte de manière certes non exhaustive les clauses interdites<sup>1120</sup> en vertu du principe de la liberté contractuelle, il n'est pas nécessaire de formuler les clauses qui seraient interdites. Etant entendu que cette interdiction concerne tous les contractants, seule une lecture subjective comme l'indique l'article 3/10 1) de l'avant projet paraît appropriée pour atteindre le but visé. Pour être plus clair, alors que la réglementation spéciale sur les contrats de consommation concerne des sujets bien connus, dont la présomption d'infériorité et d'ignorance est inhérente à cette qualité, celle du droit commun part toujours du postulat de l'égalité. Il reviendra donc au cocontractant qui entend dénoncer une clause qu'il estime abusive, d'une part de prouver qu'elle procure effectivement un avantage excessif à son partenaire qui lui est préjudiciable, et d'autre part, que cet avantage excessif résulte de l'impossibilité de négocier le contenu du contrat dans laquelle il se trouvait.

Loin donc de devenir un principe de contrôle de l'équivalence des droits et obligations nés du contrat confiée au juge, la lutte contre les clauses abusives reste une exception en droit commun qui, lorsqu'elle est soulevée, appelle le juge à une étude au cas par cas pour apprécier le caractère abusif d'une clause. En résumé, contrairement au droit de la consommation qui condamne de manière générale une clause, aucune clause ne peut être

---

<sup>1118</sup> L'expression est de MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 612.

<sup>1119</sup> Ibid.

<sup>1120</sup> V. l'article 54 paragraphe 1 du projet d'Acte uniforme OHADA sur la vente à la consommation et la loi du 1<sup>er</sup> février 1996 en France.



déclarée de prime à bord abusive dans les contrats de droit commun. Reste cependant que le droit de la consommation pourra dans certains cas servir d'aiguillon pour la mise en œuvre du droit commun grâce à sa réglementation plus précise car l'objectif de lutte contre les hégémonies contractuelles est désormais commun aux deux législations<sup>1121</sup>.

473. Plus donc besoin pour les magistrats de rechercher dans la cause un rôle qu'il n'est pas certain qu'il lui était dévolu par l'article 1131 du code civil pour essayer de rétablir l'équilibre entre les prestations<sup>1122</sup>. Le droit commun des contrats pourra fournir ses propres armes contre le fléau de l'immoralité, l'esprit de domination qui semble régner depuis dans le monde des affaires. La solution est en outre intéressante dans la mesure où elle permet de corriger directement le déséquilibre issu de la relation contractuelle, soit en supprimant la clause, soit en la réformant.

#### **b) L'encadrement des clauses limitatives et exclusives de responsabilité**

474. La lutte contre les clauses qui rendent le contrat déséquilibré s'opère également avec la réglementation des clauses limitatives de responsabilité. Les Principes d'UNIDROIT leur ont consacré un traitement particulier (article 7.1.6) qui est repris dans des termes identiques à l'article 7/6 du Projet d'Acte uniforme OHADA : « *Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire* ». L'analyse de cet article à l'aune de la

---

<sup>1121</sup> Voir particulièrement la directive de la Commission Européenne relative aux clauses abusives, Directive du 5 avril 1993, articles 3, 10 et 20, qui précisent que la réglementation sur les clauses abusives vise précisément les clauses « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* », étant entendu qu'« *une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu* ».

<sup>1122</sup> V. dans ce sens, THUNIS (X.), « Une notion fuyante : l'obligation essentielle en droit des contrats », op. cit., p. 540, n° 19 ; pour qui, en dépit de tous les efforts doctrinaux de clarification, la cause reste une notion discutée et très polysémique.

note explicative de son auteur<sup>1123</sup> conduit à émettre des doutes sur l'efficacité réelle de telles clauses. Si au nom de la liberté contractuelle, elles peuvent valablement être insérées dans le contrat<sup>1124</sup>, il semble que l'efficacité de ces clauses soit réellement amenuisée dans l'avant-projet<sup>1125</sup>.

475. D'une part, l'article 7/6 de l'avant-projet ne fait aucune précision sur les circonstances de l'inexécution du contrat. A partir du moment où le débiteur a failli à ses obligations, il devra en principe être soumis à la règle de la réparation intégrale<sup>1126</sup> nonobstant l'existence d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité<sup>1127</sup>. Il paraît cependant que la clause limitative de responsabilité n'est pas interdite *pers se*. Il faudra dans chaque hypothèse, faire une confrontation entre la clause et le dommage prévisible au moment de la formation du contrat. Ce n'est que lorsque la différence entre le dommage prévisible et la réparation prévue par la clause est significative que la clause limitative de responsabilité sera écartée car l'article 7/6 n'exclut

---

<sup>1123</sup> Marcel FONTAINE qui cite cet article parmi les dispositions destinées à sanctionner les abus de la partie forte, op. cit., p. 263.

<sup>1124</sup> La validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité a été affirmée par la Cour de cassation dès 1874 : « *Libres de créer l'obligation, les parties doivent être libres de décider que, si elle n'est pas exécutée, le débiteur ne devra pas des dommages-intérêts* » ou de fixer dans certaines hypothèses des plafonds (v. CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.2, 11<sup>e</sup> éd., D. 2000, p. 135). Voir également, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1982, J.C.P., 1984, II, 20215, obs. F. Chabas où il est jugé à propos des contrats d'adhésion qu'« *aucune disposition ne prohibe de façon générale les clauses limitatives de responsabilité* ». Il en est de même pour les contrats conclus entre professionnels (Ass. Plén., 26 mars 1999, R.T.D.Civ., 1999, p. 615).

<sup>1125</sup> ONANA ETOUNDI (F.), op. cit., selon qui, « *Le projet OHADA reconnaît donc le principe de la validité de telles clauses (dans la ligne du principe de la liberté contractuelle consacrée à l'article 1/1 du Projet d'Acte uniforme). Toutefois, le juge peut les écarter lorsqu'il serait manifestement inéquitable de leur donner effet (lorsque la clause est inéquitable par elle-même car son application provoquerait un déséquilibre évident des prestations des parties, ou lorsque l'inexécution du contrat est le fait de la négligence manifeste du débiteur)* ».

<sup>1126</sup> Art. 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT reproduit intégralement par l'article 7/20 dispose : « *1) Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée. 2) Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale* ».

<sup>1127</sup> En ce qui concerne les clauses excluant toute responsabilité, il ne fait l'objet d'aucun doute qu'elles seront inopérantes *ipso facto*. Ce qui rejoint certaines interdictions faites dans les contrats spéciaux communautaires notamment en matière de bail commercial où le preneur ne peut renoncer par avance à l'indemnité d'éviction en cas de non renouvellement, en matière de transport des marchandises par route où le transporteur ne peut renoncer dans le contrat de transport au droit de demander les dommages-intérêts si la nature des marchandises se révèle être différente de ce qui est énoncé au contrat.

l'application de cette clause que lorsqu'elle permet de « *fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie* ». Il y a donc rupture d'avec la jurisprudence française qui n'exclut l'application de la clause limitative de responsabilité qu'en cas de dol<sup>1128</sup> ou de faute lourde<sup>1129</sup>, le penchant étant cependant marqué pour une subjectivation de la faute lourde<sup>1130</sup> au détriment d'une objectivation qui permettrait de retenir la responsabilité pour la seule inexécution du contrat d'une obligation essentielle du contrat<sup>1131</sup>.

476. Cette jurisprudence met en exergue le rôle important que peut jouer les clauses limitatives de responsabilité dans la formation des contrats. Il a souvent été souligné que les plafonnements conventionnels de l'indemnisation présentent des avantages qui justifient un traitement favorable. Ils favorisent par exemple l'assurance – qui est une garantie non seulement pour l'auteur du dommage mais aussi pour la victime – et, au moins dans les cas où la somme maximale est fixée à un taux raisonnable, ils peuvent réaliser une répartition équitable entre les parties des risques du contrat<sup>1132</sup>. Plutôt que de conclure à l'inutilité de la clause limitative de responsabilité, il paraît préférable de lire cet article à la lumière du but général poursuivi par l'acte, en l'occurrence la lutte contre les intentions hégémonistes des contractants. La clause limitative de responsabilité ne

---

<sup>1128</sup> Le dol est constitué non seulement par la faute intentionnelle mais également par le manquement délibéré aux obligations contractuelles. Un débiteur qui manque délibérément à ses obligations se rend coupable d'un dol et ne peut donc pas compter sur ses clauses d'exonération (DELEBECQUE, « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in Dossier : Le contrat, Questions d'actualité, P.A., n° 90 du 05 mai 2000).

<sup>1129</sup> LARROUMET (Ch.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », op. cit., n° 3. Sous réserve bien sûr du contrôle que la Cour de cassation fait désormais sur la compatibilité entre la clause limitative de responsabilité et l'obligation essentielle (supra, n° 453 et ss.).

<sup>1130</sup> MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation » op. cit. p. 378, n° 11.

<sup>1131</sup> V. notamment l'arrêt Chronopost, Ch. mixte, 22 avril 2005, Contrats, conc. consom., 2005, comm. n° 150, obs. L. Leveneur ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi, J.C.P. éd. G., 2005, II, 10066, obs. G. Loiseau ; R.D.C., 2005, p. 651, avis de R. de Gouttes, 673 obs. D. Mazeaud et 752 obs. Ph. Delebecque. La chambre mixte retient finalement que la faute objective commise par Chronopost, en l'occurrence le retard dans l'exécution du contrat, mais qui contrevenait faut-il le rappeler à l'obligation essentielle, n'était pas suffisante pour caractériser la faute lourde de cette société de transport rapide, ce qui lui a donné le bénéfice du plafond légal qui correspondait exactement à la clause limitative de responsabilité qui avait été déclarée près de 10 ans plus tôt, non écrite (Cass. com., 22 oct. 1996, préc.).

<sup>1132</sup> MOUSSERON (J.-M.), « La gestion du risque par le contrat », R.T.D.Civ., 1988, n° 33.

pourra dès lors être privée d'effet que si elle est contraire à la bonne foi, autrement dit, il faudrait, au cas où la réparation serait insuffisante, rechercher si elle a fait l'objet d'une négociation individuelle<sup>1133</sup>.

477. D'autre part, même acceptée, la clause limitative de responsabilité est soumise à la règle de proportionnalité. Elle ne peut être opposée au créancier que si elle est équitable eu égard au but du contrat. On retrouve ici la jurisprudence de la Cour de cassation très regardante sur de telles clauses, lorsqu'elles ont pour effet de vider le contrat de toute substance, donc, de sa cause<sup>1134</sup>. Si par cette jurisprudence l'obligation essentielle devient une limite autonome au jeu des clauses d'allègement de responsabilité<sup>1135</sup>, le sort réservé à ces clauses dans le cadre de l'avant-projet présente cependant une particularité certaine. Non seulement ce contrôle de proportionnalité auquel la clause limitative ou exclusive de responsabilité est désormais soumise s'inscrit dans un réaménagement de la théorie générale du contrat qui donne au juge un rôle important dans la relation contractuelle, mais aussi, il résulte d'une conception purement objective du contrat<sup>1136</sup>.

478. Il en résulte que le caractère dérisoire de la clause limitative de responsabilité ne sera pas apprécié au regard du préjudice effectivement subi, c'est-à-dire *ex post* comme semble le faire la Cour de cassation<sup>1137</sup>, mais *ex ante* c'est-à-dire en considération de ce que les parties raisonnables placées dans les mêmes circonstances auraient pu prévoir comme préjudice plausible résultant d'une inexécution. Ce qui permet d'éviter de rendre inefficaces des clauses *a priori* correctes<sup>1138</sup>.

---

<sup>1133</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, op. cit., n° 190 et ss.

<sup>1134</sup> Supra, n° 450 et ss.

<sup>1135</sup> THUNIS (X.), « Une notion fuyante : l'obligation essentielle en droit des contrats », op. cit., p. 534, n° 12.

<sup>1136</sup> C'est l'occasion de noter que la nouvelle législation ne fait aucune allusion à la notion de cause du contrat, V. la note explicative de FONTAINE (M.), op. cit., p. 264, CHAPPUIS (Ch.), « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, p. 253 et ss.

<sup>1137</sup> THUNIS (X.), op. cit., p. 536, n° 14.

<sup>1138</sup> THUNIS (X.), op. cit., p. 531, n° 9.

Mais contrairement à la clause pénale excessive dont le montant peut être réduit à la baisse<sup>1139</sup>, l'avant-projet rejoint ici la position de la jurisprudence et ne donne aucun pouvoir au juge pour modifier la clause limitative de responsabilité<sup>1140</sup>. La neutralisation de cette clause a donc pour effet de renvoyer les parties aux règles de droit commun de la responsabilité<sup>1141</sup>.

**479.** En somme, L'interdiction des clauses abusives contribue dans une large mesure à la construction de la thèse solidariste dans la mesure où elle permet d'assurer un équilibre minimal dans les prestations de chacune des parties et permet de lutter contre les intentions hégémonistes des professionnels. L'insertion des clauses abusives dans les contrats étant par hypothèse une preuve de manque de loyauté et de décence de leur part<sup>1142</sup>. Il en est de même de l'usage abusif d'une clause contractuelle.

## **2 – L'interdiction d'un usage abusif d'une clause contractuelle**

**480.** L'interdiction d'utiliser de manière abusive une clause contractuelle est l'une des conséquences de l'obligation de bonne foi qui pèse désormais sur les contractants. Si le créancier est dans son droit d'exiger de son débiteur l'exécution de sa prestation, il ne saurait cependant de bonne foi, exiger de lui des dépenses disproportionnées au regard de l'utilité du contrat<sup>1143</sup>. L'interdiction est surtout marquée lorsque par l'effet du contrat, une partie a entre les mains les destins du contrat : soit qu'il doit fixer le prix du contrat, soit qu'il a la faculté de résiliation unilatérale.

---

<sup>1139</sup> Art. 7/31 Av. Projet soit 7.4.13 des Principes d'UNIDROIT (l'indemnité établie au contrat) « 1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi.

2) Toutefois, nonobstant toute clause contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances ».

<sup>1140</sup> Supra, n° 446.

<sup>1141</sup> Puisqu'elle sera déclarée non écrite et non pas nulle, v. infra, n° 594.

<sup>1142</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 612.

<sup>1143</sup> Supra, n° 411.

481. En ce qui concerne la première hypothèse, l'avant-projet d'Acte uniforme est en droite ligne avec la jurisprudence relative au prix dans les contrats cadre de distribution<sup>1144</sup>. Tout comme les Principes d'UNIDROIT (art. 5.1.6 et 5.1.7), l'Acte uniforme ne fait plus de la détermination ou de la déterminabilité du prix et plus généralement de l'objet une condition de validité du contrat<sup>1145</sup>. Le contrat peut même prévoir que celui-ci sera fixé par l'une des parties. Il s'agit sans doute de la prise en compte des contrats de distribution qui ont été pendant longtemps sanctionnés par la jurisprudence pour défaut de déterminabilité du prix du contrat. Désormais, une partie pourra être chargée de fixer unilatéralement le prix du contrat, à condition qu'il fixe un prix équitable. L'avant-projet précise en effet que si ce prix s'avère manifestement "déraisonnable", il lui sera substitué un prix raisonnable. Sans toutefois recourir à la théorie d'abus utilisée par la jurisprudence pour contrôler le prix fixé unilatéralement, l'Acte uniforme institue un contrôle de proportionnalité simple et certainement plus efficace.

---

<sup>1144</sup> Supra, n° 376 et notamment les arrêts du 1<sup>er</sup> déc. 1995. A propos de la convergence, l'avant projet d'Acte uniforme est surtout conforme aux principes du droit européen du contrat, notamment les art. 6:104, 6:105, 6:106 et 6:107. FAGES (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003, chron. 2386.

<sup>1145</sup> Art. 5/7 (Fixation du prix) : « 1) Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.

2) Lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il lui est substitué un prix raisonnable, nonobstant toute stipulation contraire.

3) Lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable.

4) Lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus ».

La nouvelle conception du contrat oblige de modifier la notion classique d'offre, qui ne doit plus nécessairement contenir tous les éléments du contrat y compris le prix et l'objet de la prestation (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 109). L'article 2/2 de l'avant projet (art. 2.1.2 des Principes d'UNIDROIT) dispose à cet effet que « Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». (LANDO (O.), "A Merger of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 459).

482. Sans avoir à rechercher l'abus qui se rapproche plus de la responsabilité délictuelle que de la responsabilité contractuelle<sup>1146</sup>, il suffira de rechercher si le prix a été « *fixé à un niveau permettant à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne : si elle ne peut prétendre au même profit que le contractant dominant, elle doit pouvoir réaliser un profit qui assure (...) le maintien de son entreprise* »<sup>1147</sup>. Ce qui doit être contrôlé ici par le juge, c'est l'arbitraire dans la fixation du prix par la partie qui est chargée aux termes du contrat de le faire<sup>1148</sup>. Par exemple la Cour de cassation sanctionne un concédant, pour avoir fixé unilatéralement des conditions de vente à un niveau tellement élevé que cela a provoqué la liquidation judiciaire de l'un de ses concessionnaires, alors que, dans le même temps, il distribuait à ses actionnaires des dividendes, dont le montant, autrement utilisé, aurait notamment permis le maintien de l'activité économique de son distributeur failli<sup>1149</sup>. Autrement dit, la responsabilité du concédant a été engagée parce qu'en imposant à ses distributeurs des sacrifices financiers tels qu'il a provoqué la « faillite » de l'un d'eux tout en réalisant de substantiels profits, il a commis un abus dans l'usage de la clause qui lui permettait de fixer unilatéralement les conditions de vente<sup>1150</sup>.

483. En ce qui concerne la seconde hypothèse, la faculté de résiliation unilatérale résultant de la convention, tout comme d'ailleurs la faculté de résiliation unilatérale d'ordre public attachée à tout contrat à durée

---

<sup>1146</sup> Les critères de l'abus utilisés par la jurisprudence récente sont légion. Il peut résulter de la combinaison de « *données juridiques propres à la convention litigieuse (clause d'exclusivité, longue durée du contrat, déséquilibre des prestations)* », du « *comportement du contractant (majoration arbitraire, pratiques tarifaires opaques)* » et de « *considérations économiques (état du marché, offres concurrentes, durée d'amortissement)* » (J. Mestre et B. Fages, obs. sous CA Versailles, 27 janv. 2000 et CA Paris, 19 mai 2000, R.T.D. Civ., 2000, p. 570 ; MAZEAUD (D.), note sous, Paris 24 oct. 2001, D. 2001, somm., p. 3236). Or si l'on prend en compte le fait que le premier critère exclusif d'abus est la possibilité de négociation du prix dont jouirait l'autre partie (Cass. com., 21 janv. 1997, D. 1997, Jur., p. 414, note Ch. Jamin), l'on se rend rapidement compte du pragmatisme de la législation africaine en ce domaine.

<sup>1147</sup> REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, n° 16. V. en outre, FAGES (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », in *L'abus de droit dans les contrats*, J.C.P., éd. E, 1998, n° 13.

<sup>1148</sup> GHESTIN (J.), « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », op. cit., n° 2.

<sup>1149</sup> MAZEAUD (D.), obs. D. 2002, somm. 2841

<sup>1150</sup> Ibid.

indéterminée, elle doit être exécutée de bonne foi. La décence impose que la partie qui a le droit de mettre un terme au contrat, tienne compte dans l'exercice de son droit des intérêts légitimes de son cocontractant<sup>1151</sup>. Elle doit notamment respecter un délai de préavis de durée raisonnable<sup>1152</sup>. En outre, dans les contrats de concession, l'exigence de cohérence dans les comportements impose à celui qui a pendant longtemps profité des services du concessionnaire, engagé à lui fournir exclusivement ses services, de tenir compte au moment de cette rupture, des possibilités de reconversion de son cocontractant. Ainsi, puisqu'« *il semble qu'il faille désormais raisonner en termes de projets qui se succèdent les uns aux autres, il faut néanmoins que chacun des contractants ait les moyens concrets de passer d'un projet à un autre. Ne pas l'admettre revient à sacrifier une catégorie de contractants à une autre en légitimant les comportements opportunistes de la part des plus puissants, tout en niant la dette qu'ils ont à l'égard de ceux qui leur ont permis d'agir* »<sup>1153</sup>.

**484.** Doit-on conclure à la lumière de ce qui vient d'être décrit que l'avenir du droit des contrats dans l'espace OHADA se trouve dans la thèse solidariste du contrat ? Le souhait de René Demogue pour qui les contrats doivent former « *une sorte de microcosme* » ; c'est-à-dire « *une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale* »<sup>1154</sup> est-il en train de se réaliser sur la terre africaine ? Rien n'est moins sûr tant cette doctrine contractuelle est loin de faire l'unanimité de la doctrine contemporaine<sup>1155</sup>. Si l'avant projet d'Acte uniforme sur le contrat vient à être adopté, la physionomie du droit des contrats changera sans aucun

---

<sup>1151</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 613.

<sup>1152</sup> CA Paris, 26 mars 1999, J.C.P., éd. G., 1999, II, n° 10244, obs. P. Chazal, R.T.D.Civ., 2000, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>1153</sup> JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », op. cit., p. 465. Pour des applications jurisprudentielles, voir, CA Paris, 11 févr. 1999, D. 1999, IR, p. 82, J.C.P. éd. G., 2000, II, n° 10244, obs. P. Chazal ; Cass. com., 27 mars 2001, Dr. et Patrimoine, juill.-août 2001, p. 108, obs. P. Chauvel ; CA Paris, 18 sept. 2000, P.A., 2001, p. 17, obs. N. Mathey.

<sup>1154</sup> Cité par MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 617.

<sup>1155</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 42 ; L. Leveneur, note sous Cass. com., 6 mai 2002, Contrats, conc., consom., 2002, comm. n° 134.



doute. Mais le changement réel dépendra surtout de l'accueil qui lui sera réservé. Cette nouvelle réglementation laisse un rôle primordial au juge. Celui-ci dans son rôle traditionnel de gendarme des relations contractuelles, devra de temps en temps s'ingérer dans cette relation pour préserver l'équilibre voulu par la loi.

## SECTION 2

### L'EQUILIBRE DU CONTRAT PRESERVE PAR LE JUGE

485. Le juge est parfois tenu de concilier la rigueur de la loi avec les situations particulières et dans certains cas, il peut lui paraître juste d'adapter une loi pourtant claire pour rétablir une injustice qu'elle pourrait entraîner par rapport à une situation donnée. On se souvient de l'émotion provoquée aux Etats-Unis par l'affaire Karla Faye Turker condamnée à mort en 1984 pour un double meurtre et exécutée en février 1998 malgré une rédemption exemplaire. Comme l'écrit un auteur, « *La contradiction entre le jugement rendu par rapport à la norme et celui intégrant la spécificité de l'individu se révéla frappante* »<sup>1156</sup>. Dans sa quête de cette conciliation, le juge est parfois amené à faire preuve d'une œuvre créatrice de droit, d'où l'émergence d'un ordre public prétorien donc nul ne peut en contester l'existence aujourd'hui.

486. En matière contractuelle, il a déjà été dit que le juge n'est plus cet observateur impuissant des antagonismes des différentes parties. Le rôle actif revendiqué par la haute juridiction française sera largement reconnu au juge ou à l'arbitre appelé à trancher les litiges relatifs aux contrats si l'Acte uniforme relatif aux contrats vient à être adopté. L'usage des notions ouvertes que sont la bonne foi, le caractère raisonnable, de même que la pléthore des dispositions nouvelles qui donnent au juge le devoir d'intervenir directement dans la relation contractuelle, sont autant de témoignages que le juge de demain sera le gardien de l'intérêt du contrat.

---

<sup>1156</sup>DION (N.), « Le juge et le désir du juste », D. 1999, chron., p. 196.

487. Par ailleurs, on ne saurait faire fi de la crainte régulièrement manifestée à l'encontre d'un rôle actif que jouerait le juge dans le contrat. L'accroissement du rôle que le juge y est appelé à jouer ne marquera-t-il pas la « *mort du contrat* » ? Les opposants les plus farouches de la doctrine solidariste se basent justement sur l'impératif de la sécurité juridique pour objecter toute intervention du juge dans les relations contractuelles. D'où la question de savoir si le futur droit des contrats au lieu de construire un droit efficace ne deviendrait-il pas un cimetière pour les contrats.

488. Bien que ces deux courants doctrinaux soient apparemment diamétralement opposés, on observera que, tout comme le projet OHADA, les uns et les autres, à des degrés divers reconnaissent au juge un rôle de régulateur de la relation contractuelle (paragraphe 1) qui n'empêche pourtant pas qu'il remplisse pleinement son rôle traditionnel de gardien de la sécurité des transactions (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : Le juge, régulateur de la relation contractuelle**

489. Le juge peut-il être régulateur de la relation contractuelle, c'est-à-dire celui qui maintient l'équilibre convenable de la relation contractuelle ? Cette question dont la réponse est sans équivoque dans la conception classique du contrat mérite pourtant qu'on s'y attarde de nos jours. Le droit des contrats tout comme le droit en général est en effet destiné à traverser le temps, même si c'est sur une courte période. Il émane et s'adresse à un univers dynamique et doit pour cela prendre en compte le caractère dispersé, limité et évolutif de toute connaissance<sup>1157</sup>. Or tout individu qui contracte ne le fait que sur la base de ses connaissances, et ne peut se voir sanctionner pour ce fait. Autrement dit, dès la conclusion, le contrat est rarement l'expression d'une parfaite rationalité. Parce qu'il doit en outre traverser le temps, facteur

---

<sup>1157</sup> GARELLO (P.), « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 228.

qui échappe à la maîtrise de ses auteurs, il est indispensable qu'il y ait une autorité, en l'occurrence le juge qui assure le maintien de la justice contractuelle et de son utilité économique<sup>1158</sup>.

**490.** Tout comme le droit des contrats spéciaux de source communautaire, le futur droit uniforme des contrats laisse une place importante au juge appelé à connaître des difficultés nées de l'exécution du contrat par les parties. Bien que le contrat reste la loi des parties et s'impose à ce titre au juge, celui-ci a le devoir de faire respecter un équilibre minimal par les parties. Pour cela, il est le gardien de l'économie du contrat dans les circonstances normales de l'exécution (A) et est appelé à préserver l'intérêt du contrat en cas d'imprévision (B).

#### A - LE JUGE, GARDIEN DE L'ECONOMIE DU CONTRAT DANS LES CIRCONSTANCES NORMALES D'EXECUTION

**491.** L'économie - arrangement réciproque et concourant des parties d'un ensemble, soit matériel, soit intellectuel<sup>1159</sup> - du contrat renvoie d'après M. Moury, « *à la convention considérée dans son individualité, dans sa substance telle que l'ont voulue et plus ou moins précisément organisée les parties* »<sup>1160</sup>. Si les réserves peuvent être émises sur l'utilité de ce concept dans la recherche de l'équilibre du contrat<sup>1161</sup>, celles-ci ne peuvent valoir qu'autant que le contrat légalement formé, constitue un bloc fermé. Or à partir du moment où la loi met à la charge des parties un certain nombre de devoirs et d'obligations d'ordre public, que les parties elles-mêmes ne peuvent ou ne veulent tout prévoir, l'intervention du juge devient une nécessité. Celle-ci doit tendre à maintenir l'économie du contrat voulue par les parties ou que les parties auraient voulues si elles avaient été diligentes.

---

<sup>1158</sup> GHESTIN (J.), « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », op. cit., p. 220.

<sup>1159</sup> Littré, Dictionnaire de la langue française, v° Economie, 2°.

<sup>1160</sup> Op. cit., n° 20.

<sup>1161</sup> V. précisément MOURY (J.), op. cit., n° 20 et 21.

492. Si l'interdiction des clauses abusives, celle de la lésion ou encore l'exigence de la transparence sont suivies par une jurisprudence frétilante, le but de la loi n'en serait pas pour autant atteint. C'est dire que le juge aura à jouer un rôle capital pour accompagner les efforts législatifs. C'est à lui de constater si une clause est abusive ou non, quels sont les éléments constitutifs de l'abus, voire de déterminer le contenu de la notion de bonne foi. C'est également lui qui doit dans de nombreuses situations trouver le mystère que cache l'usage itératif de la notion de raisonnable, ou encore déterminer les obligations exactes des parties, étant entendu que l'exigence de l'objet déterminable n'est plus une condition de formation du contrat. Le champ d'investigation du juge dans le contrat est donc désormais large. Il couvre aussi bien le contentieux de l'annulation, le contentieux de l'interprétation que le contentieux de l'exécution. Si l'on met de côté les interventions judiciaires qui ont déjà fait l'objet des développements précédents<sup>1162</sup>, on peut tirer du futur Acte uniforme deux formes d'intervention du juge : l'une destinée à compléter la loi (1), et l'autre destinée à compléter les stipulations des parties (2).

### **1 - L'intervention judiciaire, conséquence d'une législation ouverte**

492. L'une des reproches qu'on peut faire au futur Acte uniforme sur le droit des contrats est certainement de se présenter à l'instar des Principes d'UNIDROIT qui l'ont inspiré, comme une législation inachevée<sup>1163</sup>. L'introduction des notions nouvelles héritées des systèmes juridiques étrangers et inconnues de la jurisprudence locale risque de compromettre son effectivité<sup>1164</sup> si les solutions retenues ne sont pas suffisamment détaillées

---

<sup>1162</sup> Il s'agit notamment du rôle qu'il sera appelé à jouer dans la détermination de la notion de bonne foi et ses conséquences, du devoir de collaboration, de l'obligation d'information, en matière d'interdiction des clauses abusives, de la lésion ou encore le rôle du juge pour la réduction des clauses pénales manifestement excessives.

<sup>1163</sup> HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », P.A., n°135, du 10 novembre 1995.

<sup>1164</sup> C'est l'occasion de rappeler que l'engouement que connaît la jurisprudence et la doctrine françaises sur la redécouverte des notions comme la cause, la bonne foi et ses conséquences ou encore l'abus, ne semble pas intéresser la jurisprudence africaine notamment au Cameroun où en dépit d'une législation assez protectrice des droits du consommateur, on

pour qu'il soit possible, d'une part de convaincre de leurs mérites, d'autre part de désarmer la crainte d'un saut dans l'inconnu<sup>1165</sup>.

493. Les craintes sont sans aucun doute fondées. Les Principes d'UNIDROIT se présentent jusqu'à présent comme des normes moins positives et contraignantes, puisqu'ils ne représentent qu'un modèle à suivre, « soit ce que l'on pourrait appeler, à côté de la norme positive, la norme de référence »<sup>1166</sup>. Il s'agit d'une norme de référence de l'ordre international, qui reste une norme extérieure aux systèmes juridiques internes, en attente, une norme potentielle<sup>1167</sup>. Leur intégration dans le système juridique OHADA à travers le futur Acte uniforme sur le droit des contrats leur permettra de prendre alors toutes les caractéristiques des normes de cet ordre de réception. Dès lors, la question de son interprétation ne pourra que se poser avec acuité car en tant qu'un métalangage<sup>1168</sup>, la nouvelle législation devra être interprétée selon les normes du système juridique réceptif sans toujours se référer au système d'origine qui le justifiait. Toutefois, on peut espérer que dans son rôle d'unification de l'interprétation de la législation OHADA, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pourra éviter cette dérive à laquelle ont conduit certains textes internationaux, dont l'interprétation diffère d'un Etat à l'autre<sup>1169</sup>.

---

attendent toujours que la jurisprudence sorte de sa torpeur pour vivifier au moins cette partie du droit des contrats.

<sup>1165</sup>HEUZE (V.), « A propos d'une " initiative européenne en matière de droit des contrats " », J.C.P., éd. G., 2002, I, n° 9. La même crainte est exprimée par Jérôme Huet qui trouve dans les Principes d'UNIDROIT rien d'autre que des principes généraux de droit ou encore une nouvelle *lex mercatoria* puisqu'ils ne reposent sur aucun système juridique précis devant faciliter des éventuelles interprétations, voir HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », op. cit.

<sup>1166</sup> POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Métalangage et architecture juridique internationale », in Mélanges, Philippe Malaurie, Defrénois, 2005, p. 373.

<sup>1167</sup> Ibid.

<sup>1168</sup> C'est justement parce que les Principes d'UNIDROIT, à l'instar des Principes du droit européen du contrat, sont des textes destinés à proposer un droit des contrats unifié qui permet la respiration des ordres juridiques nationaux comme de la pratique par la description des points de coordination et l'acceptation des points communs (POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Métalangage et architecture juridique internationale », op. cit., p. 368).

<sup>1169</sup> Il est en effet souhaitable, qu'en tant que juridiction de contrôle de l'interprétation des Actes uniformes, la CCJA fasse un effort de se référer souvent au sens donné dans le système juridique d'origine, parce qu'en adoptant les règles en question, le législateur OHADA est présumé en avoir connu l'origine et la signification qu'elle avait dans ce système (comp. JOBIN (P.-G.), « L'exécution forcée en nature du contrat au Québec : Les sources du droit remises en question », in Mélanges Philippe Jestaz, D. 2006, p. 238 ; LEVASSEUR (A.), « La convention de

En effet, les contrats spéciaux communautaires qui ont précédé le projet africain du droit des contrats constituent dans de nombreuses hypothèses des prémisses pour l'introduction d'une partie assez importante de ces innovations. Il n'en demeure pas moins que l'accueil de ce droit est encore incertain dans la plupart des cas. L'absence d'une jurisprudence contractuelle établie dans les Etats de l'OHADA dans les matières réglementées depuis maintenant plus de huit ans rend l'observateur perplexe quant à la portée exacte des révolutions apportées par le droit des contrats spéciaux. On ne saurait donc attendre que les innovations qu'apportera le futur Acte uniforme se révèlent à la jurisprudence comme des notions connues. Le juge se voit ainsi doter d'un rôle dont on n'est pas sûr qu'il soit préparé à le remplir pleinement car les institutions issues des systèmes juridiques étrangers s'interpréteront difficilement à la lumière de sa culture juridique.

494. Mais si l'on fait fi de cette crainte inhérente à l'introduction de toute législation uniforme qui plus est, résulte d'une unification de plusieurs systèmes juridiques, l'autre reproche résiderait dans l'usage récurrent des notions ouvertes qui interpellent les juges à s'immiscer davantage dans le contrat. En dehors de celles qui, loin d'être explicitées, ont fait l'objet d'analyses précédentes, on note surtout l'usage répétitif de la notion de « *raisonnable* ». Notion standard aux contenu et contours incertains, le « *raisonnable* » utilisé de manière itérative par l'avant-projet laisse l'impression d'une législation souple<sup>1170</sup>, appelant à un droit des contrats plus casuistique que législatif. Cette souplesse qui rappelle celle déjà rencontrée en droit de la vente commerciale régie par l'AUDCG, est illustrée par un droit fait des délais non précisés, de formalités ou des mesures dont le contenu n'est pas impérativement fixé, d'obligations ou d'efforts d'intensité variable, ou encore d'attentes et d'espérances subjectives. Tout cela conduit vers un

---

Vienne sur la vente de marchandises et le code civil louisianais », in Etudes J. Dupichot, Bruyant, Bruxelles, 2004, p. 299 ).

<sup>1170</sup> FAGES (B.), « Caractère raisonnable », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 44.

droit des contrats fortement judiciaire<sup>1171</sup>, donc marqué par la recherche d'un équilibre qui ne saurait être préétabli par la loi.

495. L'équilibre du contrat qui est poursuivi par le projet s'accommode mal avec une rigidité absolue des règles légales. Le raisonnable est défini par l'article 1 :302 des Principes du droit européen du contrat comme étant « *ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* ». Voilà que laissant la bonne foi en amont, on la retrouve en aval. Elle serait ainsi l'une des composantes du caractère raisonnable<sup>1172</sup>. L'article précise que doit être pris en compte la nature et le but du contrat, les circonstances de l'espèce et les usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées. Le commentaire des Principes d'UNIDROIT sous son article 4.1 relatif au raisonnable qui doit être pris en compte pour interpréter un contrat en présence de difficultés de déterminer la commune intention des parties, indique qu' « *il ne s'agit pas d'un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la compréhension que pourrait avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties* »<sup>1173</sup>. En fait, ces définitions loin de dissimuler des doutes sur le concept du raisonnable, laissent davantage des questions qu'elles n'en résolvent.

496. On peut cependant estimer que cette notion invite à abandonner dans l'interprétation du contrat, le critère surabondant de l'intention des parties, pour une appréciation conforme à la « *nature des choses* » ou encore à l'utilité sociale de la convention<sup>1174</sup>. Cela se comprend. Comme précédemment mentionné<sup>1175</sup>, l'incohérence dans le comportement d'une

---

<sup>1171</sup> FAGES (B.), « Caractère raisonnable », op. cit., p. 44.

<sup>1172</sup> LANDO (O.), op. cit., p. 458.

<sup>1173</sup> Cité par ONANA ETOUNDI (F.), op. cit., p. 694.

<sup>1174</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 894, n° 13.

<sup>1175</sup> *Supra*, n° 413.

partie brouille les dispositifs cognitifs de reconnaissance des intentions<sup>1176</sup>. Il s'ensuit que la convention-loi (qui repose classiquement sur l'autonomie de la volonté, donc sur les intentions réelles des parties), ne peut se passer du principe de la légitimité qui implique un contrôle des fonctions sociales des contrats<sup>1177</sup>.

Il en résulte qu'un droit des contrats sur le modèle des Principes d'UNIDROIT sera largement tributaire des interprétations judiciaires qui lui seront réservées. Le risque est élevé que ceci ne soit un frein au développement de ce droit qui sera appliqué dans des Etats où la jurisprudence est encore pour le moins énigmatique ; à moins qu'on ne compte sur la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pour en assurer la conformité d'interprétation. Le juge appelé à suppléer la loi doit également intervenir pour parachever les contrats incomplets.

## **2 – L'intervention judiciaire pour suppléer aux carences du contrat**

**497.** Dans son rôle traditionnel, le juge chargé de l'interprétation du contrat doit faire prévaloir la commune intention des parties<sup>1178</sup>. Cette interprétation est conforme à la théorie de l'autonomie de la volonté car les parties ne peuvent être tenues que de ce qu'elles ont réellement voulu. Mais que faire lorsqu'il n'y a pas eu de commune intention des parties, lorsqu'elles n'ont rien prévu ? Les directives complémentaires d'interprétation prévues par le code civil et d'ailleurs reprises par l'avant projet d'Acte uniforme<sup>1179</sup>, donnent au juge des « *conseils de bon sens pour essayer d'approcher la*

---

<sup>1176</sup> COPPENS (Ph.), « De l'intention et de la volonté dans les contrats », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 109, n° 20.

<sup>1177</sup> Cette conception sociale du contrat s'expliquant, on l'a déjà noté, par le fait que l'engagement contractuel n'exprime pas toujours les intérêts bien compris par chacune des parties, donc, dans certains cas, il n'y aurait pas « *de volonté commune décelable* » (GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 51, p. 63). Dans le même sens, voir JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », op. cit., p. 441 et ss ; PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand, D. 1972, chron., p. 67.

<sup>1178</sup> Article 1156 du code civil repris par l'article 4/1 1) de l'avant-projet d'Acte uniforme.

<sup>1179</sup> Art. 4/1 à 4/7 de l'avant-projet d'Acte uniforme.



*pensée des contractants* »<sup>1180</sup>. L'article 1162 du code civil permet même de se détacher de la volonté présumée des contractants et envisage une interprétation purement objective du contrat. Aux termes de cet article, « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »<sup>1181</sup>. Autant dire que la commune intention des parties n'est pas le seul mode d'évaluation du contenu des obligations contractuelles.

Le droit commun connaît d'ailleurs d'autres méthodes d'interprétation objective du contrat. L'article 1602 du code civil dispose ainsi qu'en cas de doute, le pacte obscur s'interprète contre le vendeur. De même, en droit de la consommation, les clauses obscures s'interprètent dans le sens le plus favorable aux consommateurs<sup>1182</sup>. L'idée qui est sous-jacente dans ces différentes interprétations objectives du contrat est bien celle de l'équité. Le consommateur qui n'a pas pu négocier les clauses du contrat doit bénéficier des faveurs de la loi pour rétablir l'équilibre inexistant au moment de la formation du contrat.

**498.** Mais la jurisprudence est allée plus loin qu'une simple interprétation passive du contrat en substituant dans certains cas aux stipulations contractuelles devenues caduques, des stipulations nouvelles. Ce procédé qui a été traité de réfaction du contrat<sup>1183</sup>, a permis à la jurisprudence de sauver des contrats dont les prix devraient être fixés par référence à des indices ayant disparu entre temps<sup>1184</sup>. Le juge dans le cadre du futur droit

---

<sup>1180</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 451. Voir notamment les articles 1157 à 1162 du code civil.

<sup>1181</sup> Ce texte entend mettre les ambiguïtés à la charge de celui qui a rédigé l'acte instrumentaire (et non simplement contre le créancier en faveur du débiteur) parce que l'on est en droit de penser que cette rédaction a été établie à son avantage (PAISANT (G.), « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in *Mélanges*, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, p. 244, n° 20.

<sup>1182</sup> Pour les limites de cette interprétation du contrat en faveur du consommateur en droit français, v., PAISANT (G.), « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », op. cit., p. 245, n° 20.

<sup>1183</sup> L'expression est entendue ici dans un sens large, BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 299. Pour son sens strict, v. infra, n° 638.

<sup>1184</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1981, Bull. Civ., I, n° 382, p. 281, R.T.D.Civ., 1982, p. 601, obs. F. Chabas; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 juil. 1987, Bull. Civ., III, n° 151, p. 88.

OHADA, sera pleinement investi de cette mission. Aux termes de l'article 5/7 4) de l'avant projet (5.1.7 4) des Principes d'UNIDROIT), « *lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus* ». L'objectif est toujours de faire valoir la volonté des parties, ou de maintenir l'économie du contrat tel que voulue par elles. Il n'est pas question ici de fixer un prix raisonnable, mais de fixer un prix qui se rapproche de celui qui est voulu par les parties. La réfaction du contrat doit donc se faire en prenant appui sur la volonté profonde des parties<sup>1185</sup>.

499. A cette hypothèse de réfaction judiciaire du contrat, il faut assimiler celle prévue cette fois-ci uniquement par l'avant-projet d'Acte uniforme. Lorsque le prix devrait être fixé par un tiers et que celui-ci ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable. Le futur droit uniforme africain consacre ainsi la pratique du contrat *open price*<sup>1186</sup>. Le commentaire explicatif des Principes d'UNIDROIT précise en effet qu'un contrat peut être valablement formé même si les termes essentiels comme le prix sont indéterminés. L'essentiel est que les parties manifestent l'intention de contracter, et même si les termes essentiels sont oubliés, ils pourront être déterminés par les règles d'interprétation ou supplétives prévues à cet effet<sup>1187</sup>. Dans le même sens, l'article 4/8 de l'avant projet (4.8 des Principes d'UNIDROIT) dispose qu'« *à défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée* » et que « *pour déterminer ce qui constitue une clause appropriée, on prend en considération notamment : l'intention des parties, la nature et le but du contrat, la bonne foi, ce qui est raisonnable* »<sup>1188</sup>.

---

<sup>1185</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 452.

<sup>1186</sup> WITZ (C.), « La convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante », D. 1995, chron. p. 143.

<sup>1187</sup> LANDO (O.), op. cit., p. 459.

<sup>1188</sup> Pour plus de détails, v. DARANKOUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, p. 234.

500. La rupture entre les prévisions du code civil est ici radicale car le juge est autorisé à fixer le contenu du contrat, même lorsqu'il s'agit d'une obligation essentielle. En effet, en droit commun des contrats, si une clause du contrat stipule que le prix devrait être fixé par un arbitre choisi de commun accord par les parties, le contrat ne peut être qu'annulé si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le choix de l'arbitre. Le juge n'étant pas investi du pouvoir de fixer un prix raisonnable, ne peut que sanctionner la partie qui fait preuve de mauvaise foi dans l'usage de son droit de choisir l'arbitre. Cette réticence de la jurisprudence à intervenir dans les contrats de vente a été critiquée par une partie de la doctrine<sup>1189</sup>. En effet, la Cour de cassation a toujours admis que les juges pouvaient réduire le prix demandé dans le contrat de louage après la prestation de service<sup>1190</sup> à condition que le prix n'ait pas été payé en connaissance du travail effectivement réalisé<sup>1191</sup> et même si le prix avait été fixé dès la formation du contrat<sup>1192</sup>. D'où l'observation de M. Aynès selon qui, en « *droit français même, on a peine à comprendre que l'indétermination du prix ait des conséquences radicalement différentes suivant qu'il s'agit de payer une chose ou un service* »<sup>1193</sup>.

501. Par contre, lorsque les parties n'ont pas déterminé l'objet ou le prix du contrat, alors que la théorie classique frappe le contrat de nullité, les Principes d'UNIDROIT donnent au juge le pouvoir d'imposer le contenu du contrat. Certes les articles 5.1.6 et 7 disposent que les parties sont réputées s'être référées à la prestation de qualité raisonnable ou au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée, mais n'y a-t-il pas plus création des droits et obligations des parties par le juge qu'une interprétation du contrat ? Il est en effet douteux voire hasardeux de parler d'interprétation dans une hypothèse où la volonté des parties est inexistante. Le juge est simplement appelé à combler le silence des parties et on ne saurait alors parler d'une interprétation du contrat. Il y a

---

<sup>1189</sup> GHESTIN (J.), « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D.1993, chron., 251, n° 6.

<sup>1190</sup> Cass. com., 29 janv. 1991, Bull. civ., IV, n° 43, D.1994, somm. 11.

<sup>1191</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1986, J.C.P., 1987, II, 20791, note A. Viandier.

<sup>1192</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 févr. 1973, Bull. civ., III, n° 145.

<sup>1193</sup> Obs. D. 1992., Somm., 266.

tout au plus, un achèvement de la volonté des parties, car les méthodes de fixation retenues sont objectives. On essaie de maintenir au-delà du silence des parties, un équilibre qu'un individu diligent placé dans les mêmes conditions aurait voulu.

502. L'intervention du juge dans le but de préserver l'équilibre du contrat va donc au-delà de la simple interprétation du contrat. Lorsque le juge a découvert dans certains contrats des obligations de sécurité, d'information ou de bonne foi, on a parlé d'interprétation créatrice ou purement divinatoire du contrat alors que ces suites étaient tout simplement les obligations légales auxquelles tous les contractants sont astreints aux termes des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du code civil. Maintenant qu'il va devoir se mettre à la place des parties pour déterminer lui-même le contenu du contrat, ne va-t-on pas tout droit au-delà d'un simple devoir d'interprétation des contrats ? La question mérite d'être posée car le rôle du juge va crescendo dans le domaine du contrat et l'Acte uniforme franchira un cap que même l'audace de la jurisprudence française n'a encore permis de franchir. Il s'agit de l'admission de la révision pour imprévision.

## B - LE JUGE, GARDIEN DE L'INTERET DU CONTRAT EN CAS D'IMPREVISION

502. Le juge est déjà investi du pouvoir de réviser le loyer dans le bail commercial en cas de renouvellement lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le montant du nouveau loyer<sup>1194</sup>. Ce rôle exceptionnel vise à protéger le droit au renouvellement du preneur en évitant que le bailleur qui veut se débarrasser de son locataire ne lui exige un loyer excessif et le contraindre, le cas échéant, à rompre le contrat<sup>1195</sup>. Mais cette intervention exceptionnelle dans la révision du contrat « *conçue comme la contrepartie de*

---

<sup>1194</sup> Art. 96 AUDCG.

<sup>1195</sup> Le bail renouvelé étant un nouveau bail, les parties doivent, le cas échéant, fixer les modalités du nouveau contrat, Supra, n° 100 et ss.

*la longue durée du bail* »<sup>1196</sup>, est tellement encadrée par la loi que les pouvoirs du juge sont plutôt limités à cet égard. La révision pour imprévision répond à un autre objectif. Elle suppose qu'un contrat valablement formé, dont l'exécution s'échelonne dans le temps, est affecté par la transformation du contexte économique, social, monétaire voire politique. La question qui se pose est celle de savoir si le juge peut autoriser les parties ou procéder lui-même à sa modification en dehors de toute stipulation contractuelle allant dans ce sens. Alors que le droit positif actuel est encore bercé dans une controverse doctrinale qui mérite qu'on s'y attarde (1), l'avant-projet d'Acte uniforme suivant la voie tracée par les Principes d'UNIDROIT répond par l'affirmative (2) abandonnant ainsi une longue tradition juridique.

## **1 – Les controverses doctrinales**

**503.** Traditionnellement réfutée par la jurisprudence, la révision pour imprévision fait l'objet aujourd'hui d'un débat doctrinal qui tourne autour de son rejet (a) ou de son admission (b).

### **a) Les justifications du refus de la révision pour imprévision**

**504.** Le rejet de la théorie de l'imprévision a été, dans le silence du code civil, systématisé par la jurisprudence notamment par l'arrêt du canal de Craponne<sup>1197</sup>. Pour des conventions formées en 1560 et 1567 ayant pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation de la plaine d'Arles. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, l'entreprise qui exploitait le canal faisait état de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse du coût de la main d'œuvre, demanda et obtint de la cour d'Aix la révision à la hausse de la redevance qui lui était versée. C'est cette décision qui fût cassée en ces termes : *«il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les*

---

<sup>1196</sup> AUQUE (F.), « Les baux commerciaux », L.G.D.J., 1996, n° 119 et ss.

<sup>1197</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, DP, 1876, I, 195, note Giboulot, S. 1876, I, 161, Grands Arrêts, n° 163.

*circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées ».*

La décision de la Cour de cassation a été justifiée par le principe de la force obligatoire des contrats. Les parties tenues d'exécuter le contrat ne peuvent en effet s'exonérer qu'en cas de force majeure rendant l'exécution impossible. Or dans le cas de l'imprévision, l'exécution n'est pas impossible mais excessivement onéreuse pour l'une des parties<sup>1198</sup>. En outre, le déséquilibre étant né pendant l'exécution du contrat et non à la conclusion du contrat, le recours à la lésion, qui, du reste est limitée dans le code civil, est inopérant. Ne peut être plus utile au débiteur la théorie de l'enrichissement sans cause, car la plus value du créancier trouve sa cause dans un acte juridique valablement formé. Plus précisément, le rejet de la théorie de l'imprévision en droit privé français est justifié par des raisons juridiques et des impératifs économiques.

**505.** Juridiquement, l'admission de la théorie de l'imprévision conduit inéluctablement à l'insécurité juridique. Le contrat étant par essence un acte de prévision, offre aux parties la possibilité d'établir la domination de leur volonté sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte<sup>1199</sup>. L'obligation de respecter la parole donnée, soutiennent les tenants du rejet de l'imprévision, est dès lors un devoir moral<sup>1200</sup> qui protège l'intérêt particulier du contractant comme l'intérêt général<sup>1201</sup>. Le risque étant que le débiteur de mauvaise foi profite de la moindre modification des circonstances pour se dérober à ses obligations ou que l'arbitraire judiciaire favorise l'instabilité du contrat et se retourne contre la sécurité des transactions.

---

<sup>1198</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 470.

<sup>1199</sup> HAURIOU (M.), Principes de droit public, 1<sup>re</sup> éd., p. 206, cité par LECUYER (H.), op. cit., p. 643.

<sup>1200</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 1998, n° 610.

<sup>1201</sup> SERIAUX (A.), Droit des obligations, PUF, coll. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd., n° 42 : « Pacta sunt servanda... C'est là un principe de droit naturel. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer une société dans laquelle plus personne ne respecterait la parole donnée. Serait-ce encore une société ? ».

506. Sur le plan économique, certains auteurs soutiennent que la prise en compte du déséquilibre préjudiciable à l'une des parties devant être faite par le juge *in specie*, le risque que la décision du juge place l'autre contractant dans l'impossibilité d'exécuter d'autres obligations assumées par elle ne puisse être maîtrisé par le juge. Par conséquent, la prise en compte de la modification des circonstances peut provoquer un déséquilibre généralisé « *par un jeu de réactions en chaîne impossible à limiter et même à prévoir* »<sup>1202</sup>. Mais cette justification comme toutes les précédentes ne résiste pas face aux critiques de plus en plus nombreuses faites à l'encontre du refus de la théorie de l'imprévision.

### **b) Les critiques contre le refus de la théorie de l'imprévision**

507. De nombreux auteurs plaident aujourd'hui pour l'admission en droit privé de la théorie de l'imprévision. Dès l'instant où les prévisions des parties ont été bouleversées par les circonstances extérieures et imprévisibles au moment de la formation du contrat, au point de rendre l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties, il conviendrait d'admettre une révision du contrat par le juge. En effet, s'il est admis que la partie exposée au risque doit prévoir ces conséquences en exigeant l'insertion dans le contrat d'une clause de renégociation, il n'en demeure pas moins que, en l'absence de cette prévision, l'injustice qu'elle doit subir, est sans équivalence avec l'imprudence et la négligence qui peuvent lui être imputables<sup>1203</sup>, sans perdre de vue que, dans certaines circonstances, l'insertion d'une clause de renégociation aurait été impossible. S'il est en effet souhaitable que l'individu soit conscient des limites de sa connaissance au moment de la conclusion du contrat, on ne saurait par contre lui reprocher le caractère dynamique de toute réalité socio-économique<sup>1204</sup>.

---

<sup>1202</sup> FLOUR et AUBERT, Les obligations, vol.1, L'acte juridique, Armand Colin, 8<sup>e</sup> éd., 1998, n° 410.

<sup>1203</sup> LANDO (O.), op. cit., p. 465.

<sup>1204</sup> GARELLO (P.), op. cit., p. 285.

508. Certains auteurs trouvent dans l'admission de la théorie de l'imprévision, le respect de la volonté même des parties. Ainsi, pour Morin, « Réviser le contrat à raison des circonstances, c'est donner force obligatoire non à la volonté manifestée dans le contrat et qui n'est plus apparente, mais à la volonté véritable qu'il est facile de dégager de la situation nouvelle. C'est donc assurer le respect du contrat »<sup>1205</sup>. Dans le même ordre d'idées, Bomsel trouve la justification de la révision pour imprévision dans la volonté implicite des parties, rattachée à l'article 1156 du code civil. Il écrivait ainsi que « l'imprévision est donc en dernière analyse la clause tacite par laquelle, dans tout contrat synallagmatique, les parties contractantes, ayant traité en vue des circonstances normales, réservent le cas où par suite d'évènements imprévus, l'exécution de l'une des obligations deviendrait, par rapport à l'autre, extrêmement onéreuse »<sup>1206</sup>.

Plus ingénieuse est cependant la théorie de Voirin selon laquelle le silence de la loi ne veut pas dire interdiction de la révision pour imprévision. Il propose alors que l'autonomie de la volonté soit limitée à la formation des contrats tandis que l'exécution serait rattachée à la loi elle-même. Par conséquent, les parties seraient obligées d'accepter les modifications du contrat « afin de leur restituer leur aptitude première à la réalisation des buts qui en conditionnent l'existence... »<sup>1207</sup>. Mais cette analyse est rejetée car elle repose sur la loi alors que la loi elle-même n'a pas prévu de révision pour imprévision<sup>1208</sup>.

Pour certains, la révision pour imprévision serait conforme aux exigences de l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil qui devrait d'après M. Jamin devenir le centre de gravité de cet article au détriment du premier

---

<sup>1205</sup> MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », Archives de philosophie du droit, n° spécial : Le problème du contrat, 1940, p. 17.

<sup>1206</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 339, p. 402.

<sup>1207</sup> VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, thèse Nancy, 1922, p. 131-132, cité par GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 341, p. 404.

<sup>1208</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 341.



alinéa<sup>1209</sup>. C'est donc l'exigence de bonne foi qui obligerait l'une des parties à accepter une révision du contrat devenu défavorable pour l'autre partie contractante. Autrement dit, serait de mauvaise foi, le créancier qui se plierait derrière les termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 pour exiger du débiteur l'exécution d'une obligation qui dépasse largement les prévisions du contrat et qui risque de le ruiner<sup>1210</sup>. Le devoir moral d'assistance l'oblige à limiter son propre profit pour venir en aide de son débiteur malheureux.

509. Il faut dire à la suite de toutes ces analyses que c'est la notion même de contrat dans son sens classique qui s'accommode mal avec la réalité<sup>1211</sup>. Dire du contrat qu'il est un acte de prévision, n'est en fait qu'un leurre, une « *tentative désespérée de conservation* »<sup>1212</sup>. Il est peu probable que les parties aient pris en compte le facteur temps lors de la formation du contrat. Elles veulent généralement neutraliser ce facteur en élaborant un acte présent, suivant les facteurs présents, mais qui régira l'avenir, un peu comme si elles voulaient nier que le contexte évolue avec le temps. Or le facteur temps dans le contrat ne dépend pas de la volonté des parties. Qu'elles aient voulu l'ignorer ou le neutraliser n'a aucune influence sur son évolution. Le contrat ne saurait vivre indépendamment du contexte économique, politique et social au risque de perdre de son intérêt et provoquer soit sa ruine, soit celle d'une partie au contrat. C'est une limite naturelle de l'être humain que de ne pouvoir fixer des stipulations qui résistent à la durée<sup>1213</sup> car

---

<sup>1209</sup> JAMIN (Ch.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Droit et patrimoine*, 1998, p. 49.

<sup>1210</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 400 ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 620 et 621.

<sup>1211</sup> D'après le Professeur D. Mazeaud, le rejet de *l'imprévision* « *s'inscrit dans une conception irréaliste du contrat conçu comme un instrument intemporel, immuable et insensible aux mutations économiques et sociales* » (« La politique contractuelle de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 395).

<sup>1212</sup> LIBCHABER (R.), « Réflexion sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, p. 218.

<sup>1213</sup> Pour D. Mazeaud, « *c'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer, sous la forme d'une pétition de principe, qu'ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier les évolutions futures de l'environnement de leur relation* » (« La politique contractuelle de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 396 ; *adde*, LAITHIER (Y.-M.), « L'analyse économique du contrat par le juge civil », in *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 mars 2005, p. 14, *spéc.*, p. 18.).

inélucltablement, « *le contrat épuise ses forces avec le temps* »<sup>1214</sup>. La révision du contrat pour imprévision devient donc une nécessité pour le contrat lui-même qui a besoin d'une cure de jouvence, d'une réadaptation au nouveau contexte afin que sa pérennité soit assurée quand il est encore utile.

510. Si ces critiques n'ont pas pour l'instant conduit la jurisprudence civile à admettre, contrairement à la jurisprudence administrative<sup>1215</sup> la révision pour imprévision, on note cependant une avancée dans ce sens auprès de la Cour de cassation. En 1992, dans un arrêt Huard – du nom de l'exploitant d'une station-service qui n'arrivait plus à rester compétitif du fait des prix du carburant pratiqués par son fournisseur exclusif dans le cadre d'un contrat de longue durée – la Cour de cassation a considéré que l'obligation de bonne foi doit conduire les parties à adapter le contrat aux circonstances économiques nouvelles<sup>1216</sup>. Cet arrêt a été suivi en 1998 par une autre décision rendue à propos d'un contrat d'agence commerciale, dans laquelle la Cour de cassation a fait obligation au mandant, en cas de changement de circonstances, de prendre « *des mesures concrètes* » pour permettre au mandataire de pratiquer des prix concurrentiels<sup>1217</sup>.

511. La Cour de cassation sous le couvert de la notion de bonne foi impose au créancier une renégociation du contrat afin de l'adapter au nouveau contexte. Elle a pu fléchir le principe de la force obligatoire sans rompre pour autant, puisqu'il n'est pas question de révision judiciaire<sup>1218</sup>. L'obligation de renégociation se rapproche certes de la révision pour

---

<sup>1214</sup> LIBCHABER (R.), « Réflexion sur les effets du contrat », op. cit., p. 226.

<sup>1215</sup> CE, 30 mars 1916, DP, 1916, 3, 25, S. 1916, 3, 17, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12<sup>e</sup> éd., n° 33 ; CE, 9 déc. 1932, DP 1933, 3, 17, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12<sup>e</sup> éd., n° 49.

<sup>1216</sup> Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. Civ., IV, n° 338, Contrats, conc., consom., 1993, n° 45, obs. Leveneur, J.C.P., éd. E, 1993, II, 22164, note Virassamy, R.T.D.Civ., 1993, p. 124, obs. Mestre, D. 1995, Somm. p. 85, obs. D. Ferrier. Dans le même sens, voir, Cass. soc., 25 févr. 1992, Bull. civ., V, n° 122, p. 74, D. 1992, jur., p. 390, note M. Defossez, somm. p. 292 obs. A. Lyon-Caen, J.C.P., 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. Gatumel, R.T.D.Civ., 1992, p. 760, obs. J. Mestre.

<sup>1217</sup> Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. Civ., IV, n° 277, Defrénois, 1999, p. 371, obs. Mazeaud, J.C.P., éd. E. 1999, p. 1242, obs. Jamin, R.T.D.Civ., 1999, p. 98, obs. Mestre, D. 1999, IR, p. 9.

<sup>1218</sup> MAZEAUD (D.), « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple "illégitime" », op. cit., p. 252.

imprévision car l'obligation de renégocier et de suivre les prescriptions judiciaires repose à la fois sur le maintien de la force obligatoire de l'acte et sur l'obligation d'en corriger les termes<sup>1219</sup>. L'une des parties est autorisée à faire une offre de modification à l'autre, qui ne pourra la refuser en aucune manière<sup>1220</sup>. Le juge français tient à rester dans la logique contractuelle. La modification, bien qu'imposée par le juge, doit être adoptée par les parties elles-mêmes. Il y a donc un renouvellement des volontés certes moins originel. Mais n'est-ce pas là un moindre mal ?<sup>1221</sup> Le contrat n'apparaît plus en tout cas comme « *ce tout qui consiste dans un accord de volonté sur un contenu ; l'accord est dissocié de son objet puisqu'il demeure contraignant alors que le contenu de l'acte, quant à lui, devient malléable et modifiable* »<sup>1222</sup>. Toutefois, de là à l'admission de la révision pour imprévision, de l'idée que le juge puisse lui-même modifier le contrat dans l'intérêt d'une partie, il y a un pas que la Cour de cassation s'est pour l'instant gardée de franchir<sup>1223</sup>.

## **2 - La révision pour imprévision dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats**

512. Suivant les Principes d'UNIDROIT, l'avant projet d'Acte uniforme relatif aux contrats met un terme au rejet de la théorie de l'imprévision. Lorsque certaines conditions sont remplies (a), il organise un système de révision du contrat qui met l'accent d'abord sur les contractants (b) le juge pouvant intervenir par la suite si les parties n'arrivent pas à s'entendre pour rééquilibrer le contrat (c).

---

<sup>1219</sup> TELLON (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents de la pratique », in Etudes A. Sayag, Litec, 1997, p.403.

<sup>1220</sup> LECUYER (H.), « La modification unilatérale du contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p. 53.

<sup>1221</sup> Dans ce sens, LIBCHABER (R.), « Réflexion sur les effets du contrat », op. cit., p. 226.

<sup>1222</sup> MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », op. cit., n° 34.

<sup>1223</sup> FAGES (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003, chron., 2386.

### **a) Les conditions de la révision pour imprévision**

513. La révision pour imprévision est une situation exceptionnelle. En tant que telle, son régime doit être minutieusement organisé et les dispositions y relatives interprétées de manière stricte. L'article 6/21 du projet d'Acte uniforme (article 6.2.1 des Principes d'UNIDROIT) rappelle de prime abord le principe de la force obligatoire des contrats qui s'impose aux parties quand bien même l'exécution d'une clause serait devenue plus onéreuse pour l'une des parties. Autrement dit, la survenance d'un déséquilibre ne donne pas droit au débiteur de se soustraire des engagements librement contractés. La loi ne vient au secours du débiteur que lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations. De quels événements est-il question ?

514. Aux termes de l'article 6/23 du projet d'Acte uniforme (article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT), il y a altération fondamentale de l'équilibre des prestations lorsque le coût de l'exécution des obligations a augmenté, ou que la valeur de la contre-prestation a diminué. En substance ce texte dispose : *« Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*

*a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;*

*b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;*

*c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et*

*d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».*

On note que l'évènement, du moins sa connaissance par le débiteur, doit être postérieur à la conclusion du contrat. Ce qui permet *a priori* de distinguer l'imprévision de l'absence de cause ou encore de la lésion qui

prennent directement leur source à la naissance du lien contractuel<sup>1224</sup>. Mais l'application de cette disposition peut se révéler délicate pour le juge. A partir du moment où l'évènement qui doit être pris en compte pouvait exister au moment de la conclusion du contrat et que seule son ignorance par la partie lésée suffit pour caractériser l'imprévision, n'y a-t-il pas de risque de confusion avec l'absence de cause ou la lésion ?<sup>1225</sup> Le raisonnement est le suivant : si l'évènement qui rend le contrat déséquilibré existait déjà au moment de la conclusion du contrat, cela veut tout simplement dire qu'il y avait lésion ou une absence partielle de cause inconnue du débiteur. En outre si l'autre partie avait connaissance de l'existence de cet évènement et qu'il n'en a pas informé son débiteur, c'est qu'il était de mauvaise foi et n'a pas satisfait à l'obligation de transparence qui pèse sur les parties.

515. Par conséquent, il semble que cette situation pouvait être mieux gérée par les autres dispositions de l'avant-projet notamment celles relatives à l'exigence de la bonne foi ou à l'erreur qui est admise même lorsqu'elle porte sur la valeur. Dans un souci de précision qui doit guider une règle exceptionnelle comme celle qui légitime l'immixtion du juge dans un contrat, il serait plus efficace de se limiter à l'analyse traditionnelle de l'imprévision. Celle-ci ne l'admettant que pour des évènements survenus postérieurement à la conclusion du contrat.

516. Plus intéressant est cependant le champ d'application de l'imprévision. L'avant-projet admet la révision pour imprévision pour tout déséquilibre fondamental survenu à raison des circonstances extérieures. Le déséquilibre doit donc être apprécié non seulement sur le prix – c'est-à-dire se limiter aux variations du coût de la monnaie de référence ou des matières

---

<sup>1224</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 342.

<sup>1225</sup> V. notamment, JAMIN (Ch.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », op. cit., p. 48 qui précise que la révision pour imprévision ne doit régir que les évènements postérieurs à la conclusion du contrat.

A noter que la référence à la cause ou à la lésion se fait par rapport au code civil. Dans le cadre de l'Acte uniforme, la question se posera notamment par rapport à l'erreur sur la valeur, en tant que vice du consentement étant entendu que la lésion qui y est retenue est une lésion dite qualifiée, qui ne répond aucunement à l'hypothèse ici envisagée.

premières ayant servi d'indices de détermination du prix – mais la révision peut intervenir même lorsque le déséquilibre porte sur d'autres clauses du contrat. Il adopte donc une conception large de la notion d'imprévision qui correspond d'après certains auteurs à la situation de précarité qui est omniprésente en Afrique<sup>1226</sup>.

## **b) La révision conventionnelle**

517. Il faut dire que le rejet de la révision pour imprévision se justifiant par la nécessité de respecter les prévisions des parties, celles-ci sont dans leur droit de modifier le contenu du contrat en cas de bouleversement des circonstances de l'exécution ; ce que les parties pouvaient prévoir par l'insertion des clauses de *hardship*<sup>1227</sup> ou d'indexation dans le contrat<sup>1228</sup>. Mais aucune obligation n'étant faite aux parties de procéder à la modification, il va de soi que généralement, c'est en vain que le débiteur sollicitera cette modification du créancier qui ne peut que se féliciter de la nouvelle situation. En se bornant sur le principe de la force obligatoire des contrats et en laissant l'initiative d'une telle révision à la disposition des parties contractantes, la jurisprudence classique condamne le débiteur à supporter le poids d'une situation qui ne lui est pas imputable.

---

<sup>1226</sup> DARANKOUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », op. cit., p. 241.

<sup>1227</sup> C'est la clause « *qui prévoit la révision du contrat lorsqu'un bouleversement de circonstances a profondément modifié l'équilibre initial des obligations des parties* » (FONTAINE (M.), « Les clauses de l'offre concurrente du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux », Droit et Patrimoine du commerce international, 1978, p. 9).

<sup>1228</sup> Contrairement à la clause de *hardship* qui permet de renégocier tous les termes du contrat, la clause d'indexation ne concerne que le prix. Elle permet en cas de modification des rapports existant entre deux monnaies ou en cas de hausse du coût des matières premières, de réadapter le prix proportionnellement à la modification (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 473 et 474 ; NOIREL (J.), « L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé », in Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, L.G.D.J, Paris, 1961, p.69 ).

Les parties peuvent en outre insérer des clauses de répartition des risques du contrat. La révision pour imprévision est inopportune si la partie lésée avait contractuellement assumé les risques des circonstances intervenues.

518. L'avant-projet d'Acte uniforme met fin à cette situation désagréable pour le débiteur. Elle rend obligatoire le *hardship*, c'est-à-dire la renégociation des clauses dont l'exécution est devenue très onéreuse pour l'une des parties. Cette obligation de renégocier les clauses du contrat est d'ordre public et se fait à la demande du débiteur. Aux termes de l'article 6/24 de l'avant projet d'Acte uniforme (article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT) : « 1) *En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.*

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

518. Le devoir de renégociation ne doit pas permettre au débiteur de dénoncer le contrat à la moindre difficulté<sup>1229</sup>. Au départ, le projet d'Acte uniforme rappelle que « *les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse* »<sup>1230</sup>, cette augmentation pouvant résulter du fait que « *le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué* »<sup>1231</sup>. Toutefois, en cas de changement des circonstances ayant conduit à un déséquilibre majeur dans l'économie du contrat, la partie en difficultés peut demander de l'autre l'ouverture de négociations<sup>1232</sup>. La révision pour imprévision peut être extrajudiciaire si les parties arrivent à s'entendre sur les nouvelles conditions. Elle ne fait pas naître un nouveau contrat. Il y a juste modification de la clause dont l'exécution est devenue plus onéreuse pour le débiteur, les autres clauses du contrat restant inchangées<sup>1233</sup>. La révision conventionnelle se rapproche sans toutefois se confondre de la solution retenue actuellement par la jurisprudence française. En effet, dans sa position

---

<sup>1229</sup> DARANKOUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », op. cit., p. 240.

<sup>1230</sup> Art. 6/2 de l'avant projet d'Acte uniforme (art. 6.2.1) des Principes d'UNIDROIT

<sup>1231</sup> Art. 6:111 (1) des PDEC

<sup>1232</sup> FAGES (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003, chron. 2386

<sup>1233</sup> JAMIN (Ch.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », op. cit., p. 48.

actuelle, on ne peut pas dire que l'obligation de renégocier le contrat soit devenue générale<sup>1234</sup>. Il paraît que seul le juge ait le pouvoir de constater le changement des circonstances et d'ordonner la révision du contrat par les parties sans toutefois pouvoir lui-même « *adapter le contrat de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances* ».

Pour marquer définitivement le caractère obligatoire de la révision conventionnelle, l'avant-projet donne le pouvoir au juge pour suppléer aux parties en cas de mésentente.

### **c) La révision judiciaire**

519. Aux termes de l'article 6/24 3) et 4) de l'avant projet d'Acte uniforme sur les contrats, en cas de désaccord des parties à la suite des renégociations, le juge peut « *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* » ou prononcer la résiliation du contrat. Cette disposition qui ressemble en tous points à celle de l'article 6.111 des Principes du droit européen du contrat vient parachever la nouvelle théorie de l'imprévision. Elle permet d'assurer le respect de l'équilibre des prestations en cas de changement du contexte de l'exécution. Loin d'être un moyen de fragiliser le contrat dans sa force obligatoire, cette façon de lutter contre les inégalités nées lors de l'exécution peut avoir un effet dissuasif pour le créancier. Elle donne un sens à l'obligation de bonne foi<sup>1235</sup> qui doit guider les parties pendant toutes les phases de la vie contractuelle. Le respect de l'autre impose en effet un recul de l'égoïsme propre certes à chaque individu, mais qui ne saurait justifier toutes les inégalités et les injustices nées du hasard de la vie politique, sociale et économique.

---

<sup>1234</sup> FAGES (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », op. cit., p. 2386.

<sup>1235</sup> ONANA ETOUNDI (F.), op. cit., p. 698.



520. Cette position déjà adoptée dans plusieurs pays de tradition civiliste<sup>1236</sup>, n'a pas pour autant engendré l'insécurité juridique tant redoutée par la doctrine<sup>1237</sup>. L'expérience des pays du système de la *common law* montre d'ailleurs que le fait qu'il soit reconnu des nombreux pouvoirs aux juges n'empêche pas qu'ils restent en toute hypothèse des gardiens de la sécurité des transactions.

## **Paragraphe 2 : Le juge, gardien de la sécurité juridique**

521. La sécurité est définie comme l'état d'esprit confiant et tranquille qui résulte du sentiment, bien ou mal fondé, que l'on est à l'abri de tout danger. En droit, l'expression « *sécurité juridique* » correspond selon le Pr. Paul Gérard Pougoué, à « *un droit de l'homme qui vise à lui assurer une prévisibilité du droit et une exigence de stabilité de tout le système juridique* »<sup>1238</sup>. C'est en vertu de la sécurité juridique que les lois ne doivent pas avoir d'effets rétroactifs car dans un Etat, l'individu doit savoir d'avance les conséquences de son acte, le sort qui sera réservé à ses prétentions en cas de procès. En matière contractuelle, la sécurité des transactions est l'une des finalités de toute législation. La loi doit la protéger en assurant le respect par le juge des prévisions des parties. Bien que traditionnellement l'intervention active du juge dans les contrats soit plutôt condamnée (A), on verra que la recherche de l'équilibre du contrat ne contrevient pas, loin s'en faut, à la notion de sécurité juridique (B).

---

<sup>1236</sup> Notamment en droit allemand où la jurisprudence fonde directement la révision pour imprévision sur le § 242 du code civil allemand (B.G.B), celui-ci prescrivant l'exécution de bonne foi des obligations, en Italie : article 1467 et 1468 du code civil italien, en Suisse par la jurisprudence (Trib. Féd., 26 sept. 1974, cité par GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 348), en Grèce où l'article 388 du code civil prévoit la résiliation ou la révision du contrat consécutive à un changement de circonstances, conformément au principe de bonne foi, au Portugal avec l'article 437 du code civil et bien d'autres.

<sup>1237</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 349 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 452.

<sup>1238</sup> Les aspects de la sécurité juridique, communication,

## A – LA SECURITE JURIDIQUE DANS LA CONCEPTION CLASSIQUE DU CONTRAT

522. Dans la thèse classique, le respect de la sécurité des transactions passe nécessairement par une législation minimale et par l'absence d'une intervention du juge dans les contrats formés par les parties. Cette conception, visitée et revisitée tout au long de ce travail, a comme corollaire la prise en compte de la sécurité juridique comme une notion absolue, à laquelle ni la loi, ni le juge ne peut y porter atteinte. Elle pourrait se résumer ainsi : « *le contrat, rien que le contrat et tout le contrat* »<sup>1239</sup>. L'insécurité résulterait en effet du décalage pouvant exister entre la décision du juge et les prévisions des parties<sup>1240</sup>. La sécurité juridique est alors, selon Ripert, synonyme d'intangibilité des conventions<sup>1241</sup>.

523. Cette conception de la sécurité juridique fondée sur la théorie de l'autonomie de la volonté soutenue par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle dans l'indifférence relative face aux palliatifs prévus par le code civil n'était, semble-t-il pas, à proprement parler la doctrine véhiculée par le code civil<sup>1242</sup>. Faire de l'intangibilité des contrats une règle absolue, à laquelle le juge ne peut enfreindre ni pour les raisons d'équité, encore moins pour sanctionner la mauvaise foi des contractants n'a sans doute jamais été exprimé réellement par le code civil<sup>1243</sup>. Mais c'est un courant doctrinal du XIX<sup>e</sup> siècle sous l'influence de Kant qui a fait basculer le droit civil des contrats vers un droit imprégné d'individualisme<sup>1244</sup>.

---

<sup>1239</sup> Puisque cette sécurité qualifiée de statique par R. DEMOGUE est fondée sur le respect de la volonté réelle : une personne n'est obligée que si elle le veut et dans la mesure où elle le veut (in *Le Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, t. 1, n° 30, p. 86).

<sup>1240</sup> MEYNIAL (E.), « La déclaration de volonté », R.T.D.Civ., 1902, p. 545.

<sup>1241</sup> RIPERT, *Le déclin du droit*, L.G.D.J., 1949, n° 49.

<sup>1242</sup> JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., p. 901.

<sup>1243</sup> Ibid.

<sup>1244</sup> BÜRGES (A.), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », R.T.D.Civ., 2000, p. 4 et ss.

524. Qu'à cela ne tienne, la sécurité des transactions reposait sur le libéralisme économique qui condamnait toute intervention étatique dans les affaires privées. En ce qui concerne les juges, c'est à compter de la révolution française, que s'est réalisée la délimitation de la compétence judiciaire dans un esprit de défiance à leur égard et dans la crainte d'une résurrection des parlements de l'ancien régime<sup>1245</sup>. Le juge, simple autorité dans la logique de la séparation des pouvoirs, devait également rester neutre dans les relations entre les particuliers. L'absolutisme de l'engagement contractuel, fait de lui un instrument passif dans l'application du contrat. Il ne peut qu'ordonner l'application du contenu du contrat voulu par les parties sans jamais pouvoir modifier les stipulations de l'acte ni l'adapter aux circonstances particulières même imprévues<sup>1246</sup>. Cette justice « *aux yeux bandés* », parce qu'il s'agit d'une « *application mécaniste de la volonté des parties, comme c'est du reste le cas pour la loi, fait à ce que ce que le juge peut faire, le justiciable peut aussi le faire, c'est-à-dire reconstituer le raisonnement* »<sup>1247</sup>. Dans cette logique, dit-on, les jugements sont prévisibles et le juge est sûr et impartial.

525. Dès lors, les atteintes à la sécurité juridique ne pouvaient être tolérées que si elles étaient justifiées par l'ordre public et les bonnes mœurs dont le rayonnement était réduit. Comme précédemment mentionné, cette conception n'a pas résisté face aux mutations socio-économiques contemporaines. En effet, à partir du moment où tous les contractants ne partent pas sur un même pied d'égalité, où l'une des parties n'a pas pu discuter du contrat et défendre ses intérêts, maintenir la sécurité des transactions comme synonyme d'intangibilité n'est-ce pas privilégier ceux des contractants dont la position sociale, la situation professionnelle ou la puissance économique leur permettent de faire prévaloir exclusivement leurs

---

<sup>1245</sup> DION (N.), « Le juge et le désir du juste », D. 1999, chron., p. 195.

<sup>1246</sup> ANCEL (P.), « La force obligatoire : jusqu'où faut-il la défendre ? », in La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 164.

<sup>1247</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et le sentiment de justice », in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges, P. Bézard, P. A., Montchrestien, 2002, p. 45.

propres intérêts, au détriment de leur partenaire ?<sup>1248</sup> D'où la question d'une évolution de la notion de sécurité des transactions.

## B – LA SECURITE JURIDIQUE A L'AUNE DE LA CONCEPTION SOCIALE DU DROIT DES CONTRATS

526. La sécurité juridique, a soutenu l'un des concepteurs du solidarisme contractuel, « *ne peut plus s'entendre d'une rigidité absolue du lien contractuel dans l'intérêt exclusif du créancier. Elle doit aussi intégrer les intérêts légitimes du débiteur qui impliquent parfois, pour le plus grand profit du contrat dont on évite ainsi l'anéantissement, une adaptation du rapport contractuel* »<sup>1249</sup>. Demogue avait déjà écrit que les actes juridiques, qui ne sont pas détachables de leur utilité sociale, « *n'ont de valeur que s'ils sont en harmonie avec les intérêts généraux, les besoins du moment. Or, le juge, placé de façon impartiale est en mesure d'apprécier l'utilité sociale* »<sup>1250</sup>. Il revient au juge d'assurer l'harmonie entre les prévisions de chaque partie et les intérêts de tous les contractants, ceux des tiers et même de la société puisque le contrat n'est pas « *un monde fermé et figé ne concernant que ses seuls signataires. Il n'est plus seulement la chose, l'affaire des parties. Monde ouvert, susceptible d'évolution, il entre en interaction avec l'ordre juridique dans lequel il s'insère* »<sup>1251</sup>. Cette conception qui ne nie pas le rôle classique du juge dans une relation contractuelle<sup>1252</sup>, c'est-à-dire respecter les stipulations du contrat, veut pourtant lui faire jouer un rôle moins passif, en l'érigeant en défenseur de la cause des plus faibles. Contrairement à la doctrine classique qui fait de la sécurité juridique la finalité du droit, du juge « *un serviteur du*

---

<sup>1248</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 125.

<sup>1249</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 631.

<sup>1250</sup> DEMOGUE (R.), op. cit., t. 2, n° 724, p. 493. et n° 740, p. 516.

<sup>1251</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit., p. 369.

<sup>1252</sup> JAMIN (Ch.), « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Actes du colloque sur La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 19

*contrat, cet esclave de la volonté des parties* »<sup>1253</sup>, la conception sociale du contrat place la justice comme l'une des finalités du contrat<sup>1254</sup>. Que dire de cette analyse ?

527. Tout doit partir de la hiérarchisation juridique des normes et valeurs en vigueur. La sacralisation d'un principe de la sécurité juridique qui s'imposerait aussi bien aux lois qu'aux juges ne peut se concevoir que si ce principe est doté d'une valeur constitutionnelle. Si tel était le cas, il s'imposerait alors à la loi et aucune loi ne pourrait en limiter la portée comme essayaient de le faire croire les auteurs classiques. Mais la jurisprudence constitutionnelle a suivi le raisonnement déjà adopté en matière de liberté contractuelle. Le conseil constitutionnel n'admet pas le principe de la sécurité juridique comme un principe constitutionnel. Dans une espèce, elle décide en effet qu'en « *inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution* ». Ainsi, autant le législateur est dans son droit de prendre des lois qui limitent la liberté contractuelle, autant il peut en faire pour limiter la portée de la sécurité juridique.

Ainsi, tant que l'immixtion du juge dans la relation contractuelle trouvera sa source dans une disposition législative, on ne pourra parler d'atteinte au principe de la sécurité juridique<sup>1255</sup>. Comme l'a très justement souligné M. Pascal Ancel à propos du droit de surendettement, l'« *intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, et s'il n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, qui procède du législateur, peut et doit être*

---

<sup>1253</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 125.

<sup>1254</sup> V. précisément, GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », D.1982, chron.1.

<sup>1255</sup> Il faut noter que l'intervention du juge dans les contrats est surtout critiquée lorsqu'elle intervient dans un contrat soumis au droit commun. Les multiples entorses aux principes de la liberté contractuelle et de l'intangibilité du contrat consacrées dans le droit des contrats spéciaux ne font pas couler autant d'encre tout simplement parce qu'elles sont considérées comme des situations exceptionnelles.

*modifié* »<sup>1256</sup>. La loi impose en effet des obligations impératives aux parties et celles-ci s'engagent en connaissance de cause. L'analyse se révèle intéressante dans le cadre du droit OHADA dans la mesure où c'est la loi en l'occurrence un Acte uniforme qui légitimera l'intervention du juge dans le contrat pour imposer l'équilibre du contrat ou pour compléter un contrat imparfaitement conclu. On ne peut donc réellement parler d'une insécurité juridique car chaque personne qui s'engage dans une relation contractuelle doit savoir qu'il y a des règles de civisme contractuel qui s'imposent à lui, que la loi lui interdit d'abuser de sa situation dominante<sup>1257</sup> et lui impose une transparence minimale dans son comportement et dans ses intentions. Cette prise en compte des situations particulières de certains contractants par l'Acte uniforme permettra de canaliser d'avance le rôle du juge en matière contractuelle.

528. Elle vient donc légitimer la conception solidariste du contrat. C'est « *la fonction de juger (qui) s'en trouve elle-même transformée. Le juge cesse d'être la sentinelle servile de la loi* »<sup>1258</sup>. Non seulement son pouvoir d'interprétation s'est accru, mais il est appelé à œuvrer davantage à la définition même du contenu de la règle de droit<sup>1259</sup>, puisque le législateur lui laisse le soin de déterminer la substance des notions-cadres, des standards, dont l'avant projet ne fait aucune économie dans leur usage<sup>1260</sup>.

529. Toutefois, même légitimée, l'intervention du juge dans la sphère contractuelle doit rester limitée. L'approche sociale du contrat ne doit pas avoir pour effet de détruire la nature même du contrat, entendu, contrat-

---

<sup>1256</sup> « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes », Droit et Patrimoine, mai 1998, p. 89.

<sup>1257</sup> Rapp., GUEGUEN (J.-M.), op. cit., n° 30, pour qui, il est logique que le juge apprécie également la cohérence des obligations au regard de l'architecture globale du contrat, de son équilibre et ne pas s'arrêter à l'illusion créée par une partie habile.

<sup>1258</sup> CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue, Mélanges, G. Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 25.

<sup>1259</sup> Ibid.

<sup>1260</sup> Supra, n° 492 et ss.

échange<sup>1261</sup>. Celui-ci reste un monde dominé par les intérêts antagonistes des contractants et chaque contractant dans la mesure du possible, doit veiller en priorité à la défense de ses propres intérêts car « *contracter ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire ses affaires"* »<sup>1262</sup>. C'est pourquoi, l'équilibre que recherche le juge doit rester une mesure d'exception destinée à corriger les injustices les plus flagrantes.

530. Le principe doit rester la liberté des contractants dans la détermination de leurs droits et obligations respectifs dont dépend l'équilibre du contrat. Mais la généralisation de la protection réservée jusqu'à présent à certains contractants est nécessaire car elle évite selon Jacques Mestre que le juge ne soit transformé en « *entomologiste des situations contractuelles* »<sup>1263</sup>. En effet, la jurisprudence n'est qu'une source imparfaite du droit en ce sens que le juge intervenant espèce par espèce, la jurisprudence reste d'accès difficile<sup>1264</sup>, notamment lorsqu'il est question de pénétrer son esprit<sup>1265</sup>. En outre la question de la portée générale valant au-delà du cas d'espèce des arrêts de la Cour de cassation reste entière<sup>1266</sup>, laissant le sentiment d'un droit jurisprudentiel instable et imprévisible, facteur d'insécurité juridique<sup>1267</sup>.

531. Cependant, toutes les clauses créant un déséquilibre entre les droits et obligations des parties ne méritent pas d'être combattues du moins dans les rapports entre professionnels. Ainsi, méritent d'être tenues en échec,

---

<sup>1261</sup> Expression qui permet de distinguer le contrat instrument d'échange du contrat-organisation, parce que celui-ci donne naissance à une personne morale, et la survie de cette personne morale nécessite une collaboration et une loyauté particulières.

<sup>1262</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 42.

<sup>1263</sup> MESTRE (J.), « Les clauses abusives entre professionnels », *Economica*, coll. Etudes juridiques, 1998, cité par CRAMIER (P.), « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence), 3<sup>e</sup> partie, note n° 144. Voir également, CALAIS-AULOY (M.-T.), « L'importance de la volonté en droit », P. A., n° 243 du 07 décembre 1999.

<sup>1264</sup> JOURDAIN (P.), « Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges, Philippe Jestaz, Dalloz. 2006, p. 250.

<sup>1265</sup> MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges, Philippe Jestaz, Dalloz 2006, pp. 371 à 396.

<sup>1266</sup> C'est d'autant plus vrai que la jurisprudence peut toujours, même lorsque son interprétation est approuvée par la doctrine, faire des revirements de jurisprudence et parfois avec un effet rétroactif.

<sup>1267</sup> JOURDAIN (P.), « Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », op. cit., p. 250.

seules les clauses frauduleuses, contraires à un droit spécial, attentatoires à des libertés fondamentales ou qui détruisent la cohérence du contrat puisque « *à trop poursuivre les excès* », écrit encore Jacques Mestre, on risque « *d'attenter gravement à la sécurité contractuelle* », d'où la nécessité de limiter la lutte contre les déséquilibres contractuels aux excès manifestes et aux « *disproportions flagrantes, qu'une volonté normalement constituée n'a pu raisonnablement tolérer* »<sup>1268</sup>. C'est exactement ce que prévoit l'avant-projet d'Acte uniforme en n'admettant l'intervention du juge que lorsque la situation est déraisonnable. Il n'est pas question de s'insurger contre toutes les formes de déséquilibre dans la relation contractuelle.

532. Il va sans dire que la mise en œuvre de ce principe ne sera pas aisée. Saisir la différence entre le déséquilibre excessif, flagrant, non raisonnable et le déséquilibre non excessif, qui ne donne pas droit à intervention du juge n'est pas du tout facile. Le législateur s'étant abstenu de se prononcer sur le tolérable et le non tolérable, la tâche reviendra une fois de plus au juge. Autant dire en conclusion, qu'il faut tout au moins espérer que dans sa nouvelle mission, il saura rester celui-là qui, « *en quête d'un juste général tranche avec mesure et, au-delà des oppositions, représente la modération* »<sup>1269</sup>. Il faut aussi espérer qu'il sera celui qui s'élève contre les promesses trahies, les partages inégaux et, pour reprendre Paul Ricœur, qui institue entre les parties « *une juste distance* »<sup>1270</sup>.

---

<sup>1268</sup> J. Mestre, R.T.D.Civ., 1998, p. 101.

<sup>1269</sup> DION (N.), op. cit., p. 197.

<sup>1270</sup> Cité par DION (N.), ibid.



✕

✕

✕

533. En dernière analyse, le principe de l'équilibre dans les contrats, qu'il soit envisagé au moment de la formation du contrat ou au moment de son exécution se révèle être une nécessité dans tous les contrats. Ce principe jusqu'à présent légalement réservé à certains contrats spéciaux pourra, si l'avant-projet est adopté, bouleverser entièrement le droit des contrats applicable jusqu'à présent dans la plupart des pays membres de l'OHADA. En faisant de la proportionnalité l'une des finalités de la législation contractuelle, les Principes d'UNIDROIT qui ont inspiré l'avant-projet ont voulu adopter un droit des contrats adapté aux situations hégémoniques contemporaines.

## CONCLUSION DU TITRE I

534. Transparence et équilibre, tels semblent être les principes susceptibles de revivifier le droit des contrats au Cameroun. La transparence, l'un des principes de base du droit de la concurrence et qu'on retrouve peu ou prou en droit des assurances, du transport des marchandises par route et de tous les autres contrats spéciaux ayant fait l'objet d'une réglementation communautaire, mérite largement de devenir l'un des principes de la théorie générale des contrats. Pas seulement parce qu'elle est de plus en plus généralisée dans les contrats de droit moderne, mais parce qu'elle constitue un élément essentiel, voire vital de l'engagement. La transparence permet d'abord au cocontractant de mesurer l'utilité de son engagement<sup>1271</sup>, ensuite de se faire une justice, sa propre justice qui est une justice subjective s'imposant au juge, mais certainement pas à la loi.

535. Le principe de l'équilibre contractuel vient épauler les contractants qui n'ont pas été servis par la transparence. La justice subjective résultant de la transparence ne peut être utile à toutes les parties que si la négociation était en fait possible. Or dans les cas où l'une des parties se borne à accepter les conditions préétablies par l'autre partie, cette justice ne peut en fait être objectivement équitable. La loi et le juge viennent donc au secours des plus faibles, lorsque les inégalités dépassent certaines proportions, pour rétablir au nom de l'ordre public, de la justice sociale, un équilibre raisonnable.

536. En fin de compte, le contrat, « *la chose des parties* », se présente comme une institution de plus en plus surveillée par l'Etat, sans qu'il ne devienne toutefois la « *chose du juge* »<sup>1272</sup>. En ballonnant sans cesse le contenu de l'ordre public, le législateur contemporain veut faire comprendre aux parties que le contrat est avant tout une institution qui, bien qu'elle organise

---

<sup>1271</sup> GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », op. cit., p. 3 et ss.

<sup>1272</sup> L'expression est de Ph. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité », D. Aff., 1997, p. 238, n° 15.

les rapports entre les particuliers, a des incidences sur la vie socio-économique et, de ce fait, doit respecter certains idéaux chers à Jacques Ghestin, que sont l'utile et le juste<sup>1273</sup>. Mais les règles impératives issues de la nouvelle législation, destinées conformément à l'article 6 du code civil à la limitation de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt général, contrairement à ce qui était connu du code civil, font l'objet des sanctions de plus en plus souples. L'objectif est en effet d'amener les parties à respecter l'ordre voulu par la loi, plutôt que de les laisser s'y échapper grâce à la nullité ou la résolution qui sont très souvent préjudiciables à la partie protégée.

---

<sup>1273</sup> GHESTIN (J.), Avant propos du colloque sur La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003. p. 2. Du même auteur, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », Rapport de Synthèse sur La relativité du contrat, Trav. De l'Ass. H. Captitant, Journées nationales, Nantes, 1999, t. IV, L.G.D.J., 2000, p. 242 et ss.

## TITRE II

# L'ASSOUPPLISSEMENT DES SANCTIONS EN MATIERE CONTRACTUELLE

537. Si le contenu de l'ordre public de l'article 6 du code civil est de plus en plus étoffé, force est de constater que le contrat ne s'en trouve pas autant affecté. Les règles d'ordre public économique qui constituent l'essentiel de l'ordre public communautaire obéissent à des sanctions très assouplies. La prévalence est faite à l'utilité économique du contrat. Parce qu'il est avant tout un moyen d'organiser la vie socio-économique, le contrat bénéficie des faveurs des différents législateurs des contrats spéciaux. Cette recherche de la survie du contrat même en cas de violation d'une règle d'ordre public est souvent justifiée par le caractère protecteur de l'ordre public économique et social contemporain. Le législateur devant éviter que l'annulation du contrat ne se retourne contre celui qu'il entendait protéger.

538. Nonobstant cette analyse pertinente, il faut se rendre compte à l'analyse des sanctions de l'inobservation des règles impératives en matière contractuelle, que ce n'est pas toujours le souci de protection de l'autre contractant qui est pris en compte dans la recherche du maintien du contrat. Les sanctions retenues en droit de la concurrence en sont une preuve. Alors qu'il ne fait l'objet d'aucun doute que cet ordre public est un ordre public de direction dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue du contrat ou de la clause illicite, le règlement n° 1/99 de la CEMAC permet au Secrétariat Exécutif de modifier la clause illicite ou d'ordonner que les parties la modifient dans un sens bien précis<sup>1274</sup>. De même, il a été précisé que la non déterminabilité du prix dans les contrats n'est plus sanctionnée par la nullité

---

<sup>1274</sup> Supra, n° 171 et ss.

du contrat, mais la fixation ultérieure de ce prix doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

539. Cet adoucissement des sanctions n'est pas uniquement réservé aux conditions de formation du contrat. Bien au contraire, il s'étend au niveau de l'inexécution ou d'une exécution défectueuse du contrat. Alors que traditionnellement la sanction est la résolution ou la résiliation du contrat, on note ici et là, l'émergence des sanctions plus tempérées qui favorisent le maintien du contrat ou son remplacement en vue de maintenir l'économie du contrat. L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats obéit largement à cette logique. Il adoucit d'une part les sanctions de l'inobservation des conditions de formation des contrats. C'est ainsi que l'article 3/12 ne fait pas de la nullité la seule sanction de l'inexécution du contrat. En disposant que « *tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité* », ce texte laisse clairement apparaître qu'une telle convention peut être sanctionnée autrement que par la nullité. Dans ce sens, l'article 3/15 étend la régularisation à tous les contrats de droit commun et lorsque la nullité est inéluctable, la procédure de mise en œuvre de la nullité est allégée pour permettre aux parties de vite se débarrasser d'un contrat nul.

D'autre part, l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats assouplit les sanctions de l'inexécution du contrat en adoptant des solutions favorables à la survie du contrat. C'est ainsi que par une définition minutieuse de l'inexécution essentielle, l'article 7/13 détermine les conditions dans lesquelles le contrat peut être résolu. En dehors des hypothèses prévues par cet article et qui donnent droit à la résolution du contrat, le créancier de l'obligation inexécutée peut choisir entre les autres sanctions moins radicales notamment la réparation en nature et la réfection du contrat.

540. Il s'ensuit que l'assouplissement des sanctions en matière contractuelle concerne aussi bien l'inobservation des conditions de formation du contrat (Chapitre I) que l'inexécution du contrat (Chapitre II).

**Chapitre I : La sanction de l'inobservation des conditions de formation des contrats**

**Chapitre II : La sanction de l'inexécution du contrat**

# CHAPITRE I

## LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES CONDITIONS DE FORMATION DES CONTRATS

541. L'inobservation des conditions de formation du contrat est civilement sanctionnée par la nullité du contrat et, lorsque les manœuvres d'une partie ont causé un dommage à l'autre partie, l'allocation des dommages-intérêts. La sanction la plus importante retenue par le code civil est évidemment la nullité, sanction qui raye le contrat de la carte rétroactivement<sup>1275</sup>. La jurisprudence classique n'utilise pas de cette sanction avec parcimonie<sup>1276</sup>. La nullité, dont le caractère absolu ou relatif n'a aucune influence sur son étendue, peut pourtant se retourner contre les intérêts de la partie juridiquement protégée. C'est pourquoi, dans nombre de cas, le droit des contrats spéciaux adopte des règles comminatoires dont l'efficacité réside beaucoup plus dans leur effet persuasif. Par exemple, le bailleur d'un local à usage commercial tenu de renouveler le contrat à son échéance, se trouvera obligé de le faire et à des conditions justes parce que le non renouvellement est sanctionné par l'octroi d'une indemnité d'éviction et la fixation du nouveau loyer peut faire l'objet d'un réajustement judiciaire. C'est également pour assurer l'efficacité des règles d'ordre public que dans la plupart des cas,

---

<sup>1275</sup> BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, n° 201.

<sup>1276</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., D. 2005, n° 370 et ss. ; KALIEU (Y. R.), « La distinction de la formation et de l'exécution du contrat », in *Afrilex* n° 5, disponible sur [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), mise à jour, juin 2006. Pour des exemples jurisprudentielles, nullité pour absence de prix : Cass. com., 11 oct. 1978, D. 1978, Jur. 135, note R. Houin, R.J.C., 1979, p. 378, note. Ph. Le Tourneau ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 1993, *Contrats, conc. consomm.*, 1993, com. 128, note Leveneur. Nullité pour absence de cause : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 1998, Bull. civ., I, n° 49, J.C.P., éd. G., 1998, II, 10142, note B. Fages. Nullité pour défaut d'objet, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 1983, Bull. civ., III, n° 103 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 1990, D. 1991, somm. 319, obs. J.-L. Aubert, Defrénois, 1990, 1018, obs. J.-L. Aubert.

le législateur prévoit directement que la clause contraire sera réputée non écrite ou que l'annulation de ladite clause n'entraînera pas l'annulation des autres dispositions du contrat. La tendance générale est donc la recherche de la survie du contrat nonobstant la violation de l'ordre public.

542. L'avant projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats modernise de manière considérable les sanctions de l'inobservation des conditions de formation du contrat. Alors que la régularisation des contrats contraires à l'ordre public n'était admise que dans des hypothèses bien déterminées, l'avant projet offre la possibilité à tout contractant de régulariser le contrat. A la nullité judiciaire de principe imposée à l'article 1184 du code civil, la nouvelle législation, à l'instar de nombreuses autres législations qui l'ont précédé, propose une nullité extrajudiciaire de principe. En outre, l'avant-projet se prononce nettement en faveur des nullités partielles, l'objectif étant d'assurer la pérennité du lien contractuel autant que faire se peut. La théorie des nullités est ainsi réaménagée (Section 2). Mais l'avant projet ignore une sanction de plus en plus pratiquée par la jurisprudence française et qui consiste à octroyer dans certains cas une indemnité compensatrice à la partie lésée lors de la formation du lien contractuel. Celle-ci, combinée à la régularisation, permet d'assurer le maintien de la relation contractuelle lorsque le vice qui infecte le contrat est d'une moindre gravité. Il est alors question de réparer le vice sans pour autant annuler le contrat (section 1).

## SECTION I

### LES SANCTIONS REPARATRICES

543. Le code civil est empreint d'une rigueur qui justifie la plupart des principes qui irriguent le droit des contrats classiques. Si le contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont formé, cela veut dire *a contrario* que le contrat mal formé ne produit aucun effet. C'est ce qu'exprime l'adage « *Quod*



*nullum est, nullum producit effectum* »<sup>1277</sup>. La sanction est donc la nullité à moins que les parties ne réparent le vice car le juge n'a aucun moyen de suppléer à la volonté des parties. Si cette règle tient toujours lieu de principe dans les contrats spéciaux, on remarque néanmoins que dans certains cas, la violation de la règle d'ordre public lors de la formation du contrat n'entraîne plus automatiquement l'annulation du contrat par le juge. La doctrine soutient en ce qui concerne l'obligation précontractuelle d'information que sa violation ne devait être sanctionnée par la nullité du contrat que si elle a eu pour effet de vicier le consentement de l'autre partie. Dans le cas contraire, le juge devait seulement octroyer des dommages et intérêts à son débiteur et maintenir le contrat<sup>1278</sup>. Dans d'autres cas, c'est le législateur lui-même qui prévoit qu'en cas de violation de la règle d'ordre public, une indemnité sera accordée à la partie protégée, que celle-ci pourra demander une augmentation du prix du contrat ou encore que la clause contraire sera remplacée. L'avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat n'intègre pas expressément toutes ces sanctions. Toutefois, elles ne sont pas à exclure à l'aune d'une conception solidariste du contrat. L'octroi d'une indemnité compensatrice peut s'avérer nécessaire pour sanctionner certaines violations de l'obligation de transparence (paragraphe 1) tout comme dans certaines circonstances le déséquilibre né lors de la formation du contrat peut faire l'objet d'une simple régularisation du contrat (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : L'indemnité compensatrice**

544. L'allocation des dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi par l'une des parties du fait de l'annulation du contrat doit être distinguée de l'indemnité compensatrice qui peut sanctionner la violation d'une règle d'ordre public. Les premiers fondés sur les articles 1382 et suivants du code civil, peuvent accompagner une éventuelle action pénale si les faits reprochés correspondent à l'une des qualifications des articles 320 et

---

<sup>1277</sup> Littéralement, « *Ce qui est nul ne peut produire aucun effet* ».

<sup>1278</sup> *Supra*, n° 305.

321 du code pénal<sup>1279</sup> ou accompagner une action en annulation<sup>1280</sup>. Cette sanction qui est aussi prévue par l'avant-projet d'Acte uniforme<sup>1281</sup> se distingue des compensations destinées à réparer une inobservation d'une condition de formation du contrat imputable à une partie au contrat notamment l'omission de l'obligation d'informer. L'indemnité compensatrice remplace l'annulation du contrat. Les recherches de sa justification (A) ne doivent pas pour autant occulter l'importante question de sa nature juridique (B).

## A – LES JUSTIFICATIONS DE L'INDEMNITE COMPENSATRICE

545. L'indemnité compensatrice dénommée « *peine privée* »<sup>1282</sup> par M. Lagarde, suppose que la violation de l'obligation précontractuelle d'information n'ait pas entraîné un vice du consentement. Autrement dit, si l'inobservation de l'obligation précontractuelle d'information n'a pas eu pour

---

<sup>1279</sup> Escroquerie, usage de faux ou abus de confiance.

<sup>1280</sup> En effet, l'erreur déterminante du consentement d'un contractant provoquée par un dol peut donner lieu non seulement à une action en nullité, mais aussi à une action en responsabilité civile délictuelle qui permettra à la victime d'obtenir réparation du préjudice découlant de la conclusion du contrat annulé (MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit et Patrimoine, n°58, 1998, p. 61). Le contractant victime du dol peut tout aussi bien choisir de maintenir le contrat annulable et agir exclusivement en responsabilité surtout lorsque le bref délai de cinq ans est expiré (Cass. com., 18 oct. 1994, D. 1995, P. 180, note Ch. Atias, Defrénois, 1995, p. 332, obs. D. Mazeaud, J.C.P., 1995, I, 3853, n° 4, obs. G. Viney). Cette mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dol permet indirectement le rééquilibrage économique du contrat car la victime plaidera avoir contracté une obligation trop lourde par la faute de son cocontractant.

<sup>1281</sup> Art. 3/20 de l'avant-projet (3.18 des Principes d'UNIDROIT) : « *Que le contrat ait été annulé ou non, la partie qui connaissait ou aurait dû connaître la cause d'annulation est tenue à des dommages-intérêts de manière à replacer l'autre partie dans l'état où elle se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu* ».

<sup>1282</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », op. cit., n° 19. L'expression « *peine privée* » n'est pas en fait nouvelle. Une partie de la doctrine propose qu'elle soit admise en droit civil de la responsabilité à peu près comme le pendant de la sanction pénale qu'est l'amende. Ainsi, elle permettrait d'attribuer des réparations plus importantes qu'une simple indemnisation, plus exactement comme l'amende pénale à la seule différence qu'elle sera accordée à un particulier (HUGUENEY (Y.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse, Dijon, 1904 ; CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., 1995, préface de G. Viney, cités par VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 4). La Cour de cassation n'a pas souscrit à ce raisonnement. Elle rappelle fréquemment que la responsabilité civile n'a pas de nature pénale (Cass. crim., 8 févr. 1977, Bull. crim., n° 52, p. 120) et que la gravité de la faute ne peut justifier une condamnation supérieure à la valeur du dommage effectivement subi (Cass. civ., 24 mai 1913, D.P., 1916, I, 171 ; 21 oct. 1946, J.C.P., 1946, II, 3348, note P.L.P ; 8 mai 1964, Gaz. Pal., 1964, II, 233, Bull. civ., II, p. 269).

effet de provoquer l'erreur ou un dol par réticence, l'indemnité compensatrice pourra réparer le mal sans qu'il soit besoin d'annuler le contrat.

546. Son admission suppose que l'obligation précontractuelle d'information soit analysée indépendamment de la théorie des vices du consentement. En effet, tant qu'elle y est rattachée, sa sanction ne peut être que fictive car occultée par le vice qu'elle a fait naître. Il faut alors convenir que l'exigence d'une formalité n'ajoute rien aux dispositions du code civil, ce qui revient à faire peu de cas de l'exigence de transparence<sup>1283</sup>. Pourtant, la violation de l'obligation précontractuelle d'information peut avoir des effets sur l'équilibre du contrat sans que la qualification d'erreur ou de dol puisse être possible. L'indemnité compensatrice quelle que soit la forme qu'elle prend vient donc réparer une faute précontractuelle. Le droit français offre de nombreux exemples. En matière de crédit à la consommation<sup>1284</sup>, la sanction encourue lorsque l'offre ne contient pas les mentions obligatoires est la déchéance obligatoire du droit aux intérêts<sup>1285</sup>. La même sanction est encourue en matière de crédit immobilier à la seule différence que la déchéance du droit aux intérêts est facultative ici<sup>1286</sup>.

---

<sup>1283</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », op. cit., n° 19.

<sup>1284</sup> Art. 311-33 du code de la consommation.

<sup>1285</sup> Après avoir cumulé cette sanction avec la nullité du contrat de prêt (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juill. 1995, D. 1995, Somm., p. 314), la jurisprudence s'en tient désormais uniquement à la sanction légale (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 1995, J.C.P., éd. G., 1996, IV, 141, Contrats, conc., consom., 1996, n° 34 ; 18 mars 1997, Défrenois, 1997, p. 1131, note S. Piedelièvre ; 23 mars et 19 mai 1999, Bull. civ., I, n° 108, D. 1999, somm. 50, obs. Pizzio, D. Aff., 1999, n° 167, obs. C.R., Contrats, conc., consom., 1999, n° 167, obs. Raymond).

<sup>1286</sup> Art. L. 312-33 du code de la consommation. Voir, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 1999, Bull. civ., I, n° 321, Contrats, conc., consom., 1999, n° 51, obs. Raymond, P.A., 24 août 2000, note COURTIER, J.C.P., éd. G., 1999, IV, 1036 ; 2 juill. 2002, Bull. civ., I, n° 181, J.C.P., éd. G., 2002, IV, 2474. Adde, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, A. n° 1265 du 12 juillet 2005, qui décide que « *Mais attendu qu'après avoir analysé les facultés contributives des époux X..., en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde* » et « *qu'en réparation du préjudice né de la faute commise par la banque à l'égard des époux X..., il convenait de décharger ceux-ci des intérêts produits par la somme prêtée* » (disponible sur, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), mise à jour, oct. 2006).

547. En droit uniforme africain, on a noté ci-dessus que la prolifération des obligations précontractuelles d'information n'a pas pour effet d'augmenter indéfiniment les hypothèses d'annulation du contrat<sup>1287</sup>. En ce qui concerne le contrat de transport des marchandises par route, l'omission d'une information ou la livraison d'une information inexacte est sanctionnée par des dommages-intérêts ou par l'augmentation du prix du transport nonobstant l'existence d'une clause contraire.

548. Ces solutions peuvent-elles être transposées en droit commun des contrats ? La réponse doit être nuancée. D'une part, ces solutions sont très particulières aux contrats en question pour être étendues à tous les contrats. Elles sont adoptées aux contrats dans lesquels une obligation spéciale d'information a été retenue à l'encontre d'une partie contractante et la sanction est prévue par la loi elle-même. Or la question de l'office du juge appelé à statuer face à une obligation générale de transparence est toute autre.

D'autre part ces solutions peuvent bien inspirer le droit commun des contrats car elles permettent de respecter le principe pas de nullité sans texte et apparaissent adaptées au but poursuivi par le législateur. En exigeant plus de transparence dans les contrats, le législateur veut permettre au contractant qui ne dispose pas du même niveau de connaissance que son partenaire, de se faire une idée exacte du contrat, et défendre au mieux ses propres intérêts. Or à partir du moment où le premier n'a pu le faire à cause du manque de loyauté de la part du second, ne serait-il pas juste de compenser le déséquilibre qui en est suivi et maintenir le contrat si les conséquences ne sont pas très significatives ? Il a été noté lorsque la première chambre de la Cour de cassation sanctionnait la méconnaissance du formalisme informatif en matière de crédit immobilier par la nullité du contrat et la déchéance du droit aux intérêts que cela ne pouvait pas inciter l'emprunteur à dénoncer l'illicéité car il devait immédiatement rembourser le capital prêté<sup>1288</sup>. La

---

<sup>1287</sup> Supra, n° 299 et ss.

<sup>1288</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 262, p. 265.

jurisprudence relative à la détermination du prix d'avant 1994 en est une autre illustration. Ce système de nullité *ab initio* et son caractère absolu, « s'opposant à toute confirmation par la partie économiquement faible que cette nullité était destinée à protéger : cette sanction déclenchait un système de restitutions qui pénalisait bien souvent le distributeur exclusif. Le pompiste de marque, par exemple, dont le contrat était annulé, devait souvent acquitter au titre des arriérés de fournitures, des charges d'autant plus lourdes qu'il avait perdu définitivement son instrument de travail. L'annulation du contrat devenait ainsi un sinistre économique et social, qui faisait perdre à la partie économiquement la plus faible son instrument de travail et ses moyens d'existence »<sup>1289</sup>.

549. L'indemnité compensatrice permet non seulement de remédier efficacement au déséquilibre qui trouve son fondement dans la relation contractuelle, mais aussi de favoriser la sanction de l'inobservation de la règle d'ordre public. En effet, le professionnel qui mesure toujours ses actes avant de les adopter peut se plaire à contourner la loi s'il sait qu'il n'encourt aucun risque. Avec la formule du tout ou de rien qui résulte de la nullité, il peut volontairement méconnaître la règle d'ordre public sachant que si son cocontractant le dénonce, il aurait au pire le remboursement de ce qu'il a fourni, donc en fait aucune sanction à part les frais de procédure qui seront du reste supportés par l'assureur. Par contre, le cocontractant aura tout à perdre, le bénéfice d'un contrat qu'il est très souvent contraint de conclure. Il s'ensuit que les nullités dites de protection se révèlent souvent être un véritable désastre pour la partie protégée de telle sorte qu'une partie avisée se méfierait très souvent de l'invoquer.

550. En somme, dans certains cas la nullité n'est pas appropriée pour sanctionner l'inobservation des conditions de formation du contrat. C'est cette solution qui est retenue par la Cour de cassation à propos de l'obligation générale d'information. Dans une espèce, elle reproche aux juges d'avoir

---

<sup>1289</sup> BORE (J.), «Morte au champs d'honneur : La jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats cadres de longue durée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, D. 1997, p. 105.

annulé le contrat « sans rechercher si (le) défaut d'information avait vicié le consentement (du concessionnaire) »<sup>1290</sup>. C'est la solution retenue dans la plupart des contrats spéciaux<sup>1291</sup>. Elle s'adapte mieux au but poursuivi par le législateur et le sera davantage en droit uniforme africain lorsque l'obligation d'informer sera retenue sur la base du devoir de contracter de bonne foi. Le rôle du juge sera alors primordial dans la détermination de la sanction appropriée car comme l'écrivait si bien Jacques Flour, « Par la forme, le législateur entend faire régner la bonne foi dans la généralité des contrats. Par la négation de cette forme, le juge veut la faire régner dans un cas particulier. Ils suivent des orientations différentes, plus qu'ils ne sont, à proprement parler, en contradiction »<sup>1292</sup>. Reste cependant la question de la nature juridique de cette indemnité compensatoire.

## B – LA NATURE JURIDIQUE DE L'INDEMNITE COMPENSATRICE

**451.** L'indemnité compensatrice est-elle une indemnité à octroyer sur la base des articles 1382 et suivants du code civil ou simplement une sanction d'une obligation contractuelle ? Les prises de position partagées de la doctrine (1) ne permettent pas de bien saisir l'utilité de cette indemnisation, qui mérite en fait de ne dépendre d'aucun des deux régimes (2).

### 1 – Les controverses doctrinales

**552.** La grande partie de la doctrine pense que lorsque la violation de l'obligation de transparence pendant la formation du contrat n'a entraîné ni erreur, ni dol, elle ne peut donner lieu qu'à une responsabilité civile délictuelle. Elle nie l'existence d'une responsabilité contractuelle avant la formation du contrat. L'infraction étant arrivée avant que le contrat ne devienne obligatoire, elle ne peut bénéficier des règles de la responsabilité

---

<sup>1290</sup> Cass. com., 19 oct. 1999, D. 2001, Somm., 296, obs. D. Ferrier.

<sup>1291</sup> MAGNIER (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », J.C.P, éd. G., 2004, pp.177- 180.

<sup>1292</sup> FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Études Ripert, 1950, t. I, p. 95 et s.

contractuelle<sup>1293</sup>. Autrement dit, c'est une faute *in contrahendo*<sup>1294</sup>, que le contrat n'a fait qu'entériner, et l'on sait que la jurisprudence n'a jamais consacré la théorie d'Ihering sur la nature contractuelle d'une telle faute.

553. Un autre courant propose au contraire que cette sanction soit rattachée à la responsabilité contractuelle parce que l'inobservation des conditions de formation aura un incident direct sur l'équilibre du contrat<sup>1295</sup>. M. Huet souligne ainsi que « *c'est une vue abstraite des choses que d'opposer radicalement ce qui se passe après la conclusion car le passé préjuge de l'avenir, le défaut de renseignement se prolongeant dans un défaut d'exécution* »<sup>1296</sup>. Quelques exemples illustrés par M. Chazal permettent de bien comprendre cette position : dans la conclusion et l'exécution d'une prestation technique complexe, la transmission d'un certain nombre d'informations est indispensable pour que le créancier de cette obligation reçoive l'utilité attendue. Cette transmission est également nécessaire pour que la valeur de la prestation fournie soit équivalente au montant du prix payé. Inversement, un déséquilibre sera constaté en l'absence de transmission des informations nécessaires à l'utilisation correcte du bien vendu ou de la prestation de service fournie. Dans ce cas, le créancier de l'obligation non monétaire est lésé, « *car il verse à son cocontractant un prix qui n'a pas de contrepartie réelle. Il est donc préférable de faire entrer l'obligation d'information, quel que soit le moment où elle doit être exécutée, dans la champ contractuel, puisque ce qui importe c'est d'apprécier l'équilibre des prestations réciproques* »<sup>1297</sup>. Que dire de ces analyses ?

---

<sup>1293</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 260 ; GHESTIN (J.), La formation du contrat, L.G.D.J., 1993, n° 595 ; ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, p. 37 ; LEGAIS, note sous Cass. com., 17 juin 1997, J.C.P., éd. E, n° 1007.

<sup>1294</sup> CASEY (J.), « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », D. 1998, jur., p. 208, n° 7.

<sup>1295</sup> CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 110 et ss.

<sup>1296</sup> La responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, Thèse, Paris, 1978, n° 292.

<sup>1297</sup> « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », op. cit., p. 111.

554. Il est vrai que chacune de ces théories mérite une marge de considération. L'obligation légale d'informer émane de la volonté du législateur d'éviter que les activités contractuelles n'échappent à l'emprise de l'ordre public et le régime de la responsabilité contractuelle, conçue pour assurer les obligations nées du contrat, semble mal adapté à la sanction de ce statut impératif<sup>1298</sup>. En outre, en matière de dol, il est toujours admis que lorsque l'action en annulation du contrat est prescrite, la victime peut toujours demander la réparation du préjudice subi sur la base de la responsabilité délictuelle<sup>1299</sup>. Mais si les deux hypothèses se rapprochent<sup>1300</sup>, elles se distinguent tout autant car le dol suppose généralement une faute facile à caractériser en matière civile. Or, c'est ici que se situe toute la difficulté car ramenée à la responsabilité délictuelle, l'attitude du débiteur à la loyauté aura du mal à être caractérisée.

555. Le droit commun de la responsabilité délictuelle semble donc peu approprié pour atteindre l'objectif visé par ce statut impératif. En effet, la mise en œuvre de cette responsabilité suppose la réunion de plusieurs conditions dont le risque de ne pas les remplir est très probable. Qu'on songe par exemple à la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 alinéa 1 du code civil ou à la responsabilité du fait d'autrui de l'article 1384 alinéa 5 dont les conditions devront être réunies par le débiteur de l'information pour prétendre à l'indemnisation<sup>1301</sup>. Aussi n'est-il pas préférable de reconnaître à cette indemnisation un caractère autonome ?

## **2 - Le caractère autonome de l'indemnité compensatrice**

556. Il est évident que l'une ou l'autre théorie procède de la traditionnelle obsession à vouloir rattacher toute responsabilité à l'une ou

---

<sup>1298</sup> VINEY (G.), note J.C.P., 1979, II, 19139. V aussi, DEPREZ (J.), « Différences entre les responsabilités contractuelle et délictuelle », J.-Cl. Civ., 5, 1966, Fasc. II.

<sup>1299</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 1975, J.C.P., 1975, II, n° 18100, note Larroumet, D. 1975, Jur., p. 405, note Gaury, Defrénois, 1975, art. 31030, p. 1532, obs. Aubert, R.T.D.Civ., 1975, p. 537, obs. Durry.

<sup>1300</sup> CASEY (J.) op. cit., n° 8.

<sup>1301</sup> VINEY (G.), Introduction à la responsabilité, op. cit., n° 244, p. 449.



l'autre branche de la responsabilité civile. La doctrine a toujours présenté la distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle comme la *summa divisio* du droit de la responsabilité ; à ce titre, elle est à même d'appréhender l'ensemble des situations qui peuvent donner lieu à responsabilité<sup>1302</sup>. Cet acharnement à vouloir toujours faire prévaloir l'une ou l'autre forme de responsabilités a pour inconvénient de masquer l'analyse réelle de certaines situations complexes qui ne peuvent pourtant les satisfaire indépendamment.

557. L'hypothèse présentement étudiée doit être distinguée des cas dont a eu à connaître la jurisprudence en matière d'avant-contrats, pour les pourparlers<sup>1303</sup>. Pour ces derniers, le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi a toujours pour conséquence d'empêcher la conclusion du contrat définitif. D'où le rejet de toute idée de responsabilité contractuelle car effectivement, il n'y a pas eu contrat<sup>1304</sup>. Tout au contraire, ici, ce manquement conduit seulement le créancier à la loyauté à contracter dans des circonstances défavorables, mais sans que son consentement en soit atteint pour autant. De même, la différence est nette avec la jurisprudence relative à la réticence dolosive puisque la faute n'exerce son influence que sur le contenu du contrat et non sur la volonté de le souscrire<sup>1305</sup>.

558. Que dire lorsque la loi punit autrement que par l'octroi d'une indemnité compensatrice, par exemple par la déchéance du droit aux intérêts du banquier qui a omis de respecter le formalisme informatif ou encore par l'augmentation du prix du transport lorsque l'expéditeur des marchandises n'a pas donné des informations exactes sur la nature des marchandises ? Dans les deux cas, on ne saurait dire avec certitude si la responsabilité encourue est de nature délictuelle ou contractuelle. Il est donc possible qu'en

---

<sup>1302</sup> VINEY (G.), Introduction à la responsabilité, op. cit., n° 242, qui critique justement cette vision orthodoxe du droit de la responsabilité.

<sup>1303</sup> CASEY (J.), op. cit., n° 6.

<sup>1304</sup> Telle est du moins la position en droit positif actuel (Cass. com., 11 janv. 1984, Bull. civ., IV, n° 16, R.T.D.Civ., 1985, p. 159, obs. Mestre). Dans certains pays comme en Allemagne, en Grèce ou au Portugal, la responsabilité encourue en cas de rupture fautive des pourparlers est contractuelle par nature (BONELL (M. J.), "Pre-contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the UNIDROIT Principles (case 334/00 Tacconi v. HWS)", in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 367).

<sup>1305</sup> BONNEL (M. J.), op. et loc. cit.

matière du droit à l'information dans la formation du contrat, émergent des sanctions quasi autonomes à l'instar de la responsabilité retenue à l'égard de certains professionnels. Dorénavant, dans certaines situations, le droit positif passe outre cette distinction et prévoit des régimes de responsabilités autonomes.

559. Très marquée en droit international<sup>1306</sup>, cette tendance législative se rencontre également en droit interne avec certains régimes d'indemnisation objective notamment en matière d'indemnisation des victimes des accidents de la circulation, dont l'étude ne s'accommode plus de nos jours avec l'un ou l'autre régime de responsabilité civile<sup>1307</sup>. En outre, en ce qui concerne le droit communautaire de la CEMAC, l'article 196 du code CEMAC de l'aviation civile<sup>1308</sup> dispose qu'« *en cas d'accident d'avion entraînant la mort ou la lésion des passagers, le transporteur versera sans retard des avances aux personnes physiques qui ont droit à un dédommagement pour permettre de subvenir à leurs besoins économiques immédiats. Ces avances ne constituent pas une reconnaissance de responsabilité et elles peuvent être déduites des montants versés ultérieurement par le transporteur à titre de dommages* »<sup>1309</sup>.

560. Ce n'est que parce qu'elle ne doit pas se plier aux exigences traditionnelles du droit de la responsabilité civile que cette indemnité compensatrice pourra répondre aux exigences du nouvel ordre public, en l'occurrence l'obligation de contracter de bonne foi. Cette thèse corrobore

---

<sup>1306</sup> V. par ex. la convention de Varsovie de 1929 qui régit les transports aériens internationaux à laquelle renvoie expressément l'article 118 du code gabonais de l'aviation civile tant pour le transport aérien international qu'interne. ; la convention de Bruxelles de 1961 qui régit les transports maritimes.

<sup>1307</sup> ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), CIMA, Droit des assurances, coll. Dr. Uniforme Africain, A.U.F., 2002, n° 1087 à 1090.

<sup>1308</sup> Règlement n° 10/00-CEMAC-O66 CM-04 du 21 juillet 2000.

<sup>1309</sup> Ces avances diffèrent du système d'indemnisation mise en place par le code CIMA pour les victimes des accidents causés par les véhicules terrestres à moteur car ici, l'offre d'indemnité que l'assureur est tenu de faire à la victime (article 231 du code CIMA) est une reconnaissance de sa responsabilité, en cas d'accord entre l'assureur et la victime, ledit accord est considéré comme une transaction qui éteint toute action en justice sur le même objet, VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, op. cit., n° 358 ; ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 1177).

plus ou moins avec la position de la Cour de cassation qui affirme désormais l'autonomie de l'obligation précontractuelle d'information. Elle réserve l'hypothèse où le texte imposant la formalité prévoit également une sanction civile. En pareille occurrence, la méconnaissance des prescriptions légales justifie à elle seule le prononcé de la sanction sans qu'il soit besoin de caractériser un vice du consentement de la partie protégée<sup>1310</sup>. Le souci de cohérence de l'analyse l'amène cependant à affirmer clairement le caractère dérogatoire d'une telle solution. Ainsi, en matière de crédit immobilier distribué aux consommateurs, elle a fait savoir que la déchéance du droit aux intérêts, qui sanctionne l'absence ou les vices de forme de l'offre préalable délivrée par l'établissement prêteur, ne constitue pas la sanction d'« *une condition de formation du contrat* » et ne saurait être assimilée à une nullité<sup>1311</sup>.

**561.** D'après M. Lagarde, « *les termes choisis révèlent à l'évidence une volonté d'affirmer que le formalisme protecteur est irréductible à l'une des quatre conditions de validité des conventions définies par l'article 1108 du Code civil, désignées par la Cour de cassation comme des conditions de formation des contrats* » ; la conclusion qu'il en tire est que les formes imposées n'ont pas seulement pour objet la protection du consentement de l'emprunteur, mais qu'elles tendent également à garantir une certaine transparence du marché<sup>1312</sup>. Justifiée par la règle selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte, cette solution de la Cour de cassation peut cependant ouvrir une brèche en matière de sanction de l'obligation générale d'information, à la seule différence que dans ce cas les juges n'auront pas un texte qui précise la sanction exacte.

C'est alors que les directives de M. Lagarde pourront être d'une utilité

---

<sup>1310</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1994, Bull. civ., I, n° 130, Contrats, conc., consom., 1994, n° 129 ; 9 déc. 1997, Bull. civ., I, n° 368.

<sup>1311</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juill. 1996, Bull. civ., I, n° 283 ; 30 mars 1997, Bull. civ., I, n° 97 ; 9 mars 1999, Bull. civ., I, n° 86 ; 23 mars 1999, Bull. civ., I, n° 108 ; 23 nov. 1999, Bull. civ., I, n° 321. V. COURTIER (J.-L.), « Sanction du non-respect de l'article L.318-8 du code de la consommation : Nullité ou déchéance des intérêts ? », P. A., n°169 du 24 août 2000, pp.13

<sup>1312</sup> LAGARDE (X.), « Office du juge et ordre public de protection », J.C.P., éd. G., 2001, I, Etudes, p. 314, n° 12.

pratique pour les juges. D'après lui, pour que la peine privée puisse répondre au but poursuivi par le législateur et être acceptée comme une sanction civile, elle doit être marquée par une double limite :

- celle de la subsidiarité, en ce que la peine ne doit être prononcée qu'à défaut d'un vice plus grave – par exemple, un vice du consentement caractérisé – justifiant une sanction plus lourde ;

- celle du plafonnement, en ce que la peine privée, censée sanctionner une irrégularité d'importance modérée, ne doit pas atteindre un montant tel que son coût serait identique à celui d'une annulation, alors surtout que, très certainement, les juges du fond disposeront d'un pouvoir souverain sinon discrétionnaire pour fixer la mesure de cette peine<sup>1313</sup>.

Cette sanction souple et facile à mettre en œuvre permet en tout cas d'assurer le respect des intérêts de la partie faible contrairement à la nullité, qui, on le rappelle, peut lui être nuisible. La même efficacité est à prévoir pour la régularisation du contrat contraire à l'ordre public.

## **Paragraphe 2 : La régularisation du contrat contraire à l'ordre public**

562. La régularisation du contrat est un mécanisme de consolidation d'un acte nul dès la formation. Elle est connue depuis le code civil (A). Mais l'avant projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats est passé outre les hypothèses traditionnellement admises pour généraliser cette technique de réparation du contrat entaché de nullité (B).

---

<sup>1313</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », op. cit., n° 19.

## A – LA REGULARISATION DU CONTRAT DANS LE CODE CIVIL

563. Il y a régularisation lorsque l'élément qui faisait défaut à la validité du contrat est fourni par la suite<sup>1314</sup> ou lorsque le vice qui infectait le contrat est supprimé. Elle permet de réparer le vice afin de rendre le contrat conforme à l'ordre public. La régularisation permet aux parties de valider leur convention de manière rétroactive. Il s'agit à l'instar de la prescription, de la réfection du contrat et de la confirmation, d'un mécanisme permettant de faire obstacle à la demande en nullité du contrat. Il convient donc de distinguer la régularisation de ces notions voisines (1), avant de rechercher les hypothèses dans lesquelles le code civil la consacre (2).

### 1 – La régularisation et les notions voisines

564. La régularisation doit être distinguée des autres mécanismes de consolidation du contrat entaché de nullité. Il s'agit notamment de la confirmation et de la réfection<sup>1315</sup>.

#### a) La régularisation et la confirmation de l'acte nul

565. La régularisation se distingue de la confirmation de l'acte nul autorisée par l'article 1338 du code civil. La confirmation est « *l'acte juridique par lequel une personne qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché* »<sup>1316</sup>. Contrairement à la régularisation, la confirmation doit émaner de la partie qui était en droit de demander la nullité de l'acte. Alors que la régularisation consiste à expurger l'acte de tout vice, la confirmation permet de maintenir l'acte avec ses

---

<sup>1314</sup> DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, L.G.D.J., 1973, cité par BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 212.

<sup>1315</sup> On parle de la réfection et non de la réfaction car celle-ci trouve son origine dans l'exécution du contrat. C'est un mécanisme d'adaptation des prestations réciproques qui peut être conventionnel ou judiciaire. Ce qui suppose que le contrat a été valablement formé (Voir ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in Mélanges CABRILLAC, D. Litec, 1999, n° 2).

<sup>1316</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 395.

vices<sup>1317</sup>. Celle-ci devient possible lorsque la cause de la nullité est connue de celui qui est en droit de l'invoquer. Elle peut être tacite ou expresse puisque l'alinéa 2 de l'article 1338 du code civil précise qu'il « *suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée* »<sup>1318</sup>. Condition qui est régulièrement réaffirmée par la Cour de cassation : « *il n'y a de ratification tacite qu'à la double condition d'avoir été accomplie dans la connaissance du vice à faire disparaître et dans l'intention de le réparer ; des actes équivoques c'est-à-dire qui pourraient s'expliquer autrement que par cette double condition ne sauraient avoir un effet confirmatif* »<sup>1319</sup>. Parce que la confirmation n'efface pas le vice qui entachait le contrat, le vice n'est couvert par l'acte de confirmation que si la personne qui a renoncé était la seule à pouvoir le faire. Dans le cas contraire, les autres personnes peuvent toujours agir en nullité de l'acte<sup>1320</sup>. Il s'ensuit que la confirmation ne peut être possible que pour les nullités de protection<sup>1321</sup> du moins si un texte d'ordre public ne l'interdit expressément<sup>1322</sup> alors que la régularisation est possible même en présence d'une nullité absolue<sup>1323</sup>.

---

<sup>1317</sup> V. cependant GAUDEMET (E.), op. cit., p. 172 et 173.

<sup>1318</sup> V. également l'article 3.12 des Principes d'UNIDROIT (art. 3/14 3 de l'avant-projet d'Acte uniforme) « *Le contrat ne peut être annulé lorsque la partie en droit de le faire confirme expressément ou implicitement ce contrat dès que le délai pour la notification de l'annulation a commencé à courir* ».

<sup>1319</sup> Cass. civ., 26 mars 1948, J.C.P., 1948, II, 4319.

<sup>1320</sup> En outre, la confirmation ne doit pas nuire aux tiers ou aux ayants-droit à titre particulier (Cass. civ., 16 janv., 1837 et 4 mars 1897, D.P., 1891, p. 313, S. 1894, I, p. 411).

<sup>1321</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 1982, Bull. civ., III, n° 1706 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1959, Bull. civ., I, n° 546, D. 1960, 294. L'article 3/13 3) de l'avant projet donne une base textuelle à cette interdiction jurisprudentielle jusqu'alors en disposant que « *Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation* ». Pourtant, le code civil prévoit des cas exceptionnels dans lesquels les nullités absolues sont susceptibles de confirmation : les héritiers qui ont exécuté volontairement une donation nulle en la forme ne peuvent plus se prévaloir de cette nullité (article 1340 du code civil).

<sup>1322</sup> Par ex. pour les baux commerciaux, le preneur ne peut renoncer de demander la nullité d'une clause qui l'interdit de revendiquer l'indemnité d'éviction en cas de non renouvellement. Toutefois cette renonciation peut se faire lorsque le droit devient acquis. Par exemple, le bénéficiaire d'un droit de préemption légale peut ne pas acquérir le bien lorsque la vente lui est notifiée, alors que toute renonciation à ce droit avant la notification est inopérante.

<sup>1323</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 212.

## **b) Régularisation et réfection du contrat**

566. La régularisation se distingue en outre de la réfection du contrat. La réfection du contrat est la conclusion d'un autre contrat pour remplacer celui qui est entaché de vice. Elle suppose donc que le vice ait disparu. Par exemple, la violence a cessé ou les contractants ne sont plus dans la situation qui créait une interdiction<sup>1324</sup>. Par contre, la régularisation intervient quand le vice est encore présent. C'est l'acte de régularisation qui permet de l'expurger du contrat. En pratique, les parties constatent la nullité de leur accord et décident de refaire un autre contrat dont le contenu peut être identique au contrat précédent. La réfection du contrat suppose donc, contrairement à la régularisation qui valide l'acte *ex ante*, un nouveau concours de volontés, une offre et une acceptation<sup>1325</sup>. La réfection fait naître un nouveau contrat qui prend effet au jour de sa conclusion alors que la régularisation, à l'instar de la confirmation, valide l'acte rétroactivement. La Cour de cassation décide ainsi que « *si l'acte nul, de nullité absolue, ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de la nullité a cessé* »<sup>1326</sup>.

La régularisation se distingue donc aisément de ces deux procédés. Le code civil sans pour autant en faire un principe d'ordre général, a prévu quelques hypothèses dans lesquelles elle peut se réaliser.

## **2 – Les cas de régularisation prévus par le code civil**

567. Quelques hypothèses de régularisation du contrat peuvent être décelées dans le code civil. D'abord, en cas de lésion dans la vente d'immeuble, l'article 1681 du code civil autorise l'acheteur à régulariser la vente en payant le complément du juste prix. Il en est de même en cas de partage. A ces hypothèses, on peut ajouter celle de la vente de la chose

---

<sup>1324</sup> C'est le cas lorsque le mineur est devenu majeur.

<sup>1325</sup> GAUDEMET (E.), op. cit., p. 171.

<sup>1326</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 1983, Bull. civ., I, n° 281; Cass. com., 3 nov. 1983, Bull. civ., IV, n° 333.

d'autrui. L'article 1599 du code civil sanctionne cet acte de nullité ; mais sa régularisation est automatique si le vendeur acquiert avant le prononcé de la nullité, la propriété de la chose vendue.

Ensuite, dans le contrat de mandat, si l'acte passé par le représentant est nul parce qu'il a dépassé ses pouvoirs, l'article 1998 alinéa 2 du code civil laisse la possibilité au mandant de régulariser cette situation en approuvant le contrat passé hors limite, l'acte ainsi passé qui peut être explicite ou implicite est la « *ratification* ». Il produit des effets rétroactifs car le contrat est censé, dès l'origine, avoir été conclu valablement pour le représenté et c'est donc lui qui se trouve seul obligé, à moins qu'il ne s'agisse d'une représentation imparfaite, le mandant ayant affirmé agir pour son propre compte demeurera tenu aux côtés du mandant<sup>1327</sup>.

Enfin, il est également admis que la régularisation peut consister en une suppression de la clause contractuelle contraire à l'ordre public qui était susceptible d'entraîner la nullité de tout l'acte. Cette hypothèse est surtout prônée en droit des sociétés où, afin d'éviter la nullité de la convention qui donne naissance à la personne morale, le droit des sociétés en l'occurrence celui du droit OHADA, fait largement appel à la notion de régularisation au point qu'elle devienne en la matière le principe, et l'annulation l'exception.

**568.** Cette régularisation issue du code civil limitée à des hypothèses bien déterminées reste rare et difficile à mettre en œuvre. Les Principes d'UNIDROIT se démarquent nettement de cette régularisation en ouvrant une brèche qui, si elle est exploitée à bon escient par la jurisprudence, pourrait révolutionner le droit des sanctions de l'inobservation des conditions de formation du contrat.

---

<sup>1327</sup> BANABENT (A.), op. cit., n° 48.



## B – LA REGULARISATION ISSUE DES PRINCIPES D'UNIDROIT

569. Aux termes de l'article 3/15 de l'avant projet (3.13 des Principes d'UNIDROIT), « 1) *En dépit de l'erreur autorisant une partie à annuler le contrat, celui-ci n'en est pas moins conclu tel que cette partie l'avait envisagé, si l'autre partie manifeste l'intention de s'y conformer ou qu'elle exécute ses obligations ainsi que la victime de l'erreur l'entendait. La partie qui entend agir de la sorte doit le faire promptement après avoir été informée de l'erreur commise par l'autre partie et avant que cette dernière n'ait donné suite à la notification d'annulation.*

2) *La victime de l'erreur perd alors le droit de demander l'annulation du contrat et toute notification antérieure d'annulation est sans effet ».*

L'originalité de la régularisation régie par l'avant projet d'Acte uniforme dont l'effet est d'éteindre l'action en annulation du contrat réside dans les conditions de son admission (1) et son domaine d'application qui pourra être très large (2).

### 1 – Conditions

570. La régularisation prônée par l'article 3/15 de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats consiste à remettre la partie qui s'est trompée à l'état dans lequel elle avait cru contracter. Elle suppose que l'autre partie, mise au courant de l'erreur de son cocontractant, s'engage à exécuter le contrat conformément à la vision erronée que ce dernier s'en faisait. Au demeurant, il faudrait que l'erreur qui est invoquée soit susceptible d'affecter la validité du contrat. En règle générale, l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux, ou faux ce qui est vrai. Elle suppose donc « *une inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des contractants d'une qualité "substantielle" de la chose du contrat, d'une part, et la réalité d'autre part* »<sup>1328</sup>. Elle ne constitue une cause de nullité du contrat que lorsqu'elle

---

<sup>1328</sup> GHESTIN (J.), « L'authenticité, l'erreur et le doute », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 467.

s'analyse en un désaccord entre l'objet réel et sa définition contractuelle. Comme le précise M. Ghestin, « *il n'est pas possible de subordonner la validité d'un contrat, intéressant par définition deux parties, à l'exactitude des représentations intellectuelles qui seraient restées strictement personnelles à l'une d'elles* »<sup>1329</sup>.

571. L'avant projet d'Acte uniforme a une conception de l'erreur fondamentalement différente de celle du code civil. Alors que l'article 1110 du code civil n'admet la nullité du contrat pour cause d'erreur que si elle porte sur la substance de la chose qui en est l'objet<sup>1330</sup>, ou encore sur la personne si le contrat a été conclu *intuitus personae*, les Principes d'UNIDROIT<sup>1331</sup> tout comme les Principes de droit européen du contrat (article 4 :103), ne font aucune distinction entre les différents types d'erreurs. L'erreur peut porter aussi bien sur la substance, la valeur que la personne du cocontractant. Plus précisément, pour que l'erreur soit une cause de la nullité du contrat, il faut d'une part qu'elle ait été causée par une information donnée par l'autre partie, ou qu'elle ait connu l'erreur ou aurait dû la connaître, ou encore qu'elle ait commis la même erreur. D'autre part, il faudrait que l'erreur ait un caractère déterminant. Elle n'est prise en compte que si « *lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes* » (art. 3/5 paragraphe 1<sup>er</sup> de l'avant-projet d'Acte uniforme). Le caractère déterminant de

---

<sup>1329</sup> GHESTIN (J.), « L'authenticité, l'erreur et le doute », op. cit., p. 458.

<sup>1330</sup> Parce qu'elle ne doit en aucun cas dépendre de la volonté non exprimée de l'une des parties, elle doit porter sur une qualité convenue expressément ou tacitement dans le contrat.

<sup>1331</sup> Article 3. 5 (Nullité pour erreur) « 1) *La nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée par une partie que si, lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable, et que l'autre partie :*

*a) a commis la même erreur ou a été à l'origine de celle-ci ou encore a connu ou aurait dû connaître son existence et qu'il était contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale de laisser la victime dans l'erreur ; ou*  
*b) n'a pas agi raisonnablement, au moment de l'annulation, en se prévalant des dispositions du contrat.*

*2) En outre, la nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée lorsque :*

*a) l'erreur découle de la faute lourde de la partie qui l'a commise ; ou*  
*b) l'erreur porte sur une matière dans laquelle le risque d'erreur avait été assumé ou, eu égard aux circonstances, devait être assumé par la partie qui est dans l'erreur ».*

l'erreur se rapproche sans peut-être se confondre avec le caractère substantiel de l'article 1110 du code civil, car dans les deux cas, il faut rechercher si la victime de l'erreur aurait ou non contracté dans les mêmes termes<sup>1332</sup>.

Toutefois, la recherche du caractère déterminant ou non de l'erreur peut s'avérer inutile si l'autre partie offre de se conformer à la vision erronée que s'est faite la victime de l'erreur, dès la notification de l'annulation du contrat.

## 2 – Domaine

572. On peut se poser la question de savoir si la régularisation doit rester cantonnée uniquement à l'erreur ou peut être étendue aux autres vices du consentement. L'article 3/15 de l'avant projet ne la prévoit qu'en cas d'erreur pourtant, il semble qu'elle peut s'étendre au moins au dol. En effet, le dol n'est sanctionné que parce que les manœuvres déloyales d'une partie ont provoqué l'erreur de l'autre, l'amenant à conclure un contrat sans une véritable intention de le faire<sup>1333</sup>. Le caractère déterminant du dol tient en effet au fait que la victime ne pouvait conclure le contrat, ou l'aurait fait à des conditions différentes si l'autre partie n'avait pas utilisé des méthodes malveillantes pour le tromper<sup>1334</sup>. D'après M. Bénabent, cette régularisation pourrait se généraliser puisque : « à chaque fois que le vice invoqué par une partie peut être privé de conséquences préjudiciables à l'autre, il n'est plus

---

<sup>1332</sup> Pour la comparaison entre les deux régimes d'erreur, voir notamment PORACCHIA (D.), « Erreur fondamentale de fait ou de droit », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 54.

<sup>1333</sup> TOURNAFOND (O.), « L'erreur du contractant sur sa propre prestation », in Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, p. 379.

<sup>1334</sup> Par exemple, le vendeur d'un immeuble dissimule un arrêté préfectoral d'interdiction d'habiter (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 nov. 2000, J.C.P., éd. G., 2001, IV, 1161, Contrats, conc. consomm., 2001, n° 41, note L. Leveneur) ou lorsqu'un individu vend une camionnette après avoir soudé « *grosso modo* » les roues avant à l'extrémité de leur axe en raison de l'usure complète du filetage (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1991, D. 1992, somm., p. 196, obs. O. Tournafond). Cette hypothèse se rapproche des vices cachés, mais s'en distingue puisque le vice a été délibérément caché (v. TOURNAFOND (O.), « L'erreur du contractant sur sa propre prestation », op. cit., p. 379, note n° 7), parfois avec une désinformation de la victime.

*guère légitime de maintenir l'action en nullité, souvent alors exploitée à d'autres fins que sa raison d'être »<sup>1335</sup>.*

573. Cette généralisation de la régularisation pourrait être salvatrice pour la partie qui ne dispose pas du droit d'invoquer la nullité du contrat. Etant donné que les vices du consentement sont sanctionnés par la nullité relative que seule la partie dont le consentement a été vicié est en droit d'invoquer, il en résulte souvent une insécurité juridique tenant au sort du contrat car la partie non protégée ne peut non plus assigner l'autre à exercer son droit. La seconde doit pouvoir jouir du délai légal dans lequel il est appelé à agir et la première ne saurait y mettre un terme à l'avance<sup>1336</sup>. Or, l'offre de régularisation, puisqu'elle doit émaner de la partie à laquelle l'action en nullité peut être opposée, lui permet de mettre un terme à cette insécurité et d'éteindre définitivement l'action en annulation dont pouvait se prévaloir la victime après un temps plus ou moins long.

574. Il convient de signaler qu'en matière de lésion, l'avant-projet a prévu directement l'intervention judiciaire pour corriger le déséquilibre significatif issu du contrat (article 3/10 3). Il pourra être saisi directement par la partie lésée ou par l'autre partie lorsque l'annulation du contrat lui a été notifiée et qu'il entend régulariser le contrat<sup>1337</sup>. Ce recours au juge est justifié par le fait que la lésion admise par les Principes d'UNIDROIT est liée à la notion de clause abusive ou plus précisément d'état de dépendance économique, psychologique ou morale qui doit être au préalable contrôlée par le juge. Par contre, lorsque la lésion n'est pas la conséquence d'une situation de domination, elle doit tomber sur la qualification de l'erreur sur la valeur qui n'est plus indifférente dans l'avant projet.

575. Il ressort de tout ce qui précède que l'inobservation des conditions de formation du contrat ne peut plus être sanctionnée automatiquement par

---

<sup>1335</sup> V. BENABENT (A.), op. cit., n° 212, qui se prononce pour cette extension.

<sup>1336</sup> CARLI (P.), « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », R.T.D.Com., 1993, n° 3.

<sup>1337</sup> Supra, n° 467.

la nullité, celle-ci ne répondant pas toujours aux buts poursuivis par la règle d'ordre public. Le futur droit uniforme pourra consolider largement cette mouvance observée déjà dans quelques droits des contrats spéciaux. Sans toutefois parvenir à adapter chaque sanction au but poursuivi par la règle d'ordre public comme le font certains textes communautaires relatifs au droit des contrats spéciaux, le futur droit opte pour une souplesse dans l'application des sanctions traditionnelles. C'est ainsi que la régularisation des actes nuls pourrait quitter d'une exception dans le code civil, à un principe général du droit des contrats. Le même souci de souplesse a conduit à l'aménagement de la théorie des nullités.

## SECTION 2

### L'AMENAGEMENT DE LA THEORIE DES NULLITES

576. La nullité est l'anéantissement rétroactif du contrat irrégulièrement formé. Parce que les parties n'ont pas observé les règles d'ordre public qui s'imposaient à elles au moment de la formation du contrat, celui-ci ne pourra produire aucun effet et si les parties l'avaient déjà exécuté, chacun devra restituer tout ce qu'il a reçu en vertu du contrat. Selon M. Philippe Malaurie, « *l'acte juridique contraire à l'ordre public, ne doit produire aucun effet, c'est le principe de la nullité absolue et rétroactive qui efface le passé et stérilise l'avenir* »<sup>1338</sup>. On dit alors que l'annulation produit les effets d'un « *contrat à l'envers* »<sup>1339</sup>. Il faut cependant remarquer qu'en pratique tout ne se passe pas toujours aussi facilement<sup>1340</sup> à cause des obstacles tels que la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » en vertu de laquelle nul ne peut être entendu en justice s'il invoque sa propre turpitude<sup>1341</sup>, le principe de la

---

<sup>1338</sup> In L'ordre public dans les contrats, cité par HUGUET (A.), L'ordre public et les contrats d'exploitation de droit d'auteur : Etudes sur la loi du 11 mars 1957, L.G.D.J, Paris, 1962, n° 19.

<sup>1339</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les Obligations, t.2, Contrats et quasi-contrats, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 1998, n° 586; CARBONNIER (J.), Les obligations, PUF, 1992, n° 106 s., p. 205 s.

<sup>1340</sup> BOUJEKA (A.), « Conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », R.T.D.Com., 2002, p. 223.

<sup>1341</sup> Cette règle n'interdit pas de soulever la nullité du contrat pour sa propre immoralité mais plutôt de demander la restitution de ce qu'on a fourni en vertu de ce contrat immoral. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 428.

limitation des restitutions des actes nuls pour incapacité qui n'autorise les incapables à restituer ce qu'ils ont reçu en exécution du contrat nul que dans la mesure où cela leur a profité<sup>1342</sup>, ou encore la protection accordée au possesseur immobilier de bonne foi par l'article 549 du code civil qui lui permet de garder les fruits de la chose s'il ignorait le vice qui entachait son titre de propriété<sup>1343</sup>.

577. Il n'en demeure pas moins que la théorie classique est marquée d'un certain rigorisme traduit par la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>1344</sup>. La distinction entre nullité absolue et nullité relative qui est encore présentée de nos jours comme la *summa divisio* de la théorie des nullités<sup>1345</sup> ne laisse pas apparaître la véritable physionomie de cette théorie<sup>1346</sup>. Cette distinction ne permet d'ailleurs qu'imparfaitement de déterminer les personnes pouvant invoquer la nullité de l'acte<sup>1347</sup>, et reste

---

<sup>1342</sup> Article 1312 du code civil.

<sup>1343</sup> Cette solution a cependant été critiquée. L'hypothèse prévue par l'article 549 du code civil vise un tiers poursuivi en revendication, par exemple d'un acquéreur *a non domino* contre lequel le propriétaire intente une action réelle. Or l'hypothèse présentement étudiée est différente. Il est question d'une action personnelle et non d'une action réelle et parce que l'article 549 est un texte spécial dérogeant au principe général, il devait être d'interprétation stricte ; et les fruits et les produits restitués à l'aliénateur qui n'a jamais cessé d'être propriétaire (BUFNOIR, Propriété et contrats, p. 698). On peut cependant considérer que le contrat ayant été annulé, les parties sont censées n'avoir jamais contracté. La restitution n'est qu'un effet de l'action en nullité, puisque celle-ci anéantit le titre de propriété. Elle a par conséquent les effets d'une action réelle (GAUDEMET (E.), Théorie générale des obligations, Présentation de D. Mazeaud, D. 2004, p. 163) puisque le contrat se confond avec l'acte translatif de propriété contrairement à certaines législations, comme en Allemagne, dans lesquelles le contrat en tant qu'acte juridique créant des obligations est toujours distinct de l'acte translatif de propriété (CHATILLON (S.), Droit des affaires internationales, coll. Gestion internationale, 2<sup>e</sup> éd., Vuibert, Paris, 2000, p. 218 ; GAUDEMET (E.), op. cit., p. 192 et 193).

<sup>1344</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), Adages du Droit français, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, p. 758.

<sup>1345</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 393 et ss., BENABENT (A.), op. cit., n° 206 et ss.

<sup>1346</sup> La critique de la théorie classique des nullités n'est d'ailleurs pas récente. Japiot a proposé dès 1909 une nouvelle classification (in Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse, Dijon) et des voies se lèvent aujourd'hui pour renouveler cette proposition (GAUDEMET (E.), op. cit., p. 147 et ss.). Mais ces critiques sont pour l'instant loin d'emporter adhésion d'une partie significative de la doctrine et l'avant-projet d'Acte uniforme a opté pour le maintien de la distinction classique entre nullité absolue et nullité relative.

<sup>1347</sup> En principe, les nullités absolues sont destinées à sanctionner l'atteinte à une règle d'ordre public de direction, c'est-à-dire une règle qui protège l'intérêt général (article 3/13 de l'avant-projet d'Acte uniforme) alors que les nullités relatives sont destinées à sanctionner la violation d'une règle de l'ordre public de protection (article 3/14 de l'avant-projet d'Acte uniforme). Parce que dans la première catégorie l'intérêt protégé est général, la nullité peut être soulevée par toutes les parties au contrat et même par toute personne intéressée. Dans la seconde catégorie au contraire, l'intérêt protégé étant celui d'une partie au contrat, celle qui est présumée faible, l'annulation du contrat ne peut être demandée exclusivement que par

inopérante lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la nullité ou encore de préciser l'office du juge dans cette sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat. L'avant projet maintient cette classification en intégrant les solutions jurisprudentielles généralement exposées à savoir le droit pour le juge de soulever d'office une nullité absolue (article 3/13 2)<sup>1348</sup> et en le privant de ce pouvoir lorsqu'il s'agit d'une nullité relative (article 3/14 2)<sup>1349</sup>.

578. En dépit de cette similitude entre l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats et la théorie classique des nullités sur la distinction entre nullité absolue et nullité relative, l'approche que le futur droit uniforme a de la théorie des nullités est fondamentalement différente de celle adoptée par la doctrine classique. La jurisprudence considère généralement que seul le juge conserve le pouvoir d'annuler un contrat. L'étendue de la nullité reste très souvent à la discrétion du juge qui, à moins qu'il ne s'agisse d'un vice du consentement, doit rechercher si la clause nulle était ou non déterminante dans le contrat avant de se prononcer si la nullité sera partielle ou intégrale. C'est dire que dans le régime du code civil, la nullité est intégrale de principe.

---

cette dernière. Compréhensible et cohérente de prime abord, cette classification ne manque pas de causer des difficultés quand il faut classer les différentes règles d'ordre public. Par exemple, des nullités fondées sur l'incapacité peuvent être invoquées par tout intéressé selon la théorie de la jurisprudence sur le contrat de mariage des incapables (GAUDEMET (E.), op. cit., p. 146) ; inversement, des nullités fondées sur des incapacités ne peuvent pas être invoquées par l'incapable notamment en cas de l'interdit légal, et surtout dans les hypothèses énumérées aux articles 1596 et 1597 du code civil. L'article 1597 interdit en effet aux personnes qui exercent des fonctions judiciaires d'acquiescer les droits litigieux, c'est-à-dire des droits sur lesquels un procès est engagé lorsque ce procès se déroule dans le ressort duquel elles exercent leurs fonctions. Or en cas de cession contraire à l'article 1597, seuls le cédant ou le défendeur sont autorisés à agir en nullité car cette interdiction est destinée à les protéger ; par contre, le magistrat ou le greffier ne peuvent l'invoquer car la nullité est instituée dans un souci de défiance, de crainte d'abus d'influence à leur égard (GAUDEMET (E.), op. cit., p. 88).

<sup>1348</sup> Le juge ne peut pas se saisir d'office, mais à l'occasion d'un litige sur l'application du contrat, il peut soulever un moyen fondé sur la nullité absolue.

<sup>1349</sup> Il y a là une différence avec le droit français car le nouveau code de procédure civile permet au juge de soulever d'office une nullité à la condition de ne fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (art. 7, al.1<sup>er</sup>) et de veiller au respect du principe du contradictoire (art. 16, al. 2) que la nullité soit relative ou absolue (GHÉSTIN (J.), L'annulation d'office d'un contrat, Mélanges, Draï, 2000, p. 593). Les pouvoirs du juge semblent être limités ici non par le caractère absolu ou relatif de la nullité, mais par le principe de l'immutabilité du litige (principe du dispositif) qui limite les initiatives des juges, car s'il peut soulever d'office un moyen de pur droit, il ne peut statuer que sur « *ce qui lui est demandé* » (article 5 nouv. Code de procédure civile français) voir, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 391 .

L'avant-projet d'Acte uniforme part sur des principes contraires. L'annulation du contrat est exclue lorsque les circonstances donnent ou auraient pu donner ouverture à un moyen fondé sur l'inexécution<sup>1350</sup>. La nullité peut être mise en œuvre par les parties et tout comme les Principes d'UNIDROIT, il consacre le principe des nullités partielles. L'objectif étant de rechercher la survie du contrat en dépit de la contravention à l'ordre public. Pour y parvenir, l'avant-projet d'Acte uniforme allège la mise en œuvre des nullités (paragraphe 1) et adopte le principe de nullités partielles (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : L'allègement de la procédure de mise en œuvre de la nullité**

579. La nullité dans le futur droit uniforme africain se déroule en principe en dehors des instances judiciaires (A) le juge ne devant intervenir qu'en cas de désaccord entre les parties soit sur le principe de l'annulation soit sur ses effets qui sont les restitutions (B).

### **A – LA NULLITE EXTRAJUDICIAIRE DE PRINCIPE**

580. La nécessité d'une intervention du juge pour prononcer la nullité du contrat était justifiée par le principe selon lequel, « *on ne peut se faire justice à soi-même* »<sup>1351</sup>. Lorsqu'une partie constate que l'acte est nul, il lui revient d'ester en justice par voie principale avec une action en nullité ou par voie d'exception lorsque, assignée en justice pour exécution du contrat, elle soulève l'exception de nullité du contrat. En tout état de cause, seul le juge pourra en prononcer l'annulation et tant qu'il ne l'a pas encore fait, le contrat doit être exécuté car ses effets ne sont nullement suspendus. Il en résulte que la partie qui entend dénoncer la nullité d'un contrat est obligée néanmoins de l'exécuter en attendant la décision du juge. Ce système, conforme à la théorie de l'autonomie de la volonté et surtout à la sécurité juridique ne manque

---

<sup>1350</sup> Art. 3/7 de l'avant projet (3. 7 des Principes d'UNIDROIT)

<sup>1351</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 205 ; V. également, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 390.



cependant pas de poser des problèmes d'ordre pratique. En effet, le recours systématique au juge alors que la nullité du contrat ne fait l'objet d'aucun doute n'est pas favorable à la célérité qui doit gouverner le monde des affaires. Il favorise l'engorgement des tribunaux et la lenteur judiciaire s'en suit au détriment de la rapidité des affaires.

**581.** En disposant à l'article 3.14 (3/16 de l'avant projet) que « *L'annulation du contrat se fait par voie de notification à l'autre* », les Principes d'UNIDROIT ont entendu assouplir l'exercice de l'action en nullité. Cette notification doit être faite aux termes de l'article 3/17 de l'avant projet dans un délai raisonnable<sup>1352</sup>, à partir du moment où le vice a cessé, ou à partir du moment où la partie en droit de l'invoquer soit connaissait la cause de l'annulation, soit ne pouvait l'ignorer<sup>1353</sup>.

**582.** Bien que les termes de l'article 3/17 de l'avant-projet du droit des contrats envisagent uniquement l'hypothèse des nullités relatives, il convient néanmoins d'étendre la nullité extrajudiciaire aux nullités absolues. Il est en effet difficile de comprendre pourquoi la nullité relative qui est une nullité de protection pourrait être mise en œuvre en dehors de toute instance juridictionnelle et que la nullité absolue ne le serait pas alors qu'elle protège l'intérêt général. Les difficultés d'une mise en œuvre judiciaire pourraient décourager les parties à la dénoncer. Les termes de l'article 3/17 doivent s'expliquer par le fait que les hypothèses de nullités envisagées par l'Acte uniforme sont pour l'essentiel des cas de nullités de protection, encore que les principes ont laissé les questions relatives aux incapacités aux ordres juridiques nationaux. Il en va de même pour l'ordre public politique et l'ordre

---

<sup>1352</sup> Aux termes de l'article 12/2 de l'avant projet d'Acte uniforme, « 1) *le délai de prescription de droit commun est de trois ans du lendemain du jour où le créancier a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.*

2) *En toute hypothèse, le délai maximum de prescription est de dix ans à partir du lendemain du jour où le droit pouvait être exercé* ». Ces délais peuvent être modifiés par les parties dans les conditions de l'article 12/3.

<sup>1353</sup> En ce qui concerne les nullités absolues, le délai de prescription court à partir du jour de la conclusion du contrat. Puisqu'elles ne sont pas régies par l'avant projet, il est probable qu'elles ne soient pas soumises au délai raisonnable dont fait allusion l'article 3/17. Traditionnellement, ces nullités obéissent aux règles de droit commun de la prescription c'est-à-dire à la prescription trentenaire (article 2262 du code civil).

public économique de direction, sanctionnés par les nullités absolues pour illicéité du contrat<sup>1354</sup>, qui sont regroupés dans la catégorie des textes d'ordre public et bonnes mœurs<sup>1355</sup>. La nullité extrajudiciaire doit donc être étendue à tous ces cas de nullités.

**583.** La nullité extrajudiciaire permet d'éviter la lourdeur et la lenteur d'un recours obligatoire au juge. Et les parties, mieux informées, pourraient convenablement constater cette nullité et procéder aux restitutions réciproques sans qu'il soit besoin de solliciter l'intervention judiciaire. Cette solution s'inscrit en droite ligne de la philosophie générale de cette nouvelle législation. Le contrat est en effet reconnu comme un instrument économique, utile non seulement pour les parties, mais aussi pour la société toute entière. Si le contrat ne peut pas être maintenu, il serait souhaitable qu'on permette aux parties de vite se débarrasser d'un acte qui ne leur est plus utile afin de conclure des contrats de remplacement, au lieu de les soumettre à une procédure judiciaire qui pourrait durer des années.

**584.** L'annulation extrajudiciaire du contrat répond donc aux exigences de rapidité de la vie moderne. Il reste cependant qu'elle ne doit pas être confondue avec la justice privée. Tout doit se passer dans un cadre légal et cela est possible pour les entreprises qui sont très souvent entourées des conseils et avocats et, lorsque les parties ne peuvent se mettre d'accord, le recours au juge devient inévitable.

## **B – LE CONTROLE A POSTERIORI DU JUGE**

**585.** Le rôle du juge appelé à statuer reste le même que celui que lui confère la doctrine contemporaine. Il doit rechercher en toute indépendance si la formation du contrat a été marquée par une inobservation des conditions de formation du contrat. La question de l'office du juge reste la même c'est-à-dire celle de savoir s'il est obligé de prononcer la nullité s'il y a eu violation de

---

<sup>1354</sup> Article 3/13 1) de l'avant projet.

<sup>1355</sup> Article 3/1 de l'avant projet.

la règle d'ordre public ou s'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire. A ce propos, on sait que traditionnellement les nullités sont en principe de droit<sup>1356</sup>. Mais parfois le juge dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire même lorsque la violation est manifeste. Il en est ainsi pour certaines nullités relatives lorsque la loi prévoit que l'acte « *pourra être annulé* »<sup>1357</sup>.

586. La solution retenue par l'avant projet d'Acte uniforme est nécessairement différente. Les nullités ne semblent pas être de droit. L'article 3/12 de l'avant-projet d'Acte uniforme dispose en effet que « *tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité* ». Il s'ensuit que le principe semble être contraire. Celui des nullités facultatives. La solution se comprend. Le juge joue désormais un rôle important dans la formation du contrat. Lorsque la violation de la règle d'ordre public peut être réparée, le juge ne doit pas abandonner cette option pour se replier à l'annulation du contrat. De même, les questions de preuve qui ne seront pas traitées par l'Acte uniforme<sup>1358</sup>, ne sont pas généralement résolues d'avance. Il s'ensuit que dans tous les cas, la partie qui se prévaut de la nullité ne sera pas toujours certaine que celle-ci sera prononcée. Elle court donc un risque car si le juge vient à la désavouer par la suite, le contrat sera déclaré valable et la notification de l'annulation non avenue.

Par conséquent, la partie qui n'a pas exécuté ses obligations devra répondre de l'inexécution car la procédure d'annulation du contrat n'a pas d'effets suspensifs pour le contrat<sup>1359</sup>. Ceci permet d'éviter que l'annulation extrajudiciaire du contrat ne soit utilisée de manière abusive par l'une des parties. L'intervention judiciaire en cas de désaccord entre les parties permet

---

<sup>1356</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 393, p. 391.

<sup>1357</sup> C'est ainsi que l'article 119 alinéa 2 de l'AUDCG relatif à la vente du fonds commercial, dispose que l'omission ou l'inexactitude des énonciations de l'article 118 peut être sanctionnée par la nullité de la vente. De même, si les actes passés par un incapable majeur après le jugement le plaçant sous tutelle sont nuls de droit (art. 502 du code civ.), ceux qui ont été passés antérieurement au jugement « *pourront être annulés* ».

<sup>1358</sup> En attendant un Acte uniforme sur le droit de la preuve, elles seront régies par le droit commun de la preuve, qui est différent suivant qu'on est en matière commerciale ou en matière civile.

<sup>1359</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 390.

donc d'assurer l'efficacité de cette mise en œuvre allégée de la nullité du contrat et de préserver son utilité économique. C'est le maintien de cette utilité économique qui est également recherché par l'avant projet d'acte uniforme à travers la généralisation des nullités partielles.

## **Paragraphe 2 : La prévalence des nullités partielles**

587. La violation de la règle d'ordre public peut ne concerner qu'une ou quelques clause(s) du contrat. La question de l'étendue de la nullité permet de savoir si cette nullité sera cantonnée à la ou aux clause(s) illicite(s) ou si elle sera étendue au contrat tout entier<sup>1360</sup>. Le code civil prévoyait des règles abruptes fondées sur la distinction entre contrat à titre onéreux et contrat à titre gratuit<sup>1361</sup>. La rigueur de ces règles a été atténuée au fil du temps par la jurisprudence<sup>1362</sup>. Le juge recherche désormais si la clause nulle était déterminante ou non dans la conclusion du contrat pour déterminer l'étendue de la nullité<sup>1363</sup>. Cependant, le principe est resté celui de la nullité intégrale de l'acte<sup>1364</sup>, l'éradication de la clause contraire à l'ordre public n'étant que l'exception. Or l'article 3/18 de l'avant-projet d'Acte uniforme (3.16 des Principes d'UNIDROIT) crée une présomption en faveur de la nullité partielle. Celle-ci se présente dans l'avant projet d'Acte uniforme comme le principe, et la nullité intégrale l'exception. Cette sanction de la violation de l'ordre public récemment adoptée par la Cour de cassation conduit à la suppression pure et simple des clauses contraires à l'ordre public (A) et à la neutralisation certes pas totale du caractère déterminant de la clause nulle (B).

---

<sup>1360</sup> TEYSSIE, « Conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, Chron. 281.

<sup>1361</sup> La nullité partielle était réservée uniquement aux termes de l'article 900 du code civil aux actes à titre gratuit, lorsque la libéralité était accompagnée d'une condition ou d'une charge illicite. Pour les actes à titre onéreux, l'article 1172 dispose que toute condition nulle rend nulle la convention qui en dépend.

<sup>1362</sup> SIMLER (Ph.), La nullité partielle des actes juridiques, thèse, Strasbourg III, L.G.D.J., 1969, Préface A. WEIL.

<sup>1363</sup> Cass. req., 3 juin 1863, D.P. 1863, I, 429, S. 1864, I, 269.

<sup>1364</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 419.

## A – LA SUPPRESSION DES CLAUSES CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC

588. L'option pour la suppression des clauses contraires à l'ordre public se rapproche de la solution déjà adoptée dans la plupart des contrats spéciaux marqués par la volonté de protectionnisme législatif. Lorsque l'édiction d'une règle d'ordre public a pour objectif de protéger une partie au contrat, il semble que seule une nullité réduite à la clause qui y contrevient soit à même d'assurer l'efficacité de la protection législative<sup>1365</sup>. En effet, à quoi servirait une protection légale si son effet est de priver systématiquement celui qui est légalement protégé du bénéfice de tout le contrat ?

589. Le législateur communautaire adopte très régulièrement le principe de la nullité partielle. Ainsi par exemple, l'article 28 de l'AUCTMR dispose qu'est nulle et de nul effet, toute stipulation contractuelle qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de cet Acte uniforme et que la nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat. La même solution est retenue pour les clauses abusives imposées dans les contrats de consommation aux consommateurs. Celles-ci sont réputées non écrites aux termes de l'article 57 paragraphe 1 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit de la vente aux consommateurs. L'usage du procédé des clauses réputées non écrites qui subit une fluctuation fulgurante dans la jurisprudence est-il significatif ou s'agit-il simplement d'un effet de mode ? La clause réputée non écrite ne peut produire aucun effet tout comme la clause nulle. Son éradication ne peut affecter en aucun cas le reste du contrat. Mais au-delà des similitudes qu'on peut observer entre les deux sanctions de l'inobservation des conditions de formation du contrat qui

---

<sup>1365</sup> Par exemple, en droit des sociétés, les clauses léonines sont réputées non écrites (article 54 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique), ce qui permet d'éviter la nullité de la société et de répartir les bénéfices et les pertes proportionnellement à la part de chaque associé dans le capital. La sanction est ainsi plus efficace comparativement à une nullité totale et correspond mieux au but poursuivi par le législateur. L'associé est « *pris à son propre piège* » (GUYON (Y.) « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in Mélanges, M. Vasseur, BANQUE éditeur, Paris, 2000, p. 82, n° 16) car il ne peut pas reprendre ses apports, et est obligé de rester dans une société où le partage des bénéfices se fera de manière équitable.

conduisent d'ailleurs la jurisprudence à utiliser parfois indistinctement les deux notions, il s'avère qu'elles ne doivent pas être confondues et qu'une étude de la survie du contrat au-delà de l'amputation d'une de ses clauses conduit à distinguer suivant que la clause est nulle (1) ou qu'elle est réputée non écrite (2).

## **1 – Les clauses nulles**

590. La clause contractuelle qui est déclarée contraire à l'ordre public est en principe nulle. Contrairement au droit positif qui, face à cette nullité impose au juge de rechercher si la clause n'était pas déterminante dans le contrat avant de laisser les parties continuer l'exécution du contrat amputé de la clause, l'avant projet d'Acte uniforme prévoit qu'une telle nullité n'a aucun effet sur les autres dispositions du contrat. L'article 3/18 (3.16 des Principes d'UNIDROIT) dispose en effet que « *L'annulation se limite aux seules clauses du contrat visées par les causes d'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat* ». Par conséquent, il ne revient pas aux parties de qualifier la clause de déterminante. C'est ainsi que lorsqu'une autorisation publique est nécessaire pour l'exécution du contrat<sup>1366</sup>, le refus de l'autorisation ou le silence des autorités après un délai raisonnable n'emporte, à moins que le refus d'autorisation ne concerne tout le contrat, qu'une nullité partielle du contrat<sup>1367</sup>. Dans ce cas, les autres dispositions du contrat restent valables et lorsque le refus de l'autorisation a rendu impossible l'exécution totale ou partielle du contrat, les règles relatives à l'inexécution s'appliqueront. C'est en quelque sorte la solution retenue par la Cour de cassation lorsqu'il apparaît que par la qualification d'une clause contractuelle de substantielle, les parties veulent indirectement faire échec à la règle d'ordre public<sup>1368</sup>. Il en est ainsi des clauses d'indexation illicites dont la nullité n'a aucun effet sur la validité

---

<sup>1366</sup> V. article 6/18 de l'avant projet d'Acte uniforme (6.1.14 des Principes d'UNIDROIT)

<sup>1367</sup> V. articles 6/20 et 6/21 de l'avant projet d'Acte uniforme (6.1.16 et 6.1.17 des Principes d'UNIDROIT)

<sup>1368</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 juill. 1973, D. 1974, p. 24.

du reste du contrat bien qu'elles aient été déterminantes du consentement des parties<sup>1369</sup>.

591. Le texte qui édicte la règle d'ordre public épargne très souvent le juge de rechercher le caractère déterminant qu'impose la jurisprudence ou encore le caractère raisonnable du maintien du contrat que le juge sera appelé à rechercher dans le futur droit uniforme africain. Les expressions utilisées à cet égard sont multiples. Le texte peut tout simplement comme l'article 28 de l'AUCTMR, disposer que toute clause contraire est nulle et que la nullité de ladite clause n'a aucun effet sur la validité du contrat. Il en est de même lorsque la loi qui édicte une norme obligatoire prévoit qu'elle sera applicable « *nonobstant toute clause (ou toute stipulation) contraire* ». Cette expression courante signifie simplement que l'on doit appliquer la norme licite en dépit de la présence de la clause contraire qui est frappée de nullité. Cette nullité ne peut donc être que partielle.

592. Cet esprit de précision qui est somme toute récent dans la technique législative a pour but de contrecarrer les manœuvres des contractants en vue de contourner la règle d'ordre public. En effet, à partir du moment où l'office du juge dans la recherche du caractère déterminant de la clause contraire à l'ordre public est limité parce que les parties elles mêmes ont inséré dans le contrat que la clause nulle était déterminante de leur consentement, la protection légale d'une partie est alors privée d'efficacité et ceci très souvent au détriment de la partie légalement protégée car elle ne pouvait équitablement discuter des clauses du contrat.

593. Par contre, lorsque la loi précise seulement qu' « *est nulle et de nul effet toute clause contraire* », cette expression en elle-même ne peut déterminer l'étendue de la nullité. Mais en vertu de la présomption de nullité partielle instituée par l'avant-projet, la recherche de l'étendue ne sera plus automatique. Il appartiendra à la partie qui prétend qu'il est déraisonnable que le contrat puisse être maintenu en l'absence de la stipulation nulle d'en

---

<sup>1369</sup> GEGOUT (M.), « Ordre public et bonnes mœurs », J.-Cl. Civ., Fasc.I , 5, 1979, n° 18.

apporter la preuve. Cette solution est plus adaptée à l'ordre public moderne qui couvre un domaine extrêmement vaste, et propice pour la sécurité des transactions. On est désormais loin de la rigidité jadis observée dans « *certaines actions du vieux droit romain où l'on gagnait ou perdait son procès, selon que l'on avait ou non utilisé les mots sacrés* »<sup>1370</sup>. La nullité des clauses illicites sauf exception, ne peut plus entraîner celle du contrat, ce qui est néanmoins une différence d'avec les clauses réputées non écrites.

## 2 – Les clauses réputées non écrites

594. L'utilisation faite souvent indistinctement des clauses nulles et celles réputées non écrites tant par le législateur qui ne laisse pas souvent apparaître les raisons du choix de l'une ou l'autre sanction, que par le juge qui utilise très régulièrement l'expression de clause réputée non écrite pour sanctionner une clause déclarée nulle par la loi, ne doit pas occulter la différence fondamentale qui existe entre les deux notions. La nullité telle que précédemment définie, est une technique juridique d'anéantissement d'un acte à la suite de sa critique, l'annulation devant conduire à la destruction de l'apparence et des effets induits par l'acte condamné<sup>1371</sup>.

595. Réputer une clause non écrite<sup>1372</sup> correspond par contre « *à une autre technique qui est celle de la fiction : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante* »<sup>1373</sup>. Selon la Cour de cassation, la clause réputée non écrite n'existe pas parce qu'elle n'a jamais été rédigée<sup>1374</sup>. Elle n'a jamais figuré dans le contrat donc, les parties ne pouvaient échanger de consentements à son propos. Par conséquent, dès l'origine, le contrat existait sans la clause.

---

<sup>1370</sup> Concl. Du premier avocat général Jéol à la Cour de cassation sur les arrêts du 1<sup>er</sup> déc. 1995, D. 1996, p. 15

<sup>1371</sup> KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, Chron., p.59

<sup>1372</sup> Vocabulaire juridique Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, PUF, v° Clause réputée non écrite ; STARCK (B.), ROLAND (H.) ET BOYER (L.), Introduction au droit, Litec, 1991, n° 343, p. 141.

<sup>1373</sup> KULLMAN (J.), op. cit., p. 59.

<sup>1374</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 1988, D. 1989.143, note C. Atias, J.C.P., 1989, II, 21248, note G. Viney ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 déc. 1987, Bull. civ., III, n° 198, D. 1987, IR. 255.



597. La technique a donc pour but d'amputer du contrat une clause indésirable sans laisser au juge la possibilité de s'interroger sur l'effet qu'elle pouvait avoir sur le contrat<sup>1375</sup>. Les parties ne peuvent, pas plus que le juge, lui faire produire un quelconque effet sur la validité du contrat puisqu'elle n'a jamais existé. La clause réputée non écrite est donc une technique parfaite pour le contrôle du contenu contractuel. Utilisée dans un domaine où la loi a prévu un contrat type, la fiction du réputé non écrit permet d'appliquer directement les clauses contractuelles prévues par le contrat type puisque le législateur entend fermement maintenir le lien contractuel. Dans le cas contraire, parce que les parties n'ont rien prévu, le recours au droit commun devient inévitable pour compléter le contrat, considéré comme incomplet dès l'origine. C'est la sanction qui doit être retenue pour les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, lorsqu'elles permettent au débiteur de fournir une réparation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre le créancier<sup>1376</sup>. La rupture d'équivalence que leur mise en œuvre entraîne ne peut être rétablie que par leur éradication dans le contrat bien que la sanction ne soit pas précisée<sup>1377</sup>.

La différence entre la clause réputée non écrite et la clause nulle est donc irréductible. Alors que la première oblige le juge à compléter le contrat automatiquement, la seconde laisse le contrat survivre sans la clause. Et si le contrat ne peut survivre sans la clause nulle, elle entraîne la nullité de tout l'acte. Le juge n'ayant pas le pouvoir de remplacer une clause nulle.

---

<sup>1375</sup> COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », J.C.P., 1993, I, n° 3961, n° 5.

<sup>1376</sup> Article 7/6 de l'avant projet d'Acte uniforme (7.1.6 des Principes d'UNIDROIT).

<sup>1377</sup> L'article 7/6 de l'avant projet dispose en effet, « *une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire* ». Il n'opte pas expressément pour la technique du réputé non écrit pour ces clauses, mais une lecture attentive conduit à adopter cette solution car il ne fait l'objet d'aucun doute que cette clause doit être écartée sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle était déterminante de l'engagement des parties.

598. On comprend dès lors pourquoi le juge fait souvent appel à la technique du réputé non écrit en l'absence d'une disposition légale. En effet, la déclaration *proprio motu* du caractère non écrit de la clause ferme la voie de l'annulation du contrat<sup>1378</sup>. Celui-ci survit alors que l'absence de cette clause peut, le cas échéant, le déséquilibrer définitivement<sup>1379</sup>. C'est ce qui justifie la jurisprudence relative à l'assurance de responsabilité civile qui répute non écrite la clause subordonnant la garantie à la formulation de la réclamation de la victime avant la cessation du contrat<sup>1380</sup>. Visant l'absence de cause, ces décisions évitent néanmoins de mentionner la nullité pour se cantonner à la fiction de la clause réputée non écrite ; le motif de ce silence prudent est clair, l'éradication ne porte pas préjudice à l'assuré puisque le contrat est exécuté sans tenir compte de la clause. De fait, annuler le contrat au prétexte que cette clause privait de sa cause l'engagement de l'assuré c'était refuser à celui-ci le bénéfice de l'assurance et le laisser sans garantie<sup>1381</sup>.

Il en a été de même à propos de l'arrêt Chronopost. Parce que la clause litigieuse contrevenait à l'obligation essentielle, la Cour de cassation au risque de faire perdre au créancier le bénéfice du contrat, a dû faire fi de la sanction normale, à savoir la nullité absolue – qui s'imposait parce que touchant à une obligation essentielle, elle apparaissait comme déterminante du consentement des parties<sup>1382</sup> – pour déclarer ladite clause non écrite<sup>1383</sup>. La cour emprunte la sanction au régime des clauses abusives, sans en retenir la qualification. La solution est considérée par d'aucuns comme « *peu orthodoxe* »<sup>1384</sup>, car seules les clauses secondaires étaient jusque-là réputées non écrites<sup>1385</sup>. En écartant la nullité totale au profit d'une sanction propre au droit de la consommation,

---

<sup>1378</sup> KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », op. cit., p. 59.

<sup>1379</sup> J. Mestre, R.T.D. civ., 1988, 737, obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 1987.

<sup>1380</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 1990, préc.

<sup>1381</sup> TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), Grands arrêts, p. 85.

<sup>1382</sup> A. SERIAUX, note sous Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, préc., p. 123.

<sup>1383</sup> GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, chron., p. 352, n° 14.

<sup>1384</sup> CRAMIER (P.), op. cit., 2<sup>e</sup>, partie.

<sup>1385</sup> Pour une application récente de cette sanction sur le fondement de l'absence de cause, sur les dates de valeur, Cass. com., 6 avr. 1993, D. 1993, Jur. p. 310, note Ch. Gavalda .

« la Cour de cassation opte pour la solution la plus efficace au regard de l'objectif poursuivi, à savoir le rétablissement de l'équilibre du contrat »<sup>1386</sup>.

599. Plus que le principe des nullités partielles, le recours à la technique du réputé non écrit s'avère plus propice au *favor contractus*. Elle assure en toute hypothèse la survie du contrat. C'est pourquoi, elle est indispensable dans le domaine de la protection des consommateurs et souvent nécessaire pour assurer l'efficacité de la protection légale apportée à certains contractants. Tout se passe comme s'il n'y avait aucune clause qui ferait l'essence même du contrat.

## B – LA RELATIVE NEUTRALISATION DU CARACTERE SUBSTANTIEL DE LA CLAUSE NULLE

600. « Pas de pitié pour les clauses, mais de la pitié pour le contrat. N'est-ce pas l'essentiel? »<sup>1387</sup> Observe M. Fages à propos de l'attitude de la Cour de cassation qui, en s'acharnant contre les inégalités contractuelles, se retient d'annuler les contrats en vrac pour violation des règles d'ordre public. Il a déjà été noté que les principales règles d'ordre public qui se dégagent du droit des contrats spéciaux et même de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats ont déjà été adoptés à des degrés divers par la jurisprudence française. Or, alors que d'aucuns annonçaient la fin du contrat avec une pareille intervention du juge dans la sphère contractuelle, force est de constater que, « les contrats font l'objet d'une véritable protection judiciaire, dont bénéficient aussi bien les actes malformés qu'il s'agit alors de sauver, que les opérations valables, mais plus inédites, que constituent les montages, et pour lesquelles la Cour de cassation insuffle un véritable esprit de liberté »<sup>1388</sup>.

---

<sup>1386</sup> CRAMIER (P.), op. cit., 2<sup>e</sup> partie. Dans le même sens, R. Martin, note sous l'arrêt, Gaz. Pal., 1997, 2, Jur., p. 519, n° 7, *in limine*.

<sup>1387</sup> FAGES (B.), « Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions », in dossier : Le contrat, liberté contractuelle et Sécurité Juridique, P. A., n° 54 du 6 mai 1998, n° 8.

<sup>1388</sup> Ibid. voir Cass. com., 10 févr. 1998, juris-data, n° 000524, J.C.P., éd. E, 1998, pan., p. 488, Cah. Dr. Entr., 1998, n° 2, p. 27, note ph. Neau-leduc.

**601.** Les procédés de nullité partielle et surtout de l'éradication des clauses réputées non écrites sont les armes utilisées par la jurisprudence pour parvenir à cette fin. En ce qui concerne plus particulièrement les nullités partielles, on sait que le projet du droit des contrats uniforme ne fait plus recours à la notion de clause substantielle du contrat. Les tribunaux considèrent une clause nulle comme telle lorsque le contrat tout entier dépend réellement de cette clause qui en constitue une « *cause impulsive et déterminante* », autrement dit, une clause sans laquelle les parties n'auraient pas contracté. C'est la commune volonté des parties qui doit être prise en compte pour rechercher l'importance de la clause nulle dans le contrat. Si la clause était secondaire dans leur esprit de sorte que si elles avaient su qu'elle était nulle, elles auraient vraisemblablement contracté néanmoins, l'acte mérite d'être maintenu<sup>1389</sup>. Cette recherche de la commune intention des parties est justifiée par le caractère consensualiste du droit des contrats qu'impose le principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat ne doit pas être maintenu contre la volonté des parties, ce qui ne serait pas le cas si la clause nulle était la raison d'être de l'engagement des parties.

**602.** Le droit des contrats spéciaux a déjà atténué la rigueur de ce critère jurisprudentiel en imposant la nullité partielle dans certains contrats quelle qu'ait été la véritable intention des parties<sup>1390</sup>. L'avant-projet d'Acte uniforme se démarque également de ce critère de distinction entre les nullités partielles et les nullités intégrales. En disposant à l'article 3/18 que les nullités sont partielles à moins qu'il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat, le futur droit des contrats africain marque la rupture d'avec la jurisprudence française. Le caractère « *raisonnable* » précédemment défini ne s'apprécie nullement en faisant recours à la commune intention des parties<sup>1391</sup>. Dans l'appréciation du raisonnable, le juge doit tenir compte de ce que les personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel, en prenant également en

---

<sup>1389</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 420.

<sup>1390</sup> Supra, n° 591.

<sup>1391</sup> Supra, n° 494 et 495.

compte la nature et le but du contrat, les circonstances de l'espèce, les usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées<sup>1392</sup>. Il peut s'agir des intérêts de l'une des parties au contrat, celle qui a besoin du contrat, ou encore de la finalité du texte transgressé voire de l'utilité socio-économique du contrat. En d'autres termes, le juge doit tout prendre en compte ou presque, sans se borner à la commune intention des parties encore moins à une clause du contrat qui subordonnerait la survie du contrat à la validité de la clause sanctionnée.

**603.** Finalement, ce qui compte, c'est moins une lecture étriquée et égoïste du contenu du contrat, mais l'utilité économique du contrat. Il reste néanmoins une équivoque à lever. Cette neutralisation du caractère substantiel de la clause nulle n'a pas le même effet que la clause réputée non écrite car le juge reste en tout état de cause impuissant pour compléter voire remplacer la clause nulle par les dispositions de droit commun.

✕                      ✕  
✕

**604.** Il résulte de tout ce qui précède que la sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat pourra suivre une évolution remarquable avec l'avènement d'un nouveau droit des contrats dans l'espace OHADA. La principale caractéristique qui ressort de l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats est la flexibilité des sanctions adoptées. Cette flexibilité permet une adaptabilité de la sanction de la règle d'ordre public qui doit être faite eu égard aux considérations de fond qui ont justifié l'édiction de cette règle<sup>1393</sup>. S'il est vrai que la sanction de l'obligation d'information par l'octroi d'une indemnité compensatrice, en tant que sanction autonome n'est

---

<sup>1392</sup> Art. 1 : 302 des PDEC.

<sup>1393</sup> LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », op. cit., n° 3.

encore qu'une hypothèse d'école très souvent affirmée par la doctrine, il n'en demeure pas moins que l'assouplissement est réel au stade de la formation du contrat. L'intérêt particulier que les droits des contrats dits modernes accordent aux solutions favorables à la pérennité du lien contractuel est réel. La régularisation de l'acte nul prônée, la prévalence des nullités partielles et surtout l'émergence de la fiction de l'éradication permettent au législateur moderne plus exigeant sur les conditions de formation du contrat, d'assurer la pérennité du lien contractuel dans de nombreuses hypothèses où le droit positif actuel anéantit l'acte sans égard aux conséquences néfastes que cela peut entraîner. Ce souci de maintenir le contrat est également perceptible dans les règles sanctionnant l'inexécution du contrat.

## CHAPITRE II

# LA SANCTION DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

**605.** Le contrat tient lieu de loi à ceux qui l'ont formé et pour cela son inexécution, parce que contraire au droit et à la morale doit normalement être sanctionnée<sup>1394</sup>. C'est à ce moment que le contrat accède véritablement à la vie juridique. Lorsque le contrat est exécuté spontanément par les parties, les violations de la loi de toute sorte peuvent ne pas être sanctionnées si aucune partie n'exerce l'action en nullité<sup>1395</sup>. C'est très souvent lorsqu'une partie se heurte au refus d'exécution de l'autre qu'elle saisira la justice pour l'obliger à exécuter soit en nature, soit par équivalent. Aussi, le contrôle des conditions de formation du contrat se fait régulièrement à travers l'exception de nullité qui, pour des raisons d'efficacité juridique, est perpétuelle contrairement à l'action en nullité<sup>1396</sup>.

**606.** L'inexécution du contrat lorsqu'elle n'a pas été causée par un cas de force majeure ou un cas fortuit ouvre au créancier l'action en exécution du contrat. Cette exécution peut se faire en nature lorsqu'elle est encore possible. Dans le cas contraire, le créancier devra se contenter d'une exécution par équivalent. L'inexécution peut être totale ou partielle. En tout état de cause, lorsque la partie qui a promis quelque chose à l'autre n'a pas exécuté son engagement, il doit répondre du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution, d'une exécution tardive ou défectueuse de son

---

<sup>1394</sup> D'après G. Ripert, il est « immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne » (La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 16).

<sup>1395</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 417.

<sup>1396</sup> Ibid.

engagement. C'est ce qu'on nomme habituellement la responsabilité contractuelle<sup>1397</sup>, qui est une variante de la responsabilité civile<sup>1398</sup>.

607. Sans donner les fondements de la réparation que le débiteur doit au créancier, le code civil est resté indifférent sur la nature et l'incidence réelle que l'inexécution donnant lieu à réparation doit avoir sur le contrat. Aussi, a-t-il été adoptée une sanction rigoureuse de toute inexécution du contrat aussi insignifiante soit-elle car le créancier doit obtenir exactement ce qui était convenu au contrat<sup>1399</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence décide que l'acheteur d'un livre numéroté peut exiger le numéro convenu au contrat et non un autre, même de valeur identique<sup>1400</sup> ; l'acheteur d'un meuble peut exiger la couleur identique même si une teinte légèrement différente n'en modifie pas l'aspect<sup>1401</sup>. Ce courant jurisprudentiel a toutefois été tempéré avec l'interdiction de l'abus de droit en matière contractuelle et l'exigence de la bonne foi des parties dans l'exercice de leurs droits.

---

<sup>1397</sup> BIGOT (J.), « Responsabilité contractuelle », J.-Cl. Civ., 1971, Fasc. Ib, Art. 1146-1155.

<sup>1398</sup> Il y a courant doctrinal contemporain qui s'insurge contre le concept de la responsabilité contractuelle. D'après certains, elle n'existerait pas (LE TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2002, n° 6, 802 et ss., pour d'autres il n'est qu'un faux concept (REMY (Ph.), « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », R.T.D.Civ., 1997, p. 323 et ss.). D'après ces auteurs, pour remédier au mal que constituerait l'existence d'une responsabilité contractuelle erronée, qui aurait généré une « *présentation éclatée* » des conséquences de l'inexécution, il faudrait revenir à la source et supprimer cette fausse responsabilité. Ce qui supposerait d'une part de cantonner la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle à l'exécution par équivalent, c'est-à-dire de payer par une somme d'argent ce qui devait être exécuté en nature ; d'autre part, lorsque l'inexécution a causé un préjudice au créancier, ce serait à la responsabilité délictuelle de prendre le relais de l'exécution par équivalent pour en permettre la réparation sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que ce préjudice est éprouvé par le créancier en vertu du contrat ou bien par un tiers. Cette présentation de la responsabilité civile qui se réduirait à l'unique responsabilité délictuelle, n'est pas admise par la grande majorité de la doctrine contemporaine. D'après M. Larroumet, la responsabilité contractuelle entre contractants est une nécessité parce qu'elle assure la réparation des dommages résultant de l'inexécution d'une obligation qui fait partie du contenu du contrat, sans qu'elle soit calquée sur la responsabilité délictuelle (« Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 551). D'autres auteurs voient dans l'inexécution d'une obligation contractuelle et la responsabilité délictuelle une « *différence première et profonde* », en dépit de ces réflexions doctrinales (TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 559, p. 539, V. également, VINEY (G.), Introduction à la responsabilité, op. cit., n° 161 et ss.)

<sup>1399</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 382.

<sup>1400</sup> Cass.civ.1<sup>re</sup>, 26 nov. 1980, Bull. civ., I, n° 310.

<sup>1401</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1987, Bull. civ., I, n° 324 et 325.



**608.** Le droit communautaire qui est irrigué par cette notion de bonne foi apporte de nombreux tempéraments au rigorisme contractuel connu du code civil. L'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat ne donne plus systématiquement droit à l'anéantissement du lien contractuel ou à la mise en œuvre de la responsabilité. Le projet d'Acte uniforme ne permet la résolution du contrat qu'en cas d'inexécution essentielle du contrat ; notion qui a par ailleurs été bien définie par l'article 3/3 de cet avant-projet (7.3.1 des Principes d'UNIDROIT).

La recherche de la survie du contrat a ainsi amené les différents législateurs à faire produire au contrat l'utilité économique qui pouvait être attendue du contrat autant que faire se peut (section 1). En outre, lorsque le contrat ne peut plus être maintenu, la résolution ou la résiliation du contrat a été réaménagée dans le sens d'une plus grande préservation des intérêts des parties aussi bien du créancier que du débiteur (section 2).

## SECTION 1

### LA RECHERCHE DE LA SURVIE DU CONTRAT

**609.** L'inexécution du contrat est définie à l'article 7/1 du projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats comme étant « *tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive* ». Cette conception large de l'inexécution correspond exactement à celle adoptée par la jurisprudence en l'absence d'une disposition comparable dans le code civil<sup>1402</sup>. Mais contrairement au droit positif actuel qui repose beaucoup plus sur l'intime conviction du juge

---

<sup>1402</sup> Il appartient aux tribunaux de rechercher en cas d'exécution partielle et d'après les circonstances de fait si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts (Cass. civ., 11 avril 1918, D.P., 1921, I, 224 ; Cass. com., 5 mars 1974, J.C.P., 1974, IV, 145 ; Cass. com. 2 juill. 1996, J.C.P., 1996, I, 3983, n° 14, obs. Ch. Jamin, Defrénois, 1996, p. 1365, obs. D. Mazeaud).

quand au choix entre la réparation en nature<sup>1403</sup> et la réparation par équivalent<sup>1404</sup>, l'avant projet organise un régime général de la réparation en nature qui dépend plus ou moins du degré de l'inexécution, et met en avant le rôle des parties contractantes.

**610.** Par ailleurs, la jurisprudence a développé depuis un certain temps une réfaction judiciaire du contrat, qui correspond justement à une réduction des obligations d'une partie lorsque l'autre n'a pas satisfait entièrement à ses obligations. Cette réfaction du contrat qui a été entérinée par l'AUDCG dans ses dispositions relatives à la vente commerciale est un moyen d'adapter les prestations réciproques. La recherche de la survie du contrat s'opère par la réparation en nature qui est favorisée par les nombreux choix offerts au créancier (paragraphe 1) et pourra l'être davantage si la réfaction judiciaire était généralisée (paragraphe 2).

---

<sup>1403</sup> Il y a lieu de préciser que le droit positif actuel fait une distinction nette entre la réparation en nature et l'exécution en nature. Dans un sens strict l'exécution en nature consiste pour le créancier de l'obligation inexécutée ou mal exécutée de demander en justice que ladite prestation soit exécutée telle qu'elle était précisée dans le contrat par le débiteur (VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 15) et dans un sens large, l'exécution en nature englobe les hypothèses dans lesquelles le créancier se contente de demander que l'obligation inexécutée soit exécutée par une tierce personne ou par lui-même aux frais du débiteur (ROUJOU DE BOUBEE (M.E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 255), autrement dit, il y a ici un choix offert au créancier. Par contre, la réparation en nature consiste pour le créancier de se contenter d'une prestation équivalente, donc, autre que ce qui a été demandé au contrat. Elle englobe tous les cas où le juge au lieu d'attribuer les dommages intérêts pour inexécution ou mauvaise exécution, impose au débiteur un acte ou un comportement qui contribue à atténuer ou à supprimer le dommage subi par la victime (VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 14-1). Ainsi entendue, la réparation en nature relèverait de la responsabilité alors que l'exécution en nature serait une simple modalité de l'exécution des obligations. Ce qui n'empêche pas bien sûr que l'exécution en nature soit parfois accompagnée d'une réparation du préjudice subi du fait du retard dans l'exécution ou encore que la décision autorisant une exécution en nature soit accompagnée d'une sanction pécuniaire au cas où le débiteur faillirait une seconde fois à son obligation.

<sup>1404</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 39. La Cour de cassation affirme de manière constante que les juges du fond sont souverains pour apprécier le mode de réparation : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 29 juin 1961, Bull. civ., II, p. 285 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1962, Bull. civ., I, p. 218 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 févr. 1969, Bull. civ., III, n° 182 ; 31 mars 1971, D. 1971, somm., p. 139 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 févr. 1972, Bull. civ., II, n° 50 ; 28 févr. 1976, D. 1976, IR, n° 145 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 oct. 1974, D. 1975, p. 151 ; Cass. crim., 9 avr. 1976, D. 1976, IR, p. 142 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 janv. 1983, Rev. de Dr. Immob., 1984, p. 191 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1990, Bull. civ., I, n° 298 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 mai 1997, Resp. civ. ass., 1997, comm., n° 265.

## Paragraphe 1 : La priorité faite à la réparation en nature

611. L'inexécution du contrat telle que définie par l'article 7/1 du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats n'est pas sanctionnée exclusivement par la rupture du lien contractuel<sup>1405</sup>. Comme l'a déjà fait l'AUDCG<sup>1406</sup>, le projet d'Acte uniforme prévoit de multiples sanctions qui ont pour finalité de corriger ou de parfaire l'inexécution. Contrairement à l'article 1142 du code civil qui ne donnait pas un relief particulier à l'exécution et la réparation en nature<sup>1407</sup>, l'article 7/9 de l'avant projet opte clairement pour un principe de l'exécution ou de la réparation en nature<sup>1408</sup>. En fait l'expression sanction de l'inexécution semble un peu exagérée dans ce cadre. Le projet d'Acte uniforme, tout comme les Principes d'UNIDROIT, envisage la réparation en nature comme une simple modalité d'exécution<sup>1409</sup>. L'article 7/10 dispose en effet que « *Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la*

<sup>1405</sup> DARANKOUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », op. cit., p. 236.

<sup>1406</sup> NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », Penant, n° 850, déc. 2005, p. 102.

<sup>1407</sup> « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Mais comme l'observe J. Mestre, « *la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèse les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe* » (MESTRE (J.), « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 93). Par contre en Belgique, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas suivi cette évolution du droit positif français en cantonnant le droit à la réparation en nature dans les seuls cas où le vice est réhibitoire suivant les termes des articles 1644 et ss. du code civil (WERY (P.), « *Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché* », in *Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles*, 2003, p. 577, n° 5).

<sup>1408</sup> Article 7/16 (7.2.2 Principes d'UNIDROIT) (Exécution de l'obligation non pécuniaire) « *A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de sommes d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque :*

- a) *l'exécution est impossible en droit ou en fait ;*
- b) *l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ;*
- c) *le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ;*
- d) *l'exécution présente un caractère strictement personnel ;*
- e) *le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ».*

<sup>1409</sup> LANDO (O.), « *A Merger of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract* », in *Mélanges, M. Fontaine, Larcier, Bruxelles*, 2003, p. 469-470.

*réparation ou au remplacement de l'objet, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse. Les dispositions des articles 7/8 et 7/9 (qui affirment le droit à réparation en traçant ses limites) sont alors applicables »<sup>1410</sup>.*

**612.** Lorsque l'inexécution tient au retard accusé par le débiteur, le créancier peut toujours comme dans le code civil opposer l'exception d'inexécution. Mieux encore, le projet d'Acte uniforme laisse la possibilité au créancier de lui impartir un nouveau délai d'exécution distinct du délai de grâce de droit commun. C'est dire que la réparation en nature peut résulter tant d'une exécution défectueuse (A) que d'un retard dans l'exécution (B).

## A – EN CAS D'UNE EXECUTION DEFECTUEUSE

**613.** L'avant-projet d'Acte uniforme fait une fusion entre l'obligation de délivrer une chose conforme et la garantie des vices cachés au profit d'une obligation unique de conformité comme c'est du reste le cas dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>1411</sup>. L'exécution défectueuse est consommée en cas d'une exécution non conforme du contrat ou d'un retard dans l'exécution. Elle ouvre droit au créancier de l'obligation à une réparation ou à un remplacement. Il ne s'agit plus dans les Principes d'UNIDROIT à proprement parler d'une sanction de l'inexécution du contrat contrairement à la conception actuelle du droit des contrats, mais bien au contraire d'une modalité du droit à l'exécution du contrat<sup>1412</sup>. Cela implique que le créancier à qui le débiteur offre un remplacement ou une réparation de l'exécution défectueuse ne saurait la refuser pour choisir une réparation par équivalent. L'exécution en nature n'est donc plus une simple faculté pour le créancier, mais un droit qu'il peut opposer au débiteur, et que le juge doit respecter car en dehors des

---

<sup>1410</sup> L'avant-projet ne fait donc pas une distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature.

<sup>1411</sup> WERY (P.), op. cit., p. 577, n° 6. *Adde*, BENABENT (A.), « Conformité et vices cachés dans la vente », D.1994, Chron. p.115.

<sup>1412</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, op. cit., n° 26.

hypothèses expressément prévues par l'article 7/9 de l'avant projet, le juge ne peut apprécier l'opportunité de réclamer une réparation en nature. D'où la différence d'avec la jurisprudence traditionnelle qui reconnaît au juge, en dépit de l'affirmation du principe de la réparation en nature<sup>1413</sup>, un pouvoir d'appréciation du mode de réparation le plus approprié en prenant fondement sur l'article 1142 du code civil<sup>1414</sup>.

**614.** La réparation en nature peut consister pour le débiteur de l'obligation mal exécutée à effectuer une prestation matérielle destinée à remettre les choses en l'état ; elle peut également consister à conclure, à refaire ou à prolonger un acte juridique. Il peut s'agir en somme aux termes de l'article 7/10 de l'avant projet soit d'une réparation, soit d'un remplacement de l'exécution défectueuse.

**615.** La faculté de remplacement déjà connue en droit de la vente commerciale OHADA diffère de la possibilité offerte au créancier par l'article 1144 du code civil de s'approvisionner auprès d'un tiers, aux frais du débiteur, en cas d'inexécution d'une obligation de délivrance<sup>1415</sup>. Le remplacement prévu par l'article 250 alinéa 2 de l'AUDCG doit être effectué par le vendeur si « *le défaut de conformité constitue un manquement essentiel au contrat* ». Il consiste donc pour le vendeur à livrer une marchandise de remplacement parce que la première ne répondait pas aux stipulations du contrat. Il s'agit d'une sanction grave de l'inexécution parce qu'elle impose au débiteur non seulement de reprendre l'exécution de sa prestation, mais d'en

---

<sup>1413</sup> Il importe de rappeler qu'en dehors de la vente commerciale où la réparation en nature est clairement affirmée, la jurisprudence ne l'admet jusqu'à présent que lorsqu'il s'agit des obligations négatives, c'est-à-dire des obligations de ne pas faire comme l'obligation de non concurrence voire l'obligation de ne pas construire (VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 51). La réparation en nature dans ces cas consiste à mettre les choses en l'état où elles auraient dû être si l'obligation avait été exécutée.

<sup>1414</sup> V. cependant, Cass. com., 3 déc. 1985, Bull. civ., IV, p. 244, n° 286, R.T.D.Civ., 1986, p. 745, n° 5, obs. J. Mestre. DE MATOS (A.-M.), « Obligations autres que de sommes d'argent » in *Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine*, n° 114, avril 2003, p. 76.

<sup>1415</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), t. 2, op. cit., n° 2536. Comp. avec l'article 7. 4. 5 des Principes d'UNIDROIT, aux termes duquel, « *Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et de manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire* ».

supporter seul les conséquences d'une éventuelle réexpédition suivie d'une nouvelle livraison.

**616.** La réparation suppose également que la prestation fournie par le débiteur ne corresponde pas exactement à ce qui a été convenu au contrat. Parce que l'exécution n'est pas conforme, le créancier peut exiger du débiteur qu'il la répare. La réparation consiste alors à remettre les choses en l'état dans lequel elles auraient dû être. S'il s'agit de la marchandise, il devra rendre conforme la partie défectueuse en livrant la partie manquante ou en remplaçant la marchandise non conforme. S'il s'agit d'un contrat de prestation de service, la réparation consistera à refaire selon la lettre du contrat, à moins que cela ne soit déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances<sup>1416</sup>. Il en est ainsi lorsque la réparation impose au débiteur des sacrifices pécuniaires d'importance disproportionnée avec l'utilité du but à atteindre<sup>1417</sup>.

**617.** Contrairement à ce qui est admis en matière de vente commerciale et par la Convention de Vienne<sup>1418</sup>, le projet du droit des contrats OHADA ne trace pas une frontière entre l'obligation de réparation et l'obligation de remplacement. En effet, l'article 250 alinéa 2 de l'AUDCG ne prévoit la possibilité de remplacer la marchandise que si le défaut de conformité constitue un manquement essentiel au contrat. Par contre, l'article 250 alinéa 3 ne formule pas une telle exigence pour l'obligation de réparer. D'où la conclusion selon laquelle le débiteur doit réparer l'exécution si le manquement n'est pas essentiel, c'est-à-dire lorsqu'une partie seulement de la marchandise est atteinte du défaut<sup>1419</sup>. La même solution retenue par la CVIM<sup>1420</sup> est justifiée par le fait que le manquement essentiel suppose une atteinte grave à une obligation du contrat ; autrement dit, que les conditions

---

<sup>1416</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 226.

<sup>1417</sup> Ainsi, pour des travaux mal exécutés, c'est à juste titre que les juges de fond ont refusé la réfection demandée, au motif que celle-ci « nécessiterait la démolition à peu près complète de l'immeuble et occasionnerait une dépense beaucoup plus supérieure au préjudice résultant de la défectuosité desdits travaux » (Cass. req., 23 mars 1909, S. 1909, 1, 552)

<sup>1418</sup> WERY (P.), op. cit., p. 578, n° 6.

<sup>1419</sup> NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », op. cit., n° 15.

<sup>1420</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 223.

de la résolution du contrat soient réunies. La faculté de remplacement est alors présentée comme un moyen d'éviter la rupture du lien contractuel<sup>1421</sup>, qui ne s'impose nullement au créancier, celui-ci étant fondé à la refuser pour demander la résolution du contrat.

**618.** L'analyse doit être différente dans le cadre du futur droit uniforme africain. La réparation peut être faite quel que soit le degré du manquement si le débiteur accepte de s'y soumettre<sup>1422</sup>. Le fait qu'il ne s'agisse pas ici d'une sanction d'inexécution *proprio motu* donne une analyse distincte de la situation. Les obligations de réparation et de remplacement sont considérées par l'article 7/10 de l'avant projet (article 7.2.3 des Principes d'UNIDROIT) comme de simples modalités du droit à l'exécution du contrat. Les termes de l'article 7/4 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (article 7.1.4 des Principes d'UNIDROIT) sont assez clairs : « 1) *Le débiteur peut, à ses propres frais, prendre toute mesure destinée à corriger l'inexécution, pourvue que :*

- a) il donne, sans retard indu, notification de la mesure indiquant comment et à quel moment elle sera effectuée ;*
  - b) la mesure soit appropriée aux circonstances ;*
  - c) le créancier n'ait aucun intérêt légitime à refuser ; et*
  - d) la mesure soit prise sans retard indu.*
- 2) La notification de la résolution ne porte pas atteinte au droit à la correction.*
- 3) Les droits du créancier qui sont incompatibles avec l'exécution des prestations du débiteur sont eux-mêmes suspendus par la notification effective de la correction jusqu'à l'expiration du délai prévu.*
- 4) Le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations tant que la correction n'a pas été effectuée.*

---

<sup>1421</sup> NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », op. cit., n° 11, p. 103.

<sup>1422</sup> WERY (P.), op. cit., p. 592, n° 18; qui écrit que les Principes d'UNIDROIT placent la réparation et le remplacement sur un pied d'égalité et les soumettent aux mêmes restrictions.

5) *Nonobstant la correction, le créancier conserve le droit à des dommages-intérêts pour le retard occasionné, de même que pour le préjudice causé ou qui n'a pu être empêché ».*

619. Le débiteur qui offre de réparer ou de remplacer une exécution défectueuse respecte en cela le contrat, et ne saurait se voir débouter de cette volonté bienveillante s'il offre des garanties de correction suffisantes<sup>1423</sup>. Il s'agit pour le vendeur d'exécuter une obligation en nature appartenant au contenu obligationnel implicite<sup>1424</sup> ou explicite du contrat. Ce qui marque une rupture d'avec le droit positif actuel basé sur les articles 1641 et 1644 du code civil relatifs à la garantie des vices cachés. Sur la base de ces textes, la Cour de cassation décide<sup>1425</sup>, certes avec beaucoup moins d'étanchéité, que le créancier de l'obligation mal exécutée a toujours le choix entre l'action rédhibitoire<sup>1426</sup> et l'action estimatoire<sup>1427</sup>. Cette liberté de choisir entre la résolution et la réparation en nature a même été retenue alors que le débiteur offrait de réparer l'exécution défectueuse<sup>1428</sup>. Elle refuse néanmoins le droit à la résolution du contrat lorsque le défaut a d'ores et déjà été réparé<sup>1429</sup>.

---

<sup>1423</sup> Cela est possible bien que les Principes d'UNIDROIT ne contiennent aucune disposition analogue à l'article 8:104 des PDEC qui accueille expressément l'offre d'exécution émanant du débiteur : « *La partie dont l'offre d'exécution n'est pas acceptée par le cocontractant pour défaut de conformité au contrat peut faire une offre nouvelle et conforme si la date de l'exécution n'est pas arrivée ou si le retard n'est pas tel qu'il constituerait une inexécution essentielle* ».

<sup>1424</sup> WERY (P.), op. cit., p. 597, n° 21.

<sup>1425</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 1998, R.T.D.Civ., 1999, 127, obs. P.-Y. Gautier. La jurisprudence admet d'ailleurs régulièrement, que le créancier peut, après avoir exercé l'une, exercé l'autre tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande par décision passée en force de chose jugée ou que le vendeur n'y a pas acquiescé (Cass. com., 22 juill. 1953, D. 1953, p. 587 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 juill. 1974, Bull. civ., II, n° 231, p. 193 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1980, Bull. civ., I, n° 185, p. 150) et ce choix s'impose au juge (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 1988, Bull. civ., I, n° 334, p. 226, J.C.P., 1989, IV, 32).

<sup>1426</sup> L'action rédhibitoire ou l'action résolutoire permet à l'acheteur de rendre la chose atteinte de vice caché et de se faire restituer le prix.

<sup>1427</sup> L'action estimatoire permet au créancier dont la chose est atteinte de vice caché, de garder la chose et de se faire restituer une partie du prix.

<sup>1428</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 1995, J.C.P., 1995, IV, 1751, Bull.civ., I, n° 216, p. 153, R.T.D.Civ., 1996, 190, obs. P.-Y. Gautier. Adde, FOURMENT (F.), « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés », R.T.D.Com., n°3/1997, p.395.

<sup>1429</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 1997, R.T.D.Civ., 1998, p. 397, obs. P.-Y. Gautier. V. cependant, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 févr. 1988, Bull. civ., III, n° 38, p. 21, dans laquelle la Cour de cassation décide que les juges de fond n'ont pas à prendre en considération les interventions faites sur la chose par l'acquéreur qui reste libre de choisir entre les options qu'offre l'article 1644 du code civil.



620. L'article 7/4 de l'avant-projet OHADA, modifie fondamentalement la solution. Le caractère essentiel ou non du manquement n'a aucune influence sur la voie à choisir pour la correction du défaut. On retrouve ici l'exigence de bonne foi qui doit guider les parties dans toutes les phases de la vie contractuelle. Le créancier ne peut se cacher derrière une défectuosité de l'exécution aussi importante soit-elle, pour demander la rupture du lien contractuel si le débiteur manifeste son intention de corriger les défauts de la prestation fournie. Le droit à la correction subsiste même en cas de notification de la résolution. Les droits du créancier ne sont cependant pas sacrifiés au détriment de l'intérêt du débiteur de bonne foi. Le créancier a le droit de suspendre l'exécution de sa propre prestation jusqu'à la réparation ou au remplacement promis par le débiteur. L'objectif final est donc une fois de plus le maintien de l'utilité économique du contrat, qui doit rythmer avec un certain équilibre dans les prestations réciproques.

Il faudrait cependant que le débiteur soit dans les délais et que cette réparation ne cause aucun préjudice au créancier. Ce qui suppose que la première exécution ait été faite avant l'échéance du contrat ou que la réparation se situe dans un délai d'exécution supplémentaire accordé par le débiteur<sup>1430</sup>. Dans tous les cas, les frais de la réparation ou du remplacement incombent au débiteur ainsi que le préjudice subi du fait du retard dans l'exécution (article 7/4 5) de l'avant projet)<sup>1431</sup>.

## B – EN CAS DE RETARD DANS L'EXECUTION

621. L'inexécution est également constatée aux termes de l'article 7/1 du projet de droit des contrats OHADA, lorsqu'il y a un simple retard dans l'exécution. Dans ce cas, le projet du droit uniforme africain prévoit des

---

<sup>1430</sup> Art. 7/5 du projet d'Acte uniforme (7.1.5 des Principes d'UNIDROIT).

<sup>1431</sup> La réparation est également possible dans le cadre de la convention de Vienne qui reconnaît à l'article 37 que le vendeur peut réparer la marchandise manquante en cas de livraison anticipée, à condition que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni inconvénients, ni frais déraisonnables. De même, il a la possibilité de réparer après à ses frais tout manquement, à condition que cela n'entraîne un retard déraisonnable et ne cause à l'acheteur ni inconvénients déraisonnables ni incertitude quant au remboursement par le vendeur des frais qu'il a engagés (art. 48 paragraphe 1 CVIM).

mesures permettant de maintenir le contrat pour autant que le débiteur fasse preuve de bonne foi. Le créancier peut alors lui accorder un délai supplémentaire d'exécution (1) ou lui opposer l'exception d'inexécution (2).

## **1 – Le délai d'exécution supplémentaire**

**622.** Aux termes de l'article 7/5 du projet du droit des contrats OHADA, en cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations. Ce délai supplémentaire doit être distingué de ce qu'il n'est pas à savoir le délai de grâce de droit commun (a) pour qu'on puisse mieux appréhender son régime juridique (b).

### **a) Le délai d'exécution supplémentaire et le délai de grâce**

**623.** Le délai d'exécution supplémentaire est déjà réglementé en droit communautaire notamment en matière de vente commerciale où il est régi par les articles 251 alinéa 1 et 257 alinéa 1 de l'AUDCG. Il s'agit de la faculté offerte à chaque partie contractante de permettre à celle qui est prise de cours par le délai contractuel, d'exécuter ses obligations en lui octroyant un délai supplémentaire. C'est une règle de bienveillance contractuelle, la bonne foi du créancier exigeant une certaine indulgence à l'égard du débiteur. Elle se distingue du délai de grâce de droit commun régi par l'article 39 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution<sup>1432</sup>. En effet, bien que les deux moyens de suspension des obligations contractuelles soient destinés à humaniser l'exécution des obligations, il se trouve que le délai de grâce est un aménagement judiciaire du contrat alors que le délai supplémentaire du contrat s'octroi et s'exécute en dehors de toute instance juridictionnelle. Le délai de grâce peut être accordé au débiteur qui, poursuivi en justice par son créancier pour l'exécution de sa dette, fait montre de sa bonne foi et de sa

---

<sup>1432</sup> V. supra, n° 335 et ss.

volonté d'exécuter sa dette en dépit de la détresse économique dans laquelle il se trouve momentanément.

**624.** Par contre, le délai supplémentaire d'exécution est une mesure conventionnelle. Il résulte de la volonté du créancier et non de celle du juge, d'accorder une faveur à son débiteur qui ne s'est pas exécuter à l'expiration du délai contractuel. Il s'ensuit que les exigences relatives à l'octroi du délai de grâce ne sont point nécessaires dans l'octroi du délai supplémentaire d'exécution. Ce dernier est l'une des manifestations de la volonté des auteurs des droits supranationaux de dépassionner le débat sur l'inexécution des obligations contractuelles pour préserver l'essentiel dans une relation contractuelle, à savoir son utilité économique. En effet, si l'on admet avec M. Ghestin que le contrat doit être juste et utile<sup>1433</sup>, son anéantissement rétroactif ne peut être justifié que s'il ne remplit plus l'une et l'autre de ces attributs. Or un simple retard dans l'exécution, pour autant qu'il n'est pas préjudiciable à l'une des parties, ne devait pas entraîner son anéantissement si le contrat peut encore être économiquement ou socialement utile.

**625.** C'est ici qu'apparaît toute l'importance pratique de ce délai supplémentaire d'exécution. En effet, ce sont les parties qui sont les vraies maîtresses de leurs relations contractuelles. Elles sont les meilleurs juges de l'utilité économique de leur contrat. Elles sont donc mieux placées plus que le juge pour apprécier l'impact réel de l'inexécution, à savoir jusqu'à quel point elles peuvent la supporter<sup>1434</sup>. En cela, le délai d'exécution supplémentaire se distingue également du délai que le juge peut accorder au débiteur sur la base de l'article 1184 alinéa 3 du code civil devant une action en résolution pour inexécution car ici une fois de plus, il revient au juge d'apprécier selon les circonstances, l'opportunité de l'accorder.

---

<sup>1433</sup> GHESTIN (J.), «L'utile et juste dans le contrat », D. 1982, p. 1 et ss.

<sup>1434</sup> BORYSEWICZ (M.), « Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises », in Les ventes internationales de marchandises, Problèmes juridiques d'actualité, Economica, 1981, p. 38.

**b) Le régime juridique du délai supplémentaire d'exécution**

626. Le régime juridique du délai supplémentaire d'exécution est relativement souple. Ce délai doit être octroyé par le créancier par notification au débiteur en cas d'inexécution. En l'absence de cette notification, le débiteur ne peut prétendre bénéficier de ce terme suspensif et devra répondre de son inexécution ou d'une exécution tardive.

627. Le délai supplémentaire prive le créancier de demander l'exécution en nature du contrat et même de demander la résolution du contrat. Cependant, par souci d'équité qui prévaut dans les relations contractuelles, l'article 7/5 dans son paragraphe 2 dispose que le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et même demander des dommages-intérêts avant l'expiration de ce délai supplémentaire. De même, le créancier recouvre le droit à la résolution si le débiteur l'informe de ce qu'il ne s'acquittera pas de ses obligations dans le délai imparti ou lorsque, pendant ce délai, l'exécution correcte n'est pas intervenue. En outre, le créancier peut, dans la notification du délai supplémentaire, stipuler que l'inexécution des obligations dans le délai imparti mettra fin de plein droit au contrat, à moins que l'inexécution ne soit d'importance minime au regard de l'ensemble des obligations du débiteur.

628. En ce qui concerne la durée, tout comme en matière de vente commerciale, le délai doit être de durée raisonnable. Mais il appartient au créancier et non au débiteur de la déterminer. Il doit dans son pouvoir discrétionnaire tenir compte des circonstances de l'exécution, de la nature des obligations et pourquoi pas des difficultés qui justifient le retard dans l'exécution. En tout état de cause, lorsque le délai fixé n'est pas de durée raisonnable, le juge le porte à une durée raisonnable. On peut estimer qu'il reviendra au débiteur qui juge le délai déraisonnable de le démontrer, sinon un glissement est à craindre entre ce délai qui dépend avant tout de la volonté d'une des parties et le délai de grâce qui est une mesure purement judiciaire. Cette intervention du juge est en fait difficilement appréciable. Devra-t-il être

saisi par le débiteur dès la fixation du délai supplémentaire d'exécution de durée déraisonnable ou *a posteriori* lorsque le débiteur n'a pas pu s'exécuter dans l'intervalle de ce délai ? Les alinéas 2 des articles 251 et 257 de l'AUDCG ne prévoient pas une telle possibilité d'intervention dont l'efficacité est peu évidente. Parce que le jugement interviendra très souvent après un temps plus ou moins long, à moins que, on le souhaite, la compétence ne revienne au juge de référés, le fait pour le créancier de fixer un délai déraisonnable pourrait être apprécié par rapport à l'exécution faite par le débiteur. Si celui-ci a pu s'exécuter à l'intérieur d'un délai raisonnable, il n'encourra aucune sanction sinon les dommages et intérêts sur la base de l'article 7/5 paragraphe 2 de l'avant-projet, dans le cas contraire, le débiteur devra être sanctionné pour inexécution de ses obligations.

## 2 - L'exception d'inexécution

629. L'exception d'inexécution est un moyen de défense reconnu à chaque partie au contrat synallagmatique en raison de la réciprocité des obligations des parties. C'est un moyen de justice privée qui permet à une partie de suspendre l'exécution de sa propre prestation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due<sup>1435</sup>. Sa mise en œuvre suppose que la prestation de l'autre partie soit exigible<sup>1436</sup>, donc que les prestations réciproques soient successives. Cette règle de *l'exceptio non adimpleti contractus* est également présente mais avec plus de précisions et de souplesses dans le futur droit uniforme des contrats.

630. L'article 7.1.3 des Principes d'UNIDROIT (article 7/3 du projet OHADA relatif au droit des contrats) traduit en premier lieu fidèlement la conception classique de *l'exceptio non adimpleti contractus*<sup>1437</sup>. Il est généralement admis que lorsque la convention ou les usages précisent celui

---

<sup>1435</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 630.

<sup>1436</sup> Cass. com., 2 mai 1990, Bull. civ., IV, n° 129

<sup>1437</sup> « 1) Une partie tenue d'exécuter en même temps que l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas offert d'exécuter la sienne.  
2) Une partie tenue d'exécuter sa prestation après l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas exécuté la sienne ».

qui doit exécuter le premier, seule la partie tenue d'exécuter en second lieu ses obligations peut opposer l'exception<sup>1438</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation juge que l'acquéreur des parts d'une société civile immobilière ne peut refuser de répondre aux appels de fonds qui constituent la contrepartie de la poursuite de la construction de l'immeuble en arguant des défauts de la chose dans la mesure où, la garantie ne prenant naissance qu'à l'achèvement de l'ouvrage, les obligations de chacune des parties ne sont pas simultanées, mais successives<sup>1439</sup>.

**631.** En second lieu, l'article 7/16 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats (7.3.4 des principes d'UNIDROIT) traduit plus de souplesse en faveur de la partie qui « *croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie* » ; elle peut alors, pour être rassurée, « *exiger des assurances suffisantes de bonne exécution et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations* ». Cette disposition consacre une exception d'inexécution anticipée. Il ne s'agit plus de sanctionner la partie qui n'a pas exécuté ses obligations, mais plutôt de prévenir l'inexécution de son cocontractant. Elle se rapproche alors de l'exception d'inexécution autorisée par l'article 1653 du code civil aux termes duquel, « *si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que nonobstant le trouble, l'acheteur payera* ». Cette disposition autorise l'acheteur à suspendre le paiement du prix en cas de menace d'éviction<sup>1440</sup>.

---

<sup>1438</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 377 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), op. cit., 1989, n° 615 ; LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 700, p. 749.

<sup>1439</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 avril 1980, J.C.P. 1980, IV, p. 242.

<sup>1440</sup> L'article 1653 est applicable toutes les fois que le paiement du prix est réclamé à un acheteur contre lequel est dirigée une action qui peut avoir pour résultat de l'évincer (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 18 janv. 1983, Bull. civ., III, n° 17, p. 13). L'acquéreur ne peut se prévaloir de son droit de suspendre le paiement du prix de la vente en application de cet article sans mettre le vendeur en mesure de cesser le trouble ou de fournir une caution (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 1992, Bull. civ., II, n° 176, p. 107). V. également, Cass. com., 2 févr. 1993, Dr. Sociétés, 1993, n° 77, obs. H. Le Nabasque, R.T.D.Civ., 1993, p. 819, n° 1, obs. J. Mestre, qui admet que le juge de référé peut autoriser un cessionnaire de parts sociales à suspendre le paiement du prix de leur acquisition au motif qu'il sera probablement en droit de se prévaloir d'une clause de garantie stipulée en sa faveur.

Mais l'exception d'inexécution anticipée consacrée par le projet d'Acte uniforme à l'instar de celle qui est prévue par l'article 71 de CVIM, se démarque de la mesure prévue par l'article 1653 du code civil car il s'agit d'une mesure de portée générale.

632. Elle s'explique par un souci de protéger le contractant loyal qui exécute ses obligations mais qui hésite à mettre un terme prématurément au contrat, en dépit des signes tangibles d'une défaillance future mais probable de son cocontractant. Cet article 7.3.4 des Principes d'UNIDROIT, repris par l'article 8 :105 des PDEC permet, selon un commentateur, à ce contractant de suspendre temporairement son exécution en évitant tout autant le risque d'essuyer les critiques d'une résolution trop hâtive<sup>1441</sup>.

633. Cette mesure d'assouplissement peut présenter des risques de paralysie pour la relation contractuelle. Sa mise en œuvre suppose plus qu'actuellement, une exigence particulière de bonne foi de la partie qui l'oppose, pour qu'elle ne soit pas utilisée de manière abusive. Le texte ne donne aucune précision sur les garanties nécessaires qui peuvent être exigées pas plus qu'il n'en fait pour les circonstances réelles pouvant permettre au contractant de bonne foi de croire « *raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle* ». La logique de ce texte est difficile à saisir. Il est question pour le contractant loyal, « *par son comportement a priori, de prévenir le comportement contractuel à venir de son partenaire...* »<sup>1442</sup>.

634. On peut néanmoins se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation pour avoir des exemples de loyauté jadis requis pour la mise en œuvre de l'exception d'inexécution classique. De manière constante, elle décide que « *dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution par l'une des parties de quelques uns de ses engagements n'affranchit pas nécessairement l'autre de toutes les obligations ; qu'il appartient au juge de décider d'après les circonstances si cette inexécution est assez grave pour entraîner pareil*

---

<sup>1441</sup> CERMOLACCE (A.), « Inexécution », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 69.

<sup>1442</sup> CERMOLACCE (A.), op. cit., p. 70.

*résultat* »<sup>1443</sup>. D'une manière générale, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'apprécier « *si l'inexécution de ses obligations par l'une des parties à un contrat synallagmatique est de nature à affranchir l'autre de ses obligations* »<sup>1444</sup>. Il s'agit en fait de maintenir un certain équilibre entre l'obligation inexécutée et l'exception opposée, afin que « *la défense soit proportionnée à l'attaque* »<sup>1445</sup>. Mais ce contrôle ne peut être fait qu'*a posteriori* car l'exception d'inexécution est une mesure extrajudiciaire, qu'elle résulte d'une inexécution constatée ou d'une inexécution préventivement ressentie.

**635.** Il est vrai que l'analyse doit être différente dans le cadre de l'avant-projet d'Acte uniforme. Le parallèle entre l'exception d'inexécution en droit positif actuel et l'exception d'inexécution anticipée de l'avant projet est difficile à tenir. Dans la jurisprudence civile, l'inexécution doit atteindre un certain seuil pour justifier la suspension des obligations corrélatives de l'autre partie. Par contre, l'article 7/16 de l'avant-projet n'exige qu'une menace d'inexécution. Ce qui suppose que la suspension soit fondée sur des doutes ou des craintes du contractant loyal. Fort heureusement celles-ci doivent être raisonnables. Ce qui signifie que les craintes et les doutes doivent être appréciées objectivement et non subjectivement.

**636.** Lorsque l'exception d'inexécution est préventive, son succès dépend du devoir de coopération qui doit exister entre les parties. La partie contre laquelle le doute est formulé doit donner les assurances d'exécution à l'autre pour ne pas paralyser la relation contractuelle. Dans le silence des textes, on peut penser que les assurances de bonne exécution renvoient à des garanties supplémentaires, à savoir des sûretés et celles-ci ne doivent pas être

---

<sup>1443</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 1950 et 22 déc. 1950, S. 1951, 1, 189, note Brunet, Rev. Fermages 1950, p. 447 ; 21 oct. 1954, J.C.P. 1955, II, 8563, note Ourliac et De Juglart, R.T.D.Civ., 1957, p.143, obs. J. Carbonnier ;

<sup>1444</sup> Cass. com., 25 oct. 1977, Bull. civ., IV, n° 243, p. 204; 16 juill. 1980, Bull. Civ., IV, n° 297, p. 241, R.T.D.Civ., 1981, p. 398, n° 5, obs. F. Chabas; 11 mars 1974, Bull. Civ., IV, p. 241, n° 83.

<sup>1445</sup> PHILEBOUT (J.-F.), Recherches sur l'exception d'inexécution, thèse, Paris I, L.G.D.J, 1999, Préf. J. Ghestin, n° 210 et ss.



disproportionnées par rapport à la valeur de la prestation à accomplir<sup>1446</sup>. En tout état de cause, le rôle du juge peut être capital pour éviter des abus et respecter le principe de proportionnalité entre les inexécutions ou les risques d'inexécution. Ce n'est qu'à ce titre que le défaut de fourniture des garanties de bonne exécution peut donner à l'autre partie le droit de résoudre le contrat (article 7/15 de l'avant-projet) car l'exception d'inexécution est et demeure une situation provisoire qui ne saurait se perpétuer.

637. En somme, en cas d'inexécution du contrat, le projet de droit des contrats OHADA met en avant le rôle des parties pour sauver le contrat. La préférence pour la survie du contrat est manifeste à plusieurs égards. Qu'il s'agisse du droit de correction qui comprend le droit au remplacement ou le droit à la réparation, le projet de droit uniforme, suivant en cela ce qui avait déjà été prévu par le droit de la vente commerciale OHADA, offre aux contractants, les moyens de sauver elles-mêmes leur relation. La même analyse prévaut pour le délai supplémentaire d'exécution voire pour l'exception d'inexécution qui offrent aux parties le moyen de donner une chance au respect de la force obligatoire du contrat. Mais lorsqu'une partie se trouve dans l'impossibilité d'offrir exactement ce à quoi elle s'était engagée, le respect du contrat ne devrait-il pas conduire à une réfaction du contrat plutôt qu'à sa résolution?

## **Paragraphe 2 : La réfaction du contrat**

638. La réfaction du contrat *stricto sensu* s'entend de la réduction des obligations d'une partie au contrat de suite d'une exécution défectueuse de l'autre partie<sup>1447</sup>. Elle permet de maintenir le contrat en dépit du manquement de l'une des parties à certaines de ses obligations contractuelles. Ce mécanisme qui a été introduit en droit positif par la jurisprudence et récupéré

---

<sup>1446</sup> CERMOLACCE (A.), op. cit., p. 70.

<sup>1447</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 402.

par certaines lois<sup>1448</sup>, a un régime juridique bien défini (A) et mérite d'être inséré dans la théorie générale des contrats (B).

## A – LE REGIME JURIDIQUE DE LA REFACTION DU CONTRAT

**639.** La réfaction judiciaire du contrat est le fruit d'une longue tradition judiciaire qui trouve ses origines dans l'ancien droit. Son domaine de prédilection était alors la réduction des honoraires des jurisconsultes<sup>1449</sup> et elle était ainsi illustrée : « *les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour réduire le salaire des agents d'affaires, même dans le cas où il a été volontairement et librement stipulé par les parties* »<sup>1450</sup>. La réfaction a depuis lors été étendue à d'autres domaines notamment en matière de vente internationale des marchandises où elle sert de soubassement à l'obligation de délivrance<sup>1451</sup>.

**640.** En droit de la vente commerciale OHADA, la réfaction peut se faire à l'initiative du juge mais surtout à celle des parties. Il s'agit d'une faculté offerte à l'acheteur par l'article 260 de l'AUDCG selon lequel, « *en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été payé ou non, l'acheteur peut en réduire le prix proportionnellement à la différence*

---

<sup>1448</sup> V. par ex. l'action estimatoire de l'article 1644 du code civil qui permet au juge de maintenir le contrat en cas de vice caché non rédhibitoire ; en cas de perte de la chose louée (article 1722 du code civil) ou encore comme l'exigeait déjà l'article 13 de la loi du 29 juin 1935 en cas d'inexactitude des mentions exigées dans la vente d'un fonds de commerce.

<sup>1449</sup> ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in Mélanges, CABRILLAC, D. Litec, 1999, n° 2.

<sup>1450</sup> Cass. req., 29 févr. 1904, S. 1907, I, 309. Il est de manière générale enseigné que la fixation du prix n'est pas indispensable à la formation du contrat de louage d'ouvrage, conformément à la règle appliquée aux contrats n'engendrant pas une obligation de donner (Cass. com., 29 janv. 1991, Bull. civ., IV, n° 43). Dans ce cas, les juges du fond sont appelés à apprécier le montant du prix finalement demandé, mais la réduction suppose que le débiteur n'ait pas déjà versé cette somme en connaissance du travail effectué (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1986, J.C.P., 1987, II, 20791, note A. Viandier). En réalité, cette intervention du juge a toujours été admise même lorsque le prix a été fixé dès la formation du contrat (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 févr. 1973, Bull. civ., III, n° 145) et même dans les cas où le maître d'ouvrage aurait payé en connaissance du travail effectivement rendu, la répétition de l'indu peut prospérer s'il est démontré que les parties n'ont pas réellement entendu se mettre d'accord sur la rémunération (KULLMAN (J.), Les conditions de la réfaction judiciaire du prix, observations sous Cass. com., 2 mars 1993, D. 1994, somm., p. 11). L'équivoque de l'acceptation du prix peut être discerné dans l'inexistence ou l'insuffisance du service effectivement rendu (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1986, Pradel c/ Helias, non publié au Bulletin).

<sup>1451</sup> Article 50 CVIM.

*entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eue à ce moment* ». En d'autres termes, l'acheteur qui accepte une marchandise insuffisante ou tout simplement non conforme aux stipulations du contrat peut réduire proportionnellement le prix et lorsque les parties s'accordent sur le principe et le quantum de cette réduction, aucun recours au juge n'est nécessaire. En tout état de cause, le contrôle du juge ne peut intervenir qu'*a posteriori*.

**641.** La réfaction du contrat est une sanction certes souple mais qui porte atteinte au principe de l'effet obligatoire des contrats puisqu'elle aboutit à la réduction des obligations contractuelles<sup>1452</sup>. L'article 260 de l'AUDCG suivant en cela l'article 50 de la CVIM exige qu'elle ne soit mise en œuvre que sous certaines conditions. D'une part, il faudrait qu'il y ait un manquement à l'obligation de délivrance, notamment à l'obligation de conformité. Mais ce défaut de conformité ne doit pas constituer un manquement essentiel au contrat. Autrement dit, il ne doit pas priver l'acheteur de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat<sup>1453</sup>. Parce que le défaut de conformité est différent des vices cachés dont le vendeur doit la garantie<sup>1454</sup>, leur dénonciation ainsi que la notification de refaire le contrat est faite aussitôt la livraison effectuée, ou dans un délai relativement bref, du moins raisonnable, à partir du moment où l'acheteur l'a constaté ou aurait dû le constater<sup>1455</sup>.

**642.** Par sa mise en œuvre relativement facile dans la vente commerciale où l'initiative est laissée à l'une des parties, la réfaction du contrat peut, à l'instar de l'exception d'inexécution, être considérée comme une sorte de justice privée. Elle est d'ailleurs proche de l'exception d'inexécution, du moins

---

<sup>1452</sup> MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelles », op. cit., p. 61.

<sup>1453</sup> Lorsque le défaut de conformité constitue un manquement essentiel au contrat, l'acheteur est en effet fondé à demander la résolution du contrat ou à défaut, le remplacement de la marchandise délivrée (article 250 al. 2 AUDCG).

<sup>1454</sup> MBA-OWONO (Ch.), « Non conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit commercial africain », *Juridis Périodique*, n°41, 2000, p.107.

<sup>1455</sup> Art. 228 AUDCG.

partielle<sup>1456</sup> dans la mesure où c'est un moyen de défense de la partie qui n'a pas reçu une exécution totale de l'autre partie. Mais elle s'en sépare car la réfaction est une mesure définitive et peut même intervenir lorsque le prix de la marchandise a été payé. Dans ce dernier cas, elle se rapproche alors d'une résolution partielle du contrat, car le vendeur devra restituer la proportion de prix correspondant au manquement constaté.

**643.** La réfaction du contrat réglementée par l'AUDCG est donc un moyen de maintenir un contrat en dépit de l'exécution défectueuse par l'une des parties. Elle est offerte aux parties concurremment avec l'obligation de réparation dans la vente commerciale. En effet, l'un ou l'autre mécanisme de sauvegarde de la relation contractuelle ne peut être mis en œuvre dans le contrat de vente commerciale qu'en cas d'un manquement non essentiel au contrat.

**644.** Pourtant, il ne s'agit pas en réalité des mécanismes concurrents car l'un sert de soupape de sûreté à l'autre. Si l'acheteur est le seul à invoquer la réfaction du contrat, le vendeur quant à lui dispose de la faculté d'offrir la réparation du défaut de conformité. Il s'ensuit que l'acheteur de mauvaise foi qui veut profiter du défaut de conformité non substantiel pour résoudre le contrat pourra être contraint de maintenir la relation contractuelle par le vendeur qui offre de réparer le défaut de conformité. Et inversement, le vendeur ne peut refuser la réfaction du contrat qu'en offrant de rendre la marchandise conforme. Ainsi, la survie de la relation contractuelle ne dépend pas de la volonté d'une seule partie contractante. Les deux mécanismes permettent d'équilibrer les droits et obligations des parties au contrat. Il est donc nécessaire dans un souci de souplesse généralisée que la réfaction du contrat soit étendue à tous les contrats.

---

<sup>1456</sup> ALBIGES (Ch.), op. cit., n° 10

## B – LA NECESSITE D'UNE GENERALISATION DE LA REFACTION COMME SANCTION DE L'INEXECUTION

645. La réfaction du contrat est un mécanisme ignoré par le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats à l'instar des Principes d'UNIDROIT dont l'article 6.1.4 dispose que le créancier ne peut être obligé d'accepter une offre d'exécution partielle du contrat. Il s'agit juste d'un principe d'ordre général de l'exécution des obligations reconnu par toute législation contractuelle<sup>1457</sup>. Le débiteur doit en effet payer sa dette en totalité et dans les délais prévus. Mais un tel principe n'exclut pas que le créancier tienne compte des circonstances exceptionnelles ou met en avant l'utilité que peut lui procurer l'offre d'exécution partielle. L'acceptation d'une offre d'exécution partielle n'est d'ailleurs pas totalement exclue dans le cadre du projet d'Acte uniforme dans la mesure où ce texte reconnaît le droit à la réparation ou au remplacement comme des modalités du droit à l'exécution du contrat<sup>1458</sup>. Ce qui sous-entend que la première exécution aura été insuffisante.

Mais face à cette exécution défectueuse, l'avant-projet d'Acte uniforme préfère une réparation en nature à la compensation financière qui pourrait pourtant équilibrer les droits des parties au contrat. Par exemple, l'acheteur qui reçoit une marchandise non conforme mais dont le défaut ne le prive pas substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat ne pourra que demander la résolution du contrat si le vendeur s'obstine à ne pas la réparer ou la remplacer.

646. On peut néanmoins se poser la question de savoir si le juge ne serait pas tout de même investi d'une telle mission dans le cadre du futur droit uniforme des contrats tant les moyens d'intervention du juge dans la sphère des relations contractuelles sont désormais légion. Une telle intervention jadis considérée comme dépourvue de fondement juridique

---

<sup>1457</sup> C'est exclusivement sous le visa de l'article 1134 du code civil que la Cour de cassation censure les arrêts qui se réfèrent à l'équité pour réduire le prix demandé par le vendeur à l'acheteur (Cass. com., 9 oct. 1990, Viano c/ Limatrap, non publié au Bulletin).

<sup>1458</sup> Supra, n° 611 et ss.

indiscutable<sup>1459</sup>, pourrait se fonder sur l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat. La partie qui fait une mauvaise exécution de sa prestation ne peut de bonne foi exiger de son cocontractant l'exécution totale de sa contreprestation et, au lieu de résoudre le contrat, le juge pourrait simplement réduire les obligations de l'autre partie. La réfaction peut en outre être justifiée par le souci d'équité dans les contrats car elle permet de corriger les déséquilibres nés d'une mauvaise exécution du contrat<sup>1460</sup>. Si l'on admet le système de la réfaction, de tels faits peuvent logiquement motiver celle-ci car la solution revient finalement à mettre en place un raccourci juridique destiné à éviter les complications d'une mise en jeu de la responsabilité du contractant qui a exécuté imparfaitement sa mission et le cas échéant, à recourir à l'assureur de ce dernier<sup>1461</sup>.

**647.** Il est également soutenu que la réfaction peut être justifiée par le jeu de la compensation judiciaire. D'après M. Ghestin et ses coauteurs<sup>1462</sup> qui font un rapprochement entre la réfaction du contrat et la résolution partielle du contrat, le juge, après avoir écarté la résolution en raison du caractère insuffisant de l'inexécution, peut toujours condamner le débiteur défaillant à des dommages-intérêts. En compensant ceux-ci avec une fraction du prix dû, il arriverait aux mêmes résultats que s'il prononçait une résolution pour inexécution partielle du contrat. Si les deux résultats peuvent être comparables, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit des institutions ayant des fondements distincts, la réfaction ayant principalement pour fonction le maintien du contrat par un réarrangement de la prestation pécuniaire de l'une des parties<sup>1463</sup>.

**648.** Une telle solution, jusqu'alors enseignée en tant que sanction particulière de l'obligation de délivrance en matière commerciale<sup>1464</sup>, ne serait

---

<sup>1459</sup> G. Cornu, R.T.D. Civ., 1971, 172.

<sup>1460</sup> STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), Droit civil, Obligations, contrats, op. cit., n° 860.

<sup>1461</sup> KULLMAN (J.), « Les conditions de la réfaction judiciaire du prix », op. cit., p. 11.

<sup>1462</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 485.

<sup>1463</sup> Ibid.

<sup>1464</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Contrats spéciaux, par J.Y. GAUTIER Cujas, 1996, n° 322 s. ; COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), Contrats civils et commerciaux, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz,

d'ailleurs pas nouvelle dans la jurisprudence civile. La Cour de cassation a déjà imposé en matière civile la diminution du prix pour manquement du vendeur à une obligation de délivrance de la chose. En l'espèce, un particulier avait reçu livraison de piquets de clôture atteints d'un défaut de percement. Condamné par les juges du fond à acquitter le prix total de la facture pour le motif que ni la résolution de la vente, ni une diminution du prix n'avaient été demandées, il obtint la cassation de cette décision motif pris de ce que, s'il avait accepté de conserver les piquets défectueux, il contestait en devoir le prix<sup>1465</sup>. Si en effet l'acheteur accepte de conserver la marchandise qui lui est livrée alors que celle-ci est d'une qualité inférieure à celle qui avait été commandée, ce ne peut être, à l'évidence, que moyennant une diminution du prix initialement convenu. La cassation ici prononcée exprime le grief adressé au juge du fond de n'avoir point tiré « *les conséquences légales de ses constatations* » en ne procédant pas à la réfaction du contrat<sup>1466</sup>. Un raisonnement similaire avait déjà été adopté en matière de prestation de service. Les juges ont admis, comme sanction, la diminution du prix effectuée à l'initiative de l'une des parties en raison de l'exécution défectueuse du contrat<sup>1467</sup>. Il s'agit ici d'une sanction pas très novatrice car le juge s'est toujours immiscé dans l'exécution du contrat d'entreprise<sup>1468</sup> lorsque le prix exigé ne correspond pas à la prestation finalement fournie<sup>1469</sup>.

**649.** Toujours dans l'optique de la réduction judiciaire du prix du contrat, les décisions de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de l'indétermination du prix du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>1470</sup> ouvrent une brèche aux juges du fond lorsque le prix fixé unilatéralement est excessif. Lorsque la partie chargée de fixer le prix en abuse, ce prix peut être diminué

---

1996, n° 241 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), op. cit., n° 2537. Pour une application jurisprudentielle, Cass. com., 15 déc. 1992, Bull. civ., IV, n° 421.

<sup>1465</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1997, D. 1997, Somm., p. 345, obs. G. Paisant.

<sup>1466</sup> PAISANT (G.), note sous cet arrêt, Préc.

<sup>1467</sup> Paris, 17 mars 1987, D. 1988, Jur. p. 219, note Mirbeau-Gauvin, R.T.D.Civ., 1988, p. 535, obs. Mestre, Grands arrêts du droit des affaires, Dalloz, 1995, n° 28, p. 343, obs. J.-F. Renucci. V. également, Cass. com., 2 mars 1993, D. 1994, somm., p. 11, obs. J. Kullman, R.T.D.Civ., 1994, p. 346, obs. J. Mestre.

<sup>1468</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 1964, Bull. civ., I, n° 595.

<sup>1469</sup> KULLMAN (J.), observations sous cet arrêt, D. 1994, préc.

<sup>1470</sup> Pour les références v. supra, n° 31 et 376.

soit directement en réduisant la somme stipulée, solution suggérée<sup>1471</sup>, soit indirectement en attribuant, à titre de réparation, une indemnité qui corrige l'abus constaté tout en constituant une « *réfaction officieuse* »<sup>1472</sup> dont le juge a la charge.

650. On peut sans risque de se tromper dire que le juge appelé à statuer dans le cadre du droit uniforme OHADA sera pleinement investi de ce pouvoir de refaire le contrat mal exécuté par l'une des parties afin de maintenir l'équilibre contractuel et assurer la survie de la relation contractuelle. En effet, l'ensemble du texte se prononce nettement pour le *favor contractus*<sup>1473</sup>. On sait que la réfaction judiciaire du contrat est admise depuis longtemps dans les contrats d'entreprise en dépit du principe de l'intangibilité des contrats régulièrement affirmé par la jurisprudence, et une partie de la doctrine s'est toujours demandée pourquoi une telle discrimination entre le prix de l'obligation de faire et celui de l'obligation de donner<sup>1474</sup>. Il est donc temps de mettre un terme à cette jurisprudence discriminatoire<sup>1475</sup> et c'est exactement ce que la jurisprudence précitée essaie de faire.

Certes cette réfaction judiciaire est plus difficile à mettre en œuvre que celle prévue dans la vente commerciale ou encore par l'article 4. 401 des PDEC aux termes duquel, « *La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution conforme aurait eue à ce moment* ». Mais la

---

<sup>1471</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », P. A., 8 déc. 1993, n° 34, p. 19, LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distributions, D. Aff., 1996, p. 7.

<sup>1472</sup> REVET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p. 44, n° 18.

<sup>1473</sup> DARANKUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution » in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, p. 230 et ss.

<sup>1474</sup> GHESTIN (J.), « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D.1993, chron., p. 251, n° 7.

<sup>1475</sup> ALBIGES (Ch.), op. cit., p. 3 et ss.



réfaction judiciaire peut dans une moindre mesure permettre de rééquilibrer le contrat et éviter tout autant sa résolution.

**651.** L'option pour le maintien du contrat, bien qu'elle puisse entraîner parfois des entorses sur le contenu du contrat comme le démontre la réfaction du contrat, n'en constitue pas moins un procédé au service de la force obligatoire du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles<sup>1476</sup>. Elle permet au créancier d'obtenir plus ou moins ce qu'il était en droit d'attendre du contrat. Par contre, la résolution, sanction traditionnelle de l'inexécution du contrat, prive entièrement les parties des droits qu'ils détenaient du contrat. A l'instar de la nullité du contrat, elle opère rétroactivement, tout devant se passer comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Ce qui en soi n'est qu'un mythe, difficile à réaliser à la lettre des mots, en l'occurrence lorsque la rupture devra être prononcée après de longues années de procédures judiciaires. C'est pourquoi, dans un souci d'assouplissement des sanctions de l'inexécution, la rupture du lien contractuel a été réaménagée.

## SECTION 2

### LE REAMENAGEMENT DE LA RUPTURE DU LIEN CONTRACTUEL

**652.** Lorsque le contrat fait naître des obligations réciproques entre les parties, il est normal que la partie qui n'a pas reçu la prestation qu'elle était en droit d'attendre de l'autre puisse rompre la relation contractuelle<sup>1477</sup>. Elle peut en effet légitimement craindre que le contrat ne lui apporte que des déboires<sup>1478</sup> ; aussi, serait-il préférable qu'elle mette un terme à la relation

---

<sup>1476</sup> DE MATOS (A.-M.), « Obligations autres que de sommes d'argent » in *Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine*, n° 114, avril 2003, p. 75.

<sup>1477</sup> Le débiteur ne peut en effet invoquer la résolution du contrat même s'il n'a pu exécuter le contrat nonobstant prorogation du délai, car ce serait contraire au principe de l'effet obligatoire du contrat. La résolution est donc un instrument au service du seul créancier (GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 429).

<sup>1478</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 389.

contractuelle pour ne pas voir son préjudice s'accroître indéfiniment. Par la même occasion, il pourra chercher un contrat de remplacement. Cette rupture du lien contractuel est la résolution du contrat. Traditionnellement, on lui reconnaît les effets d'une nullité car elle opère rétroactivement. Tout doit se passer comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Les parties devant restituer tout ce qu'elles ont reçu en exécution du contrat résolu. Mais lorsque le contrat est à exécution successive, la rupture du lien contractuel n'opère que pour l'avenir. On parle alors de résiliation du contrat. Ainsi, en cas de rupture du bail pour non paiement des loyers, le preneur devra néanmoins s'acquitter des loyers échus.

653. Cette règle très classique sera bousculée comme bien d'autres par la future réglementation communautaire sur le contrat. En effet, à l'instar des Principes d'UNIDROIT, elle étend le principe de la non rétroactivité de la résolution à tous les contrats sans distinction aucune. En outre, le projet d'Acte uniforme sur les contrats opte pour la résolution par simple notification du contrat alors que conformément à l'article 1184 du code civil, la résolution doit être demandée en justice<sup>1479</sup>.

654. Une autre innovation résidera dans la réparation du dommage subi du fait de l'inexécution. Que le contrat ait été résolu ou non, la mauvaise exécution du contrat par l'une des parties peut causer un préjudice à l'autre partie. Ce préjudice doit être réparé par les règles de la responsabilité contractuelle par l'attribution des dommages-intérêts compensatoires<sup>1480</sup>. Alors que le code civil institue à l'article 1150 le principe de la réparation intégrale, l'avant projet limite la portée de cette obligation en imposant des

---

<sup>1479</sup> La Cour de cassation retient ainsi qu'« *abstraction faite de tous autres motifs, surabondants* », la résolution d'une vente aux torts exclusifs de l'acheteur et sa condamnation à des dommages-intérêts était justifiée, au regard de l'article 1184 al. 3, par la seule constatation que celui-ci « *avait de son propre chef et sans recourir à la justice, rompu le contrat pour retard mis par son cocontractant à exécuter son obligation* » (Cass. com., 24 janv. 1980, Bull. civ., IV, n° 273, p. 211) ou encore qu' « *au cas où l'une des parties à un contrat synallagmatique n'exécute pas ses obligations, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté doit, si elle opte pour la résolution de la convention, demander celle-ci en justice* » (Cass. com., 25 mars 1991, Contrats, conc. consomm., 1991, n° 162, obs. Leveneur).

<sup>1480</sup> V. DELEBECQUE (Ph.), « Régime de la réparation », J.-Cl. Civ., 1985, Fasc.21, Art. 1146 à 1155.

règles de bienveillance à chaque partie. Ces règles doivent être prises en compte dans l'évaluation définitive du préjudice réparable. Il s'agit principalement de l'obligation de minimiser le préjudice dont le non respect peut être sanctionné dans le droit de la vente commerciale OHADA. Il s'ensuit que la nouvelle législation en suivant quelques règles déjà tracées par le droit des contrats spéciaux communautaire, prend en compte les comportements dans l'évaluation du préjudice (paragraphe 2) et prévoit autrement la résolution pour inexécution (paragraphe 1).

## **Paragraphe 1 : Un meilleur encadrement de la résolution pour inexécution**

655. Contrairement au droit positif actuel et notamment au code civil qui ne fait aucune classification entre les différents degrés de l'inexécution<sup>1481</sup>, les Principes d'UNIDROIT distinguent l'inexécution normale, de l'inexécution essentielle. Alors que la première ne peut en aucun cas donner droit à la rupture du lien contractuel, la seconde, lorsqu'elle est constatée, donne au créancier le droit de demander non seulement la résolution judiciaire, donc, la sanction la plus radicale, mais également de se prévaloir des autres moyens de défense<sup>1482</sup>. La qualification d'inexécution essentielle a donc une importance particulière pour le sort du contrat. L'innovation sans être inédite, est majeure car lorsque l'inexécution essentielle est constatée (A), le créancier peut mettre un terme unilatéralement au contrat (B) et la résolution n'a pas en principe d'effets rétroactifs (C).

---

<sup>1481</sup> Aux termes de l'article 1184 al. 2, « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ». *Stricto sensu*, cette disposition laisse la possibilité au demandeur de choisir entre la résolution et l'exécution en nature, sans donner aucune précision sur l'importance de l'inexécution reprochée au débiteur.

<sup>1482</sup> Il peut s'agir de la faculté de remplacement, de la réparation en nature et surtout de l'exception d'inexécution.

## A – L'EXIGENCE D'UNE INEXECUTION ESSENTIELLE DU CONTRAT

656. Aux termes de l'article 7/13 paragraphe 1 de l'avant-projet d'Acte uniforme (7.3.1 paragraphe 1 des Principes d'UNIDROIT), le droit à la résolution est acquis pour une partie s'il y a une inexécution essentielle de la part de l'autre partie. L'inexécution essentielle qui est une notion voisine sinon comparable à celle de privation substantielle, condition de la résolution de la vente commerciale OHADA<sup>1483</sup>, se réalise lorsque à l'échéance, le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation qui était de l'essence du contrat (1). Toutefois, contrairement au droit positif actuel, l'article 7/15 de l'avant-projet (7.3.3 des Principes d'UNIDROIT) prévoit une possibilité de résolution du contrat alors même que le délai d'exécution n'est pas encore expiré. La partie qui croit raisonnablement que l'autre n'exécutera pas une obligation essentielle peut alors mettre un terme préventivement à la relation contractuelle (2).

### 1 – La notion d'inexécution essentielle

657. La question à résoudre face à une inexécution est généralement celle de savoir si elle est suffisante pour qu'on puisse prononcer la résolution du lien contractuel ou non. L'avant projet d'Acte uniforme définit avec précision ce qu'on doit entendre par inexécution essentielle. Aux termes de l'article 7/13, « 1) *Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.*

*2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes :*

*a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ;*

*b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat ;*

---

<sup>1483</sup> DARANKOUM (E.), « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002, p. 117 et ss.

- c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire ;
  - d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat ;
  - e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat.
- 3) En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat si le débiteur n'exécute pas dans le délai visé à l'article 7/5 ».

Ainsi, contrairement à l'article 248 de l'AUDCG qui donne une définition générale de la notion de privation substantielle<sup>1484</sup>, les auteurs de l'avant projet s'attellent à apporter des précisions nécessaires sur les circonstances à prendre en compte pour qualifier une inexécution d'essentielle.

**658.** Le droit positif actuel formulé par la jurisprudence reconnaît au juge un pouvoir autonome d'appréciation de l'importance de l'inexécution pouvant donner lieu à la résolution du contrat<sup>1485</sup>. Il existe donc des décisions qui épousent parfaitement la définition d'inexécution essentielle telle que définie par certains paragraphes de l'article 7/13 de l'avant projet d'Acte uniforme<sup>1486</sup>. Cependant, le parallélisme ne peut être total car la stricte définition de l'inexécution essentielle limite les pouvoirs d'appréciation du juge<sup>1487</sup> et loin de marquer une certaine rigidité, elle traduit la volonté de permettre à la partie qui veut résoudre le contrat unilatéralement de maîtriser les contours de la notion d'inexécution essentielle. Ce texte combine à la fois

---

<sup>1484</sup> « Un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre un préjudice tel qu'il le prive substantiellement de ce qu'elle était en droit de s'attendre du contrat, à moins que ce manquement n'ait été causé par le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure ».

<sup>1485</sup> La Cour de cassation retient de manière constante, qu' « il appartient aux tribunaux de rechercher dans les termes du contrat et dans l'intention des parties quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier d'après les circonstances de fait si cette inexécution a eu assez d'importance pour que la résolution soit immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par l'octroi de dommages-intérêts ; ce pouvoir d'appréciation est souverain » (Cass. civ., 5 mai 1920, S. 1921, 1, p. 298, D.P. 1926, 1, p. 37. V. également, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 févr. 1987, Bull. civ., III, n° 25, p. 15 ; 7 oct. 1987, Bull. civ., IV, n° 162, p. 94 ; Cass. com., 24 nov. 1987, D. 1990, somm., p. 321, obs. J. Huet ; 6 mai 1990, Bull. civ., IV, p. 51, p. 74).

<sup>1486</sup> Cass. com., 2 juill. 1996, Bull. Civ., IV, n° 198, J.C.P., éd. G., 1996, I, n° 3983, n° 14, note Ch. Jamin, Defrénois, 1996, n° 146, obs. D. Mazeaud.

<sup>1487</sup> CERMOLACCE (A.), op. cit., p. 67.

les critères conventionnels, économiques et subjectifs qui doivent être pris en compte afin que la résolution réponde aux objectifs d'équilibre contractuel.

### **a) Le respect de l'obligation comme valeur essentielle du contrat**

659. L'inexécution est essentielle si « *la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat* ». Cette condition renvoie directement à la volonté des parties au contrat. Il est question de savoir si au moment de la conclusion du contrat les parties ont fait du strict respect de l'obligation non exécutée l'essence même du contrat. Elle ne renvoie pas automatiquement à l'obligation principale, à l'importance de l'obligation inexécutée ou à la gravité de l'inexécution<sup>1488</sup>, mais à l'intérêt particulier que les parties ont accordé à la clause considérée. Cet intérêt légitime doit être recherché non seulement dans la lettre du contrat, mais pourquoi pas, dans la commune intention des parties. L'appréciation de la légitimité s'opère ainsi par ce qui, dans l'intention des parties, constituait véritablement l'engagement contractuel. Une légitimité intrinsèque de résilier unilatéralement la convention résulte de cette analyse de la force obligatoire<sup>1489</sup>.

Il en résulte que la résolution peut être encourue alors même que l'inexécution n'est que partielle ou que l'obligation inexécutée n'était pas l'obligation principale. Cette obligation essentielle peut être d'origine légale, sans que les parties soient obligées de l'insérer dans le contrat. C'est le cas en France du bailleur qui peut demander la résolution du contrat de bail lorsque le preneur n'a pas souscrit de police d'assurance pour le bien loué ou lorsqu'il l'a souscrite tardivement<sup>1490</sup>.

660. Ce caractère de l'inexécution essentielle semble être une prise en compte de l'institution anglo-saxonne de *condition* qui est définie comme « *une déclaration portant sur des faits ou un engagement qui constituent un*

---

<sup>1488</sup> CERMOLACCE (A.), op. cit., p. 67.

<sup>1489</sup> LE BARS (B.), «La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », D. 2002, chron. p. 381, n° 12.

<sup>1490</sup> Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, art. 7. g.

*élément essentiel du contrat* »<sup>1491</sup>. Le créancier est dispensé de toute exécution et la résolution prononcée aux torts exclusifs du débiteur si la déclaration est inexacte ou l'engagement non respecté. Par exemple, dans une espèce, alors qu'une clause contractuelle prévoyait que « *le navire doit partir de l'Angleterre avant ou le 4 février prochain* », la *Court of Common Pleas* donna raison aux affréteurs qui, à l'arrivée de la cargaison avaient refusé de prendre livraison au motif que le navire n'avait quitté l'Angleterre que 4 jours après le 4 février, et que le contrat avait pris fin du seul fait de ce retard, car la seule manière de donner effet à cette clause était de la considérer comme une *condition* du contrat<sup>1492</sup>. En somme, c'est la considération particulière que les parties ont attaché à cette obligation qui justifie l'anéantissement du lien contractuel.

## **b) L'incidence de l'inexécution sur les attentes légitimes du créancier**

**661.** L'inexécution peut également être essentielle si elle « *prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat* ». Il s'agit ici de la condition exigée par l'article 248 de l'AUDCG à propos de la vente commerciale. Ce critère est lié, contrairement au précédent, non à l'importance de l'obligation inexécutée, mais à la gravité des effets que l'inexécution produit<sup>1493</sup>. Le manquement est alors essentiel quand le créancier subit un préjudice qui lui fait perdre tout intérêt au contrat<sup>1494</sup>. Ce qui doit retenir l'attention dans ce critère c'est une interprétation plus objective du contrat. Le but est de savoir quelle était l'utilité du contrat pour le créancier et si l'inexécution est telle qu'elle le prive substantiellement de cette utilité du contrat. En clair, « *en sus de l'élément subjectif, un autre élément objectif ou normatif visant l'interprétation du contrat doit être introduit pour permettre au juge d'apprécier les attentes du créancier en*

---

<sup>1491</sup> PHILIPPE (D.), « L'usage des termes juridiques anglo-saxons dans la vie des affaires » in Mélanges M. Fontaine, Larquier, Bruxelles, 2003, p. 500.

<sup>1492</sup> Rapportée par D. PHILIPPE, *ibid*, note n° 14.

<sup>1493</sup> CERMOLACCE (A.), *op. cit.*, p. 68.

<sup>1494</sup> NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », *op. cit.*, p. 120.

*fonction des circonstances de la cause et de l'économie contractuelle. Autrement dit, on ne s'en remet donc pas à une appréciation strictement personnelle faite par la victime, c'est-à-dire non pas à ce qu'elle s'attendait du contrat, mais ce à quoi elle était en droit de s'attendre* »<sup>1495</sup>.

662. C'est ce qu'exige parfois la Cour de cassation des juges du fond lorsqu'ils sont appelés à apprécier souverainement si l'inexécution est telle qu'elle puisse entraîner la résolution du contrat. Elle a ainsi jugé qu'un retard dans l'exécution du contrat ne justifiait pas nécessairement le prononcé de la résolution<sup>1496</sup>, à moins qu'il n'ait de trop graves conséquences<sup>1497</sup>. Elle retient également que la gravité des fautes d'exécution commises par un entrepreneur résultait certes de la description qu'en avait faite l'expert, mais aussi du « *coût de la remise en ordre des lieux* »<sup>1498</sup>, ce qui prouve que l'importance du préjudice subi est pris en compte dans l'appréciation de la gravité du manquement<sup>1499</sup>.

Toutefois, la Cour de cassation ne fait pas de l'existence d'un préjudice une exigence *sine qua non* pour le prononcé de la résolution<sup>1500</sup>. Dans la conception du code civil, « *le dommage est en quelque sorte impliqué par la violation du contrat, sans qu'il soit besoin de justifier d'un préjudice particulier* »<sup>1501</sup>. D'où la différence d'avec l'article 7/1 de l'avant projet d'Acte uniforme. Le critère présentement analysé exige qu'on aille au-delà du « *noyau dur* » du contrat, de « *ce qui justifie très objectivement l'opération*

---

<sup>1495</sup> DARANKOUM (E.), op. cit., p. 117. V. également, CLAUDE SAMSON, « Étude comparative de certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1980 et des règles de droit québécois en la matière », in Actes du colloque sur la vente internationale, Wilson & Lafleur, 1989, p. 124.

<sup>1496</sup> Cass. civ., 1<sup>er</sup> déc. 1908, D. P. 1909, I, p. 420; 27 nov. 1950, Bull. civ., I, n° 237, p. 182; 24 févr. 1970, Bull. civ., I, p. 54, n° 67.

<sup>1497</sup> Cass. civ., 30 nov. 1949, Gaz. Pal., 1950, 1, p. 38, R.T.D.Civ., 1950, p. 183, n° 2, obs. H. et L. Mazeaud.

<sup>1498</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 1974, Bull. civ., III, n° 468, p. 363.

<sup>1499</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 456, p. 518.

<sup>1500</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 1971, Bull. civ., III, n° 53, p. 90; 4 févr. 1976, Bull. civ., I, n° 53, p. 43; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 1982, J.C.P., éd. G., 1982, IV, p. 246; 26 janv. 1983, J.C.P., éd. G., 1983, IV, p. 107;

<sup>1501</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 456, p. 518.



*contractuelle* »<sup>1502</sup>, à savoir l'essence du contrat, pour apprécier objectivement l'incidence réelle de l'inexécution sur les attentes du créancier.

**663.** Il en résulte que ce n'est pas parce qu'une inexécution touche à une obligation essentielle, c'est-à-dire à la cause de l'obligation que le contrat sera forcément résolu. On rejoint ici le critère de l'utilité économique du contrat qui implique une mise en balance des intérêts respectifs des parties<sup>1503</sup>. Du côté du créancier, on doit rechercher si au-delà de l'inexécution reprochée au débiteur, le contrat peut encore lui procurer une utilité économique. Il sera donc judicieux de mettre en balance « *l'intérêt du créancier à la continuation du contrat et son intérêt à la résolution de ce même contrat* »<sup>1504</sup>. Du côté du débiteur, l'article 7/13 de l'avant projet d'Acte uniforme exige qu'on prenne en considération le fait que le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat. Il faut en effet reconnaître que la rupture des anticipations rationnelles et légitimes d'une partie au contrat se manifeste toujours par une perte économique de l'autre partie. Une partie ne saurait donc rompre l'équilibre issu du contrat si l'avantage qu'elle en tire est disproportionné par rapport à la charge corrélative qu'elle fait subir à son cocontractant<sup>1505</sup>.

**664.** En somme, c'est le respect des intérêts de chaque partie qui est exigé par le texte. C'est à quelques différences près, le devoir de coopération exigée par les auteurs favorables à l'émergence d'« *un monde contractuel*

---

<sup>1502</sup> SERIAUX (A.), note sous Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1996, jur. p. 123, n° 5.

<sup>1503</sup> Le critère économique dont il est fait référence ne se confond pas avec l'analyse purement économique du contrat proposée par les économistes selon laquelle, le contrat sera utile économiquement en fonction de sa capacité à augmenter la richesse monétaire de la société (STROWEL (A.), *Utilitarisme et approche dans la théorie du droit : autour de Bentham et Posner*, Archives de philosophie du droit, 1992, p. 143). D'après cette analyse, le contractant pourrait anticiper la performance de son contrat pour apprécier, en prenant en considération les coûts induits par la rupture, s'il est plus rentable pour lui de rompre la convention ou de continuer à l'exécuter. Si le bénéfice tiré de la rupture est positif pour son auteur, il serait possible de parler d'une rupture conforme à l'intérêt social (LE BARS (B.) « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », op. cit., p. 381, n° 9).

<sup>1504</sup> DARANKOUM (E.), op. cit., p. 117 et ss.

<sup>1505</sup> COPPENS (Ph.), « De l'intention et de la volonté dans les contrats », in *Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003*, p. 101.

*meilleur* », où les relations entre parties seraient marquées même au moment de la rupture du lien contractuel par le *jus fraternatis*<sup>1506</sup>. C'est ce à quoi renvoie cette disposition, car le créancier ne saurait profiter d'une faute dans l'exécution pour anéantir complètement le débiteur qui plus est, peut être de bonne foi. La bonne foi est donc requise dans la mise en œuvre de la résolution car le créancier doit justifier en quoi est-ce que le contrat est devenu inutile pour lui, et éviter que la résolution ne cause un grave préjudice à son débiteur. De là à la consécration d' « *un devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui* »<sup>1507</sup>, d'un « *altruisme contractuel, respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants et aux difficultés qui peuvent frapper chacun* »<sup>1508</sup>, il y a un pas, qu'on se gardera cependant de franchir.

**665.** Pour renforcer cette exigence de loyauté, l'article 7/13 de l'avant-projet précise que le créancier doit en outre avoir des raisons de croire qu'il ne pourra plus dans l'avenir compter sur l'exécution du contrat. Ce qui veut dire *a contrario* que la résolution peut lui être refusée si le débiteur offre de réparer l'exécution défectueuse ou qu'il peut toujours exécuter le contrat dans son entier malgré le retard. Dans ce cas, la résolution ne peut être prononcée que si le débiteur n'a pu exécuter le contrat en dépit du délai supplémentaire de l'article 7/5.

### **c) L'inexécution intentionnelle**

**666.** Le droit à la résolution du contrat peut enfin être acquis lorsque « *l'inexécution est intentionnelle ou téméraire* ». L'inexécution intentionnelle suppose une intention malveillante, une volonté manifeste d'une partie de ne pas exécuter son obligation contractuelle. Elle ne peut donc qu'entraîner une

---

<sup>1506</sup> V. particulièrement, MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 603 et ss., JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 441 et ss.

<sup>1507</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 619.

<sup>1508</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 609.

résolution du contrat dans la mesure où l'un des contractants est de mauvaise foi. L'autre ne pouvant rien attendre de lui, ne peut que lui notifier la résolution du contrat. L'inexécution est en effet essentielle du seul fait qu'elle soit intentionnelle, même si elle est mineure et ne prive pas le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat<sup>1509</sup>. Cette hypothèse se rapproche du dol dans l'exécution généralement sanctionné par la jurisprudence<sup>1510</sup>.

Ce qui était sanctionné souvent par le biais de la responsabilité civile délictuelle<sup>1511</sup>, l'objectif étant de sanctionner le comportement déloyal d'un contractant qui, à un moment donné de la relation contractuelle, fait à ce que l'autre perde toute confiance à son égard. A cette hypothèse, peut être rapprochée celle dans laquelle l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter à l'avenir sur l'exécution du contrat. Le créancier est également en droit de perdre toute confiance à l'endroit de son débiteur si celui-ci n'a pas exécuté le contrat après l'échéance du délai supplémentaire d'exécution.

**667.** En dernière analyse, l'avant projet d'Acte uniforme enferme le droit à la résolution dans des hypothèses bien précises. Selon les circonstances, le juge ou l'arbitre doit rechercher si les conditions de cet article sont réunies. Cette précision est nécessaire car la résolution étant unilatérale, il est important que la partie qui va la mettre en œuvre puisse avoir une connaissance exacte des conditions de sa mise en œuvre ; ce que ne permet pas le système actuel dans lequel il revient aux juges du fond de qualifier un manquement de « *suffisant* ». L'embrouille peut tout de même surgir avec l'admission d'une résolution unilatérale anticipée.

---

<sup>1509</sup> CERMOLACCE (A.), op. cit., p. 68.

<sup>1510</sup> Cass. com., 7 mai 1980 (2 arrêts), J.C.P., éd. G., 1980, II, n° 19473, note R. Rodière, D. 1981, Jur., p. 245, note F. Chabas.

<sup>1511</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1975, D. 1975, IR, p. 258, J.C.P. éd. G., 1975, IV, p. 346, R.T.D.Civ., 1976, p. 362, obs. G. Durry.

## **2 - La possibilité d'une résolution préventive à la contravention essentielle**

**668.** Aux termes de l'article 7/15 de l'avant-projet d'Acte uniforme (7.3.3 des Principes d'UNIDROIT), « *Une partie peut être 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* ». Cette résolution n'est possible que si la demande du créancier en vue d'obtenir les assurances de bonne exécution est restée sans effet<sup>1512</sup>. Elle apparaît comme l'ultime moyen de défense du contractant de bonne foi qui, ne saurait attendre l'exécution d'un contrat qui manifestement ne le sera pas. La demande des assurances de bonne exécution est d'abord suivie d'une simple suspension de l'exécution ; ce n'est que parce que cette demande n'est pas satisfaite qu'elle sera en droit de résoudre le contrat. Cette possibilité de résolution anticipée du contrat rompt entièrement avec le droit de la résolution judiciaire du contrat actuel. En effet, seule une inexécution à l'échéance peut fonder jusqu'alors une action en résolution du contrat. Or l'hypothèse étudiée suppose que l'échéance n'est même pas arrivée. La sanction à première vue est sévère pour le débiteur car on ne lui laisse aucune chance de se rattraper. Elle est par contre propice à la célérité des affaires car elle offre la possibilité aux parties de se délier promptement d'un accord qui ne produira manifestement pas l'utilité économique qui était attendue.

**669.** L'objectif des auteurs de l'avant projet d'Acte uniforme est d'encadrer la résolution du contrat dans des conditions bien définies sans que le contrat ne devienne cependant un piège pour les parties. La recherche de la survie du contrat ne corrobore donc pas avec une rigidité absolue des règles de résolution du contrat. Bien au contraire, lorsque ces conditions sont réunies, les Principes à l'instar de l'avant projet d'Acte uniforme, permettent aux parties de vite se libérer pour chercher si possible les contrats de

---

<sup>1512</sup> V. supra, n° 629 et ss.

remplacement<sup>1513</sup>. Et ceci est favorisé par l'admission de la résolution extrajudiciaire.

## B – LA RESOLUTION EXTRAJUDICIAIRE DE PRINCIPE

670. Le principe de la résolution extrajudiciaire est le principe selon lequel la partie victime d'une inexécution essentielle de l'autre partie peut résoudre unilatéralement le contrat, par une simple notification au débiteur<sup>1514</sup>. L'article 7/14 de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif aux contrats (7.3.2 des Principes d'UNIDROIT) dispose ainsi que « *la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur* ». Cet article pose un principe contraire de celui qui est en vigueur actuellement dans les pays membres de l'OHADA héritiers du code civil de 1804 (1) en y apportant des tempéraments nécessaires à son efficacité puisque la résolution extrajudiciaire peut faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* du juge (2).

### 1 – Le principe

671. La notion de résolution extrajudiciaire doit être distinguée de la résolution amiable et de la résolution conventionnelle. Parce que le contrat est par définition la « *chose des parties* », il leur est loisible de convenir ensemble de mettre fin au contrat : on parle alors de résolution amiable<sup>1515</sup>. Elle résulte de la commune volonté des parties et ne constitue pas toujours une sanction de l'inexécution. Lorsqu'elle est tacite et résulte des circonstances, on parle de *mutuus dissensus*<sup>1516</sup>. Elle repose sur la formule selon laquelle, ce que les parties ont fait par leur accord mutuel, par leur *mutuus consensus*, elles ne

---

<sup>1513</sup> Dans le même sens, JAMIN (Ch.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », op. cit., p. 76, n° 5.

<sup>1514</sup> Elle se distingue de la faculté de résiliation unilatérale reconnue aux parties unies par un contrat à durée indéterminée (ou à certaines parties dans certains contrats spéciaux comme le bail, le contrat de travail ou encore le contrat de société), parce que celle-ci ne sanctionne pas une inexécution, mais constitue un aménagement du principe de l'interdiction des engagements perpétuels (Voir, DELEBECQUE (Ph.), « L'anéantissement unilatéral du contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p. 65).

<sup>1515</sup> BENABENT (A.), op. cit., n° 310, p. 222; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 472, p. 468.

<sup>1516</sup> La révocation amiable joue en principe en toute matière sauf pour le contrat de mariage.

peuvent le défaire que par leur volonté commune (article 1134 alinéa 2 du code civil), par leur *mutuus dissensus*<sup>1517</sup>. La résolution extrajudiciaire quant à elle, émane d'une seule partie, en l'occurrence le créancier qui est le seul à la faire prévaloir contre le débiteur. Elle est différente de la résolution judiciaire par le seul fait qu'elle est mise en œuvre en dehors des instances juridictionnelles. On parle de la résolution conventionnelle en revanche lorsque le contrat organise les conditions de la résolution en stipulant une ou des clause(s) de résolution expresse. Il est généralement admis que ces clauses ne donnent pas au créancier de l'obligation inexécutée le droit de résoudre le contrat de plein droit, mais modifient plutôt l'office du juge, en réduisant ses pouvoirs d'appréciation de l'inexécution<sup>1518</sup>.

**672.** La résolution extrajudiciaire traduit ce qu'on désigne sous le nom de résolution unilatérale. Bien que l'article 1184 du code civil exige que toute résolution soit demandée en justice, la jurisprudence, suivie par certaines lois spéciales, a développé un courant de résolution unilatérale qui permet à une partie de rompre unilatéralement un contrat sans recours préalable en justice. La règle fut d'abord retenue dans les contrats à durée indéterminée<sup>1519</sup>, ensuite ce sont les lois spéciales qui ont donné à une partie le droit de résoudre le contrat unilatéralement<sup>1520</sup> et aujourd'hui la jurisprudence a étendu le principe de la résolution unilatérale du contrat dans des situations un peu variées<sup>1521</sup>, sans pour autant en faire un principe d'ordre général<sup>1522</sup>. Il

---

<sup>1517</sup> LE BARS (B.) «La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », op. cit., p. 381, n° 6.

<sup>1518</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 601 et ss. ; BENABENT (A.), op. cit., n° 396 et ss., TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 662 et ss. Il est notamment jugé que lorsque les conditions d'exécution d'une clause de résiliation de plein droit sont réalisées, le juge est dans l'obligation de constater la résiliation sans qu'il lui soit permis d'en reprendre ou d'en paralyser les effets, (Cass. civ., 12 mars 1954, D. 1954, p. 363 ; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 17 déc. 1980, Gaz. Pal., 1981, 1, Somm., p. 138) ; V. aussi, précisant que l'application d'une clause résolutoire constate un état de droit qui découle de la seule inexécution de la convention, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 oct. 1980, Gaz. Pal., 1981, 1, Somm., p. 18.

<sup>1519</sup> DELEBECQUE (Ph.), « L'anéantissement unilatéral du contrat », op. cit., p. 68, n° 16.

<sup>1520</sup> La faculté de résiliation en cas de non paiement des primes est prévue par l'article 13 al. 3 du code CIMA. Elle peut intervenir dix jours après l'expiration d'un délai de trente jours qui ouvre la suspension de la garantie. De même, l'article 1657 du code civil prévoit la résolution unilatérale de la vente d'objet en faveur du vendeur si l'acheteur n'a point pris possession de la chose vendue.

<sup>1521</sup> La Cour de cassation décide ainsi, que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls*

importe donc de s'appesantir sur ce qui peut justifier l'option pour la résolution extrajudiciaire (a) avant d'étudier sa mise en œuvre (b).

### **a) Les justifications**

673. Le refus d'un principe de résolution unilatérale dans les contrats à durée déterminée a été justifié par la nécessité d'une humanisation de la relation contractuelle. Le principe de résolution judiciaire exprimé à l'article 1184 du code civil est alors considéré comme « *précieux, puisqu'il tend à venir au secours de celui que les circonstances malheureuses ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés* »<sup>1523</sup>. Derrière ce souci de bienveillance à l'égard du débiteur<sup>1524</sup>, se cache la raison première de cette interdiction de rompre unilatéralement le contrat : c'est le respect scrupuleux de la force obligatoire du contrat<sup>1525</sup>. La procédure judiciaire qui doit précéder toute résolution pouvant permettre au débiteur d'exécuter le contrat, fut-ce avec retard. Par ailleurs, la jurisprudence rappelle régulièrement que « *l'article 1184 du Code civil a notamment pour objet d'éviter qu'un contractant ne se*

---

» (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, Bull. civ., I, n° 300, D. 1999, Jur., p. 197, note Jamin, et Somm. p. 115, obs. Delebecque, Defrénois, 1999, p. 374, note D. Mazeaud, R.T.D.Civ., 1999, p. 394, obs. Mestre, J.C.P., éd. G., 1998, IV, 3321). Puis elle a réitéré cette solution dans un deuxième arrêt en 2001 (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, Bull. civ., I, n° 40, D. 2001, Jur., p. 1568, note Jamin, et Somm., p. 3239, obs. Mazeaud ; Defrénois 2001, p. 705, note Savaux, R.T.D.Civ., 2001, p. 363, obs. Mestre et Fages). Reprenant la formule précitée, elle a ajouté qu'il importe peu que « *le contrat soit à durée déterminée ou non* ». V. JAMIN (Ch.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », op. cit., p. 75, n° 4 ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 466 et ss.

<sup>1522</sup> JAMIN (Ch.), « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », note crit. sous Nancy, 2<sup>e</sup> ch. com., 20 nov. 2000, J.C.P., éd. G. 2002, II n° 10113, p. 1353.

<sup>1523</sup> FENET (P. A.), Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Videcoq, 1827, p. 327, cité par JAMIN (Ch.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », op. cit., p. 72.

<sup>1524</sup> Ce que la rigidité des autres règles du code civil relatives à l'inexécution ne permettait pourtant d'appuyer car en même temps, le débiteur doit respecter scrupuleusement le contrat, et le juge n'a aucun pouvoir de modifier les termes du contrat même en cas d'imprévision. Pour certains, cette philosophie apparaît trop historiquement située pour l'emporter : JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, sous dir. de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant & LGDJ, 2001, n° 1.

<sup>1525</sup> Rapp., A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil, Dalloz, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1921, p. 346 : « ... si la résolution du contrat se produisait automatiquement, comme par l'effet d'une condition, dans le cas où l'une des parties se serait mise hors d'état d'exécuter son obligation, ce lien contractuel deviendrait illusoire ».

*fasse justice à lui-même* »<sup>1526</sup>. C'est donc une méfiance à l'égard du créancier, qui pourrait profiter de la moindre défaillance du débiteur pour mettre un terme au contrat, que l'article 1184 du code civil consacre.

674. Ce système, s'il favorise le respect de la force obligatoire du contrat aussi bien par le débiteur que par le créancier, et contribue à éviter la justice privée, en l'occurrence celle du créancier, se retourne contre la liberté contractuelle de la partie frustrée par l'inexécution. Elle est piégée par l'exigence d'une décision de justice qui ne peut malheureusement vite tomber à cause des lenteurs judiciaires. Dès lors, pour certains, à la crainte d'un « *contrat dirigé* » par la loi<sup>1527</sup> risque de succéder un régime de « *liberté conditionnelle* », sous contrôle du juge<sup>1528</sup>. Dans ce contexte, « *le contrat n'est plus ordre stable, mais éternel devenir. Le créancier n'a pas un droit acquis, mais la simple espérance que le juge trouvera sa prétention légitime* »<sup>1529</sup>.

675. Or, le principe de la résolution extrajudiciaire retenu par le projet d'Acte uniforme à la suite des Principes d'UNIDROIT<sup>1530</sup>, offre au créancier la possibilité de se délier du contrat dès qu'il est certain qu'il ne pourra plus en tirer la satisfaction qu'il était en droit d'attendre. Au lieu d'attendre le jour qu'il plaira au tribunal de dire si oui ou non le contrat doit être résolu, le créancier de l'obligation inexécutée pourra, grâce à la simplification du procédé et au gain de temps que l'éviction du juge emporte, réallouer promptement ses ressources<sup>1531</sup>. Le système de résolution issu des Principes d'UNIDROIT fait confiance au créancier, ce que, on le sait, n'était pas le point

---

<sup>1526</sup> Nancy, 2<sup>e</sup> ch. com., 20 nov. 2000, J.C.P., éd. G., 2002, 10113, obs. Crit., Jamin.

<sup>1527</sup> JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, DH, 1933, p. 89 ; MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *Archives de philosophie du droit*, n° spécial : *Le problème du contrat*, 1940, p. 7.

<sup>1528</sup> LE BARS (B.) « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *op. cit.*, p. 381, n° 6.

<sup>1529</sup> RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1948, § 159, p. 291.

<sup>1530</sup> C'est également le principe retenu par les articles 49 et 64 de la CVIM, l'article 9 :301 des PDEC et les codes civils québécois (art. 1605 : « *la résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation et qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure* ») et néerlandais (art. 267 du livre 6 du code civil néerlandais « *1. La résolution s'effectue par une déclaration écrite de celui qui peut l'invoquer, 2. Elle peut également, à la demande de celui-ci, être prononcée par le juge* »).

<sup>1531</sup> MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 381.



fort des auteurs du code civil, qui avaient « *une vision pessimiste de la nature humaine, au point de penser que les individus n'avaient pas la force de caractère suffisante pour respecter leurs engagements, ce qui aurait été susceptible de remettre en cause l'ordre social* »<sup>1532</sup>. Cette "judiciarisation" de la résolution du contrat s'inscrivait, par conséquent dans le souci « *de restaurer un ordre social trop longtemps bafoué par quinze années de troubles révolutionnaires en obligeant les individus à respecter leurs engagements privés* »<sup>1533</sup>.

676. Le projet d'Acte uniforme à l'instar des autres législations modernes, met le créancier face à ses responsabilités. Alors qu'il revient en droit positif actuel au juge d'apprécier le degré d'inexécution nécessaire pour prononcer la résolution du contrat, il procède par une définition minutieuse de ce qu'il entend par inexécution essentielle susceptible de justifier une résolution du contrat. Dès lors, il appartient au créancier rationnel, d'apprécier raisonnablement si les conditions de la résolution du contrat sont réunies pour rompre la relation contractuelle. Cette solution est emprunt d'efficacité et de pragmatisme<sup>1534</sup> mais sa mise en œuvre doit être bien réglementée.

## **b) La mise en œuvre de la résolution extrajudiciaire**

677. L'objectif de la future réglementation est de simplifier la procédure de mise en œuvre de la résolution du contrat de manière à désengorger les tribunaux<sup>1535</sup>. Il est cependant important que cette procédure concilie les intérêts du débiteur et ceux du créancier. Pour atteindre cet objectif, le

---

<sup>1532</sup> JAMIN (Ch.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », op. cit., p. 73.

<sup>1533</sup> JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », op. cit., n° 1.

<sup>1534</sup> D'après certains auteurs, la résolution unilatérale renforce l'idée selon laquelle le contrat est la chose des parties car on peut y voir une porte ouverte vers une négociation ou entrée en pourparlers qui sauverait le contrat. ou à tout le moins, déboucherait sur un aménagement conventionnel de la résolution par les parties (DARANKOUM (E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », op. cit., p. 237).

<sup>1535</sup> FONTAINE (M.), op. cit., p. 253.

créancier qui a le droit de résoudre le contrat par simple notification au débiteur, est tenu aux termes de l'article 7/14 paragraphe 2 de l'avant projet d'Acte uniforme, en cas d'inexécution essentielle, de le faire dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance du manquement. La possibilité est laissée au juge ou à l'arbitre d'apprécier suivant les circonstances, le délai qui pourrait être considéré comme raisonnable. Il est question de ne pas laisser le débiteur auteur d'une inexécution essentielle trop longtemps dans l'incertitude. Le silence assez prolongé du créancier qui reçoit une offre d'exécution tardive ou une exécution non conforme pouvant s'interpréter comme une acceptation de cette offre en attendant que le débiteur se rattrape.

**678.** La jurisprudence a eu à siéger sur la notion du délai raisonnable dans le cadre de la convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale des marchandises et il en résulte une disparité propice à une insécurité juridique<sup>1536</sup>. Elle décide que le délai de dénonciation de la non conformité dépend de la nature périssable des marchandises ou de l'existence de défauts de conformité lors de livraisons antérieures<sup>1537</sup>. L'acheteur tenu aux termes de l'article 38 de la CVIM d'une obligation de vérification et aux termes de l'article 39 de la CVIM d'une obligation de dénonciation<sup>1538</sup>, doit exécuter cette dernière dans un délai raisonnable sous peine de déchéance du droit à la résolution. C'est ainsi que l'acheteur qui n'avait pas dénoncé le défaut de conformité des fleurs le jour de leur réception a été déchu du droit de demander la résolution du contrat<sup>1539</sup>. De même, la dénonciation des défauts des tôles d'acier aurait dû intervenir dans les huit jours suivant sa constatation<sup>1540</sup>. Il a également été jugé qu'une dénonciation faite sept jours après l'examen des marchandises ou quinze jours après leur réception l'a été

---

<sup>1536</sup> BEN ABDERRAHMANE (D.), « La conformité des marchandises dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises », D.P.C.I, 1989, n°4, p. 551.

<sup>1537</sup> WITZ (C.), « La convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante », D. 1995, chron., p. 143.

<sup>1538</sup> Pour la vente commerciale OHADA, Art. 227 et 228 de l'AUDCG.

<sup>1539</sup> Trib. Rég. Sup. de Munich, 11 mars 1998, D. 1999, somm., p. 356, obs. Cl. Witz.

<sup>1540</sup> Trib. Rég. Sup. de Karlsruhe, 25 juin 1997, D. 1998, somm., p. 310, obs. Cl. Witz.

de manière tardive<sup>1541</sup>. Il est donc difficile au regard de cette jurisprudence pour le créancier de prévoir avec exactitude le délai de dénonciation qui pourrait être considéré comme raisonnable.

679. Il en ressort que la jurisprudence est très stricte et impose des délais excessivement courts. Or, aux termes de l'article 12/2 de l'avant-projet d'acte uniforme, « *le délai de prescription de droit commun est de trois ans à partir du lendemain du jour où le créancier a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* » et que « *en toute hypothèse, le délai maximum de prescription est de dix ans à partir du lendemain du jour où le droit pouvait être exercé* ». La disparité entre ces délais est notoire. D'une part la jurisprudence exige une véritable obligation de ponctualité dans la dénonciation et d'autre part l'avant-projet prévoit des dispositions de droit commun assez généreuses pour la victime de l'inexécution. Mais on peut cependant constater que ces délais ne sont pas en réalité contradictoires. En effet, le bref délai exigé par la jurisprudence se distingue du délai de prescription prévu à l'article 12/2 de l'avant-projet d'Acte uniforme. Le premier consiste à informer le débiteur de la non-conformité de son exécution et de lui faire comprendre que celle-ci constitue une cause de résolution du contrat ; alors que le second consiste à exercer l'action même en résolution. On peut donc considérer que la victime d'une inexécution essentielle devra promptement dénoncer celle-ci, dans un délai raisonnable qu'il appartiendra au juge d'apprécier, mais disposerait d'un délai de trois ans pour exercer l'action en résolution.

679. La prise en compte des intérêts du débiteur passe en outre par l'exigence d'une prévisibilité du caractère essentiel de l'inexécution. L'article 7/13 paragraphe 2 de l'avant projet d'Acte uniforme dispose que l'inexécution essentielle n'ouvre droit à la résolution du contrat que si le débiteur avait prévu ou aurait pu raisonnablement prévoir la conséquence dont se prévaut le créancier. Cette exigence a d'ailleurs été rappelée par la

---

<sup>1541</sup> OLG Düsseldorf, 8 janv. 1993, NJW-RR 1993.999 s. ; LG Stuttgart, 31 août 1989, IPRax 1990.317 s.

jurisprudence relative à la vente internationale des marchandises. Pour dénier l'existence d'une contravention essentielle dans une espèce où le vendeur reprochait l'acheteur de n'avoir pas pris livraison des jus d'orange à temps, les juges font valoir que l'acheteur « *ne pouvait pas comprendre qu'un retard de quelques jours... constituerait de sa part une contravention essentielle* », le vendeur n'ayant fait part de l'instabilité du pur jus d'orange et de la nécessité de le concentrer que dans l'acte notifiant la résolution<sup>1542</sup>. Ainsi, l'absence de contravention essentielle semble résulter essentiellement, pour reprendre les termes de l'article 25 de la CVIM, de ce que la partie en défaut n'ait pas prévu que la contravention au contrat causerait à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat. En d'autres termes, le vendeur était tenu d'impartir un délai supplémentaire à l'acheteur pour prendre livraison et l'informer des risques d'instabilité qu'encourrait la marchandise<sup>1543</sup>.

Les juges font généralement preuve de plus de rigueur à l'endroit du créancier. Celui-ci doit respecter scrupuleusement le contrat. Les juges prennent en compte les intérêts du débiteur en exigeant que les conditions d'une inexécution essentielle soient réunies et que le premier agisse avec plus de dignité en coopérant avec son débiteur. Le créancier n'est cependant pas obligé de mettre son débiteur en demeure d'exécuter son obligation avant de résoudre le contrat. Cela se comprend. Le délai d'exécution supplémentaire se présente comme un avertissement que le créancier donne au débiteur et il peut dans la notification de ce délai préciser que le non respect du nouveau délai emportera résolution du contrat. Celui-ci ne peut donc exiger que l'exécution soit une fois de plus différée à une date qui serait fixée par la mise en demeure<sup>1544</sup>, car le créancier ne doit pas attendre indéfiniment. C'est ce qu'exprime l'article 7/27 1) de l'avant projet d'Acte uniforme (article 7.4.9 1) des Principes d'UNIDROIT) qui dispose qu' « *en cas de non paiement d'une*

---

<sup>1542</sup> Grenoble, ch. com., 4 février 1999, D. 1999, somm., p. 363, obs. Cl. Witz.

<sup>1543</sup> Cl. WITZ, « Résolution d'un contrat de vente international et mise en oeuvre de la notion de contravention essentielle », obs. sous Grenoble, ch. com., 4 févr. 1999, préc.

<sup>1544</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 222.

*somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération ».*

**680.** La rupture est donc radicale avec l'article 1153 du code civil aux termes duquel, le créancier n'a droit aux intérêts qu'après mise en demeure du débiteur à moins que le contrat n'en dispose autrement<sup>1545</sup>. La solution des Principes d'UNIDROIT est celle déjà préconisée par une directive européenne relative à la lutte contre le retard dans les paiements dans les transactions commerciales<sup>1546</sup>, celle-ci prévoyant qu'en l'absence d'une clause exigeant la mise en demeure<sup>1547</sup>, les intérêts moratoires prendront effectivement cours automatiquement dès le lendemain de l'échéance prévue. Cette réglementation stricte vis-à-vis du débiteur a été justifiée par des « *lourdes charges administratives et financières (qui) pèsent sur les entreprises, en particulier petites et moyennes, en raison des délais de paiement excessifs et de retards de paiement* »<sup>1548</sup> qui constituent l'une des principales causes d'insolvabilité menaçant la survie des entreprises et entraînant de nombreuses pertes d'emploi<sup>1549</sup>. Le principe sera donc, si l'Acte uniforme est adopté, et sauf stipulation contraire, celui du droit aux intérêts dès l'échéance du terme<sup>1550</sup>.

**681.** Lorsque le délai supplémentaire d'exécution n'a pas été respecté ou ne pourra pas être respecté, il est légitime que le créancier se cherche ailleurs au lieu de continuer à attendre un débiteur qui ne pourra rien lui apporter sinon très tardivement. Ce délai peut être accordé aussi bien pour les contrats à durée déterminée que pour les contrats à durée indéterminée, lorsque la résolution vient sanctionner un manquement essentiel à l'une quelconque des obligations du débiteur. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une mise

---

<sup>1545</sup> Article 1139 du code civil.

<sup>1546</sup> Directive 2000/35, J.O.C.E., 8 août 2000, L 200/35.

<sup>1547</sup> Encore faudra-t-il que la clause ne soit déclarée abusive (BIQUET-MATHIEU (Ch.), « A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 47, n° 4).

<sup>1548</sup> V. notamment, les considérants 7 et 9 de la directive 2000/35.

<sup>1549</sup> BIQUET-MATHIEU (Ch.), op. cit., p. 41, n° 1.

<sup>1550</sup> LANDO (O.), "A Merger of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", op. cit., p. 472.

en œuvre de la faculté de résiliation unilatérale qui est reconnue à toute partie dans les contrats à durée indéterminée, il va sans dire que la personne qui souhaite mettre un terme au contrat, devra respecter un délai de préavis de durée raisonnable, faute de quoi la rupture sera jugée abusive et contraire à l'article 1134 alinéa 3 du code civil<sup>1551</sup>.

**682.** De même, le débiteur doit coopération à l'égard du créancier car une jurisprudence naissante relative à l'article 40 de la CVIM prive le vendeur de la faculté de se prévaloir de la déchéance des droits de l'acheteur lorsque les défauts de conformité portent sur des faits qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qu'il n'a pas révélés à l'acheteur<sup>1552</sup>. Mais ce contrôle judiciaire ne se fait qu'après que la résolution ait été faite par notification. Elle n'a donc vocation qu'à contrôler la régularité de la résolution.

## **2 - Le contrôle *a posteriori* du juge**

**683.** Le rôle du juge est manifestement différent lorsqu'il est saisi par une partie pour contestation de la résolution du contrat par l'autre. Il doit juste contrôler la régularité de la résolution afin d'éviter que « *le contrat ne sombre dans la potestativité* »<sup>1553</sup>. En d'autres termes, il doit rechercher s'il y a eu effectivement inexécution essentielle de la part du débiteur et que la procédure a été scrupuleusement respectée. Lorsque c'est le cas, il doit déclarer la résolution acquise depuis la date de sa notification. D'où la différence d'avec la résolution judiciaire qui ne prend effet que le jour du prononcé de la décision. Le juge intervient dans la résolution extrajudiciaire pour éviter que le créancier n'utilise son droit de manière abusive<sup>1554</sup>.

**684.** Un problème peut cependant se poser. Lorsque le juge déclare la résolution non fondée, soit parce que la procédure n'a pas été respectée ou

---

<sup>1551</sup> ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », op. cit., p. 34.

<sup>1552</sup> Trib. Rég. Sup. de Munich, 11 mars 1998, préc., Trib. rég. sup. Karlsruhe, 25 juin 1997, D. 1998, préc.

<sup>1553</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 661.

<sup>1554</sup> MAZEAUD (D.), note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, préc., D. 2001, somm., p. 3239.

parce que l'inexécution n'était pas essentielle, le créancier peut se trouver dans une situation délicate. En effet, deux situations sont envisageables : soit le contrat est censé n'avoir jamais été résolu, et les parties sont tenues d'exécuter le contrat en toutes ses dispositions, soit la résolution est entérinée, et le créancier fautif est condamné à payer des dommages-intérêts. L'une ou l'autre solution entraîne des conséquences diamétralement opposées pour le créancier.

Si c'est la première solution qui est retenue, le contrat n'ayant jamais été résolu, le créancier qui n'a pas exécuté ses obligations corrélatives doit répondre également de l'inexécution. C'est la solution qui est proposée par certains parce qu'elle éviterait au mieux l'usage de la résolution du contrat, alors même que le contrat n'aurait pas été dénué de toute vitalité, elle constituerait alors la sanction de l'abus dans la rupture du lien contractuel<sup>1555</sup>. Mais cette solution se heurte au fait qu'un courant doctrinal propose que la sanction de l'abus en matière contractuelle relève de la responsabilité délictuelle<sup>1556</sup> et ne peut dès lors être réparée que par l'allocation des dommages intérêts<sup>1557</sup>. Elle n'est donc possible, remarque M. JAMIN, que s'il est admis que le débiteur malheureux puisse saisir le juge de référés pour faire constater qu'il existe une contestation sérieuse sur le caractère essentiel de l'inexécution, et condamner le créancier à exécuter ses propres obligations en attendant que le tribunal se prononce sur le fond<sup>1558</sup>. Une telle solution, si elle est favorable à l'exécution en nature, semble contrevenir à l'esprit de l'article 7/14 de l'avant projet d'Acte uniforme (7.3.2 des Principes d'UNIDROIT) car elle aboutit indirectement à une résolution judiciaire.

---

<sup>1555</sup> MAZEAUD (D.), note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, préc., JAMIN (Ch.), « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », op. cit., n° 10113.

<sup>1556</sup> ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in *L'abus de droit dans les contrats*, J.C.P., éd. E, 1998, n° 6, p. 36.

<sup>1557</sup> STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat*, Essai d'une théorie, préface R. Bout, L.G.D.J., 2000, spéc. n° 294 et s. Contra, ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », op. cit., p. 30 et ss., .

<sup>1558</sup> JAMIN (Ch.), « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », op. cit., n° 10113. Dans ce sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, R.T.D. Civ., 2001, p. 590, n° 6, obs. J. Mestre et B. Fages

C'est apparemment la seconde solution qui peut être conforme à l'esprit des Principes d'UNIDROIT. En effet, le créancier qui s'engage à résoudre le contrat le fait à ses risques et périls<sup>1559</sup> et il ne semble pas opportun qu'il agisse sous la tutelle du juge. Il devra répondre par la suite à une éventuelle méconnaissance de la loi, et c'est à partir de ce moment qu'il pourra encourir sanction. Et dans l'impossibilité de faire renaître un contrat qui a été résolu illégalement, le débiteur devra se contenter d'une réparation par équivalent. Quitte à ce que le juge n'use pas des dommages-intérêts punitifs avec parcimonie<sup>1560</sup> car l'usage illégitime d'un droit légitime génère un droit à réparation<sup>1561</sup>. L'exemple du droit du travail pourrait être édifiant à cet égard. Lorsque l'employeur est l'auteur d'une rupture abusive du contrat de travail, à défaut d'imposer la continuation forcée du contrat, le juge peut allouer au travailleur une indemnité égale au profit que ce dernier devait tirer du contrat de travail jusqu'à son terme.

**685.** L'objectif de la résolution unilatérale est en effet de libérer au plus vite le contractant qui n'attend plus rien ou presque du contrat pour qu'il puisse réallouer ses ressources ailleurs. Etant entendu qu'un retard indu de sa part dans cette prise de position, pourrait être sanctionné pour manque de loyauté ayant augmenté le préjudice réparable par le débiteur. En tout état de cause, la rigidité de l'article 1184 du code civil était justifiée par la gravité de la résolution, sanction qui devait priver le débiteur de tout ce qu'il attendait du contrat et même de ce qu'il en avait bénéficié car l'anéantissement est rétroactif. L'intervention préalable du juge se justifiait par la nécessité de protéger le débiteur contre l'arbitraire du créancier. C'est justement ce que les auteurs de l'avant projet d'Acte uniforme entendent réparer mais en prévoyant plutôt une résolution à effet non rétroactif.

---

<sup>1559</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 475.

<sup>1560</sup> Ch. JAMIN, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, D. 2001, préc.

<sup>1561</sup> LE BARS, op. cit., n° 21.



## C – LA NON RETROACTIVITE DE LA RESOLUTION

**686.** Le projet du droit des contrats OHADA, contrairement au droit commun des contrats actuellement applicable fondé sur l'article 1183 du code civil<sup>1562</sup>, consacre le principe de la non rétroactivité de la résolution, affirmation qui est assortie de nombreux correctifs afin que la résolution du contrat n'aboutisse pas à un enrichissement non justifié de la partie qui a reçu sans contrepartie.

**687.** Certains auteurs s'insurgent aujourd'hui contre le principe de l'effet rétroactif de la résolution du contrat<sup>1563</sup>. Pour eux, la rétroactivité n'est pas vraiment un effet de la résolution elle-même<sup>1564</sup>, mais plus exactement du jugement qui la prononce<sup>1565</sup>. C'est cette solution qui est consacrée par le futur droit uniforme. Le principe de la non rétroactivité de la résolution est prévu par l'article 7/17 de l'avant projet d'Acte uniforme (7.3.5 des Principes d'UNIDROIT) paragraphe 1 aux termes duquel, « *La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives* ». L'anéantissement du contrat uniquement pour l'avenir se rapproche d'une résolution partielle du contrat. La partie du contrat qui a été exécutée ne pouvant être résolue. Pour raffermir cette thèse de résolution partielle, le paragraphe 2 du même article dispose que la résolution n'a pas d'effet sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clause destinée à produire effet même en cas de résolution. Il faut dire que les raisons de ce choix ne manquent pas.

---

<sup>1562</sup> MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, Les Obligations, op. cit., p. 1150 et 1151 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 4, Les obligations, P.U.F., coll. Thémis, 22<sup>e</sup> éd., 2000, p. 328 et 329 et p. 505 et 506 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil*, Obligations, op. cit., n° 1937, p. 675. D'après la Cour de cassation, la résolution commande que « *par application de l'article 1183 du code civil (...) les choses soient remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé* » (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 nov. 1991, Bull. civ., III, n° 285, p. 168).

<sup>1563</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 564-582

<sup>1564</sup> V. cependant LARROUMET (Ch.), op. cit., n° 713, pour qui, la rétroactivité serait de « *l'essence même de la résolution* » et CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, P.U.F., 2000, V° Résolution.

<sup>1565</sup> RIGALLE (C.), *La résolution partielle du contrat*, th. Lille II, dactyl., 2001, n° 545 et s.

Pour M. Ghestin et ses coauteurs, « pour atteindre l'objectif de la résolution, il n'est (...) pas indispensable de détruire le passé comme l'avenir. Le cœur du mécanisme ne le justifie pas, contrairement à celui de l'annulation, qui est d'assurer la sanction d'une règle de droit violée ab initio »<sup>1566</sup>. Il faut en effet distinguer le contrat, en tant qu'*instrumentum* des effets qu'il fait produire, à savoir les obligations. Si les obligations dépendent de la validité de l'acte, ce qui justifierait leur anéantissement si l'acte était nul dès sa source, les obligations que celui-ci fait naître présentent une certaine indépendance vis-à-vis de cet acte. C'est pourquoi, d'après M. Pascal Ancel, « si l'on admet que le contrat est générateur d'une norme qui prévoit la naissance d'obligations et/ou le transfert des droits, on peut très bien admettre que la résolution n'affecte que les effets de droit stipulés par la norme (ou certains d'entre eux) sans remettre en cause cette norme elle-même, qui demeurera comme référence pour régler les litiges se rapportant au contrat résolu »<sup>1567</sup>.

**688.** La résolution ne se confond donc pas avec la nullité du contrat même partielle, car celle-ci entraîne l'anéantissement rétroactif de tout le contrat ou des clauses qui ont été annulées avec comme conséquence la restitution de tout ce qui a été exécuté en vertu du contrat nul ou de la clause nulle. La restitution s'étendant à quelques exceptions près<sup>1568</sup> même aux fruits et produits de la chose objet du contrat. Par contre, la restitution n'est pas inhérente à la résolution. Par exemple, la Cour de cassation rappelle constamment que la résolution prononcée sur le fondement de l'article 1644 du code civil (action rédhibitoire) n'entraîne de la part du vendeur de bonne foi que la restitution du prix de la chose – et le cas échéant les frais occasionnés par la vente – à l'exclusion de toutes les dépenses occasionnées par la conservation de la chose<sup>1569</sup> ; tout comme l'acquéreur ne peut être tenu

---

<sup>1566</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 569, p. 615.

<sup>1567</sup> « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », R.T.D.Civ., 1999, n° 46, p. 803.

<sup>1568</sup> Les fruits et les produits peuvent être conservés en matière immobilière par l'acquéreur de bonne foi.

<sup>1569</sup> Ainsi en est-il du remboursement des frais de pensions et de maréchalerie d'une jument : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, A. n° 586 du 21 mars 2006, disponible sur, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) mise à jour, oct. 2006.

de compenser l'altération issue de l'usage normal de la chose<sup>1570</sup>. La résolution, lorsqu'elle n'a pas d'effets rétroactifs, se rapproche par contre de la résiliation qui est pour l'instant considéré comme la résolution qui ne produit d'effets que pour l'avenir.

**689.** Cependant, la différence demeure. Dans les contrats à exécution instantanée, la restitution demeure possible ; mais elle ne doit pas être nécessairement prononcée par le juge. Elle relève de la volonté des parties de procéder à des restitutions réciproques<sup>1571</sup>. Ce qui veut dire *a contrario* que si les parties estiment qu'il y a eu équivalence des prestations faites antérieurement à la résolution du contrat, elles peuvent renoncer à ces restitutions car elles se font en fait sur la base de « *l'enrichissement sans cause* »<sup>1572</sup>. Cette renonciation n'est possible que si l'obligation était divisible par nature et qu'elle ait pu donner lieu à une exécution pas totale mais réciproque de sorte que les prestations corrélatives des parties pourraient se compenser. Elle est donc à exclure si le créancier n'a jamais obtenu quelle que prestation que ce soit en vertu du contrat. La résolution emporterait dans ce cas dissolution du contrat<sup>1573</sup>, encore que cette dissolution n'a point d'effet sur les clauses spécifiées par l'article 7/17 paragraphe 2 de l'avant projet d'Acte uniforme.

**690.** Par contre, lorsque le contrat est à exécution successive, la restitution est impossible parce que les parties deviennent débitrices et créancières l'une de l'autre au fur et à mesure que le temps s'écoule. L'inexécution essentielle à moins qu'elle ait été permanente depuis la formation du contrat, ne peut justifier la rupture qu'à compter de

---

<sup>1570</sup> L'acquéreur d'une voiture atteinte d'un vice caché doit recevoir le prix exact de la vente sans avoir à supporter la diminution de la valeur de la voiture due à son usage : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, A. n° 584 du 21 mars 2006, disponible sur, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) mise à jour, oct. 2006 ; et n° 585 du 21 mars 2006, même source.

<sup>1571</sup> Article 7/18 « 1) *Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur.*  
2) *Toutefois, lorsque l'exécution du contrat s'est prolongée dans le temps et que le contrat est divisible, la restitution ne peut avoir lieu que pour la période postérieure à la résolution* ».

<sup>1572</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 224.

<sup>1573</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), op. cit., n° 570.

l'inexécution car on comprendrait mal pourquoi pour un contrat valablement formé, une partie puisse par une manifestation unilatérale de volonté, revenir sur une période passée durant laquelle le contrat a été régulièrement exécuté<sup>1574</sup>.

**691.** La sanction de l'inexécution essentielle du contrat pourra donc être régie par des règles très souples qui combinent à la fois l'exigence de sécurité juridique et l'efficacité de la mesure qu'est la résolution pour inexécution. L'option plus marquée de l'efficacité économique de la résolution au regard des intérêts du créancier en quête d'une solution de remplacement n'occulte pas les droits du débiteur qui, bien qu'étant fautif pour avoir manqué à son engagement, mérite d'être traité avec humanité et dignité. Aussi, la future réglementation communautaire, à l'instar des Principes d'UNIDROIT, prend en compte les comportements respectifs des parties au cours de la vie contractuelle, dans l'évaluation du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée.

## **Paragraphe 2 : La sanction des comportements dans l'évaluation du préjudice**

**692.** L'inexécution d'une obligation contractuelle donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, que le contrat ait été résolu ou non<sup>1575</sup>. Le préjudice peut résulter donc d'une exécution défectueuse, tardive voire d'une inexécution essentielle. La réparation de l'exécution défectueuse telle que prévue par l'article 7/14 de l'avant-projet d'Acte uniforme n'exclut pas le fait que le créancier puisse subir un préjudice qu'il va falloir réparer. L'évaluation de ce préjudice est faite dans le code civil suivant des règles très strictes dont la plupart a néanmoins été récupérée par la future réglementation OHADA<sup>1576</sup>.

---

<sup>1574</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 660.

<sup>1575</sup> Art. 1147 du code civil ; art. 7.4.1 des Principes d'UNIDROIT ; art. 7/19 de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats.

<sup>1576</sup> C'est qui est également le cas pour les principes du droit européen du contrat, art. 9 :501 à 9 :509. V. à ce sujet PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Dommages et intérêts », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 79.

Tout d'abord le principe de la réparation intégrale si chère en droit civil est adopté par l'article 7/20 (7.4.2 des principes d'UNIDROIT)<sup>1577</sup>, celui de la prévisibilité du dommage est ensuite affirmé par l'article 7/22 (7.4.4 des Principes d'UNIDROIT)<sup>1578</sup>, enfin le retard dans le paiement d'une somme d'argent de l'article 7/27 et les clauses relatives aux indemnités établies au contrat de l'article 7/31 correspondent respectivement aux matières régies par les articles 1153 et 1152 du code civil.

693. Mais l'avant projet d'Acte uniforme va au-delà de ces règles traditionnelles du code civil qui sont pour le moins rigides car ne tenant pas compte de l'esprit de collaboration qui doit exister au moment de l'exécution du contrat. La raison est simple. Le code civil était resté indifférent au comportement des parties et n'imposait aucune norme de mansuétude en plus des obligations volontairement souscrites par les parties. Or les droits modernes partent sur des principes différents. Les parties doivent exécuter les contrats de bonne foi. Ce qui met à leur charge des obligations particulières de transparence, de cohérence, de coopération et de minimisation des pertes. Les intérêts égoïstes doivent être mis de côté dans l'intérêt du contrat, ce qui emporte que chaque partie doit éviter que par son fait, l'autre contractant ne subisse un préjudice plus important alors qu'il aurait pu le lui éviter. Il en résulte que l'affirmation du principe de la réparation intégrale (A), ne dispense pas le juge de diminuer le préjudice effectivement subi si le créancier n'a pas pris des mesures qu'on aurait pu raisonnablement attendre de lui, ce qui rapproche le système des Principes d'UNIDROIT à un système de réparation « *équitable* » (B).

---

<sup>1577</sup> Art. 7/20 de l'avant projet d'Acte uniforme : «1) *Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée.*

2) *Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale* ».

<sup>1578</sup> Art. 7/22 de l'avant projet d'Acte uniforme : « *Le débiteur est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il a pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution* ».

## A – LE PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE

**694.** Le principe de la réparation intégrale non expressément prévu par le code civil, mais qui a été déduit de l'article 1149 du code civil, est celui en vertu duquel, celui par la faute duquel un préjudice a été causé à autrui doit à celui-ci l'entière réparation, de sorte qu'il se retrouve dans l'état où il aurait dû se trouver si le préjudice ne lui avait été causé<sup>1579</sup>. En matière contractuelle, il s'agit de permettre à la victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle de retrouver le *statuo quo ante*. Cette règle de « *l'équivalence entre dommage et réparation* » constitue « *la directive essentielle en ce qui concerne l'évaluation des intérêts* »<sup>1580</sup>. C'est pourquoi, la jurisprudence affirme de manière constante que « *le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »<sup>1581</sup>.

**695.** Ainsi, le débiteur qui exécute tardivement ses obligations n'en doit pas moins réparation au créancier pour le préjudice subi du fait de ce retard. Mais alors qu'en matière délictuelle cette réparation couvre toutes les conséquences civiles de la faute, en matière contractuelle, ce principe est limité par un autre : le principe de prévisibilité du préjudice. Aux termes de l'article 1150 du code civil, récupéré par l'article 7/22 du projet d'Acte uniforme, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'a pas été exécutée.

**696.** On en a déduit que seul le préjudice prévu au contrat ou qu'on a pu raisonnablement prévoir serait réparable, à moins que le débiteur n'ait été

---

<sup>1579</sup> En matière délictuelle, aucune règle spécifique n'impose le principe de la réparation intégrale, pourtant, son existence n'a jamais été contestée.

<sup>1580</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 57, p. 112. V. également, TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., 8<sup>e</sup> éd., n° 900.

<sup>1581</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 déc. 1966, D. 1967, p. 169 ; 23 nov. 1966, Bull. civ., II, p. 640 ; 9 mai 1972, J.C.P., 1972, IV, p. 164 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 1973 et Riom, 7 mars 1973, J.C.P., 1973, II, 17545, note M.A., Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 1981, Gaz. Pal., 8-9 oct. 1982 ; 4 févr. 1982, J.C.P., 1982, II, 19894, note J.-F. Barbieri.

reconnu coupable de dol ou de faute lourde. Ainsi, viole l'article 1150 du code civil, le jugement qui condamne une société de développement de pellicules de photographies à verser au client dont les pellicules ont été égarées une indemnité supérieure à celle prévue au contrat, en retenant la nullité de la clause prévoyant une réparation forfaitaire, alors que le contrat, qui fixait le montant des dommages convenus en cas de perte, offrait au client la possibilité de signaler au moment de l'envoi des pellicules, moyennant une somme supplémentaire, la valeur exceptionnelle qu'il leur attachait et d'obtenir une indemnité non forfaitaire<sup>1582</sup>.

La prévisibilité du dommage permet ainsi de distinguer le dommage résultant d'une inexécution de l'obligation contractuelle de celui résultant des dispositions des articles 1382 et suivants du code civil. Parce que la responsabilité contractuelle résulte d'un acte volontaire, le débiteur ne peut être tenu que du préjudice qu'il a mesuré ou qu'il aurait dû mesurer au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit pour *«celui qui passe un contrat de mesurer l'étendue de sa responsabilité éventuelle pour qu'il sache s'il doit accepter ou non les aléas que le contrat peut comporter pour lui, aléas qui tiennent sans doute aux circonstances extérieures, mais aussi aux négligences, aux maladresses dont lui-même ou ses subordonnés peuvent se rendre coupables»*<sup>1583</sup>.

---

<sup>1582</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juill. 1990, J.C.P., 1991, II, 21674, note Paisant, D. 1991, p. 460. La même juridiction a toutefois précisé dans une autre espèce que les juges du fond peuvent se référer au contrat pris dans son entier et relever qu'une telle déclaration vaut simplement recommandation et que la clause exclut l'indemnisation forfaitaire lorsque, à un moment quelconque, le client rapporte la preuve du caractère exceptionnel des travaux confiés (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2002, J.C.P., éd. G., 2002, IV, 1476, Bull. civ., I, n° 43, p. 35). Comp. avec l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996, préc. et les arrêts de renvoi et cassation subséquents) où après avoir déclaré non écrite la clause qui limitait la responsabilité de Chronopost au montant payé pour l'acheminement du courrier, la Cour de cassation a cependant refusé d'appliquer la règle supplétive qui s'imposait en l'espèce et devait conduire à une réparation identique à celle prévue au contrat, pour appliquer la règle de la réparation intégrale comme si on se trouvait en matière délictuelle au mépris de l'article 1150 du code civil. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'arrêt a été vivement critiqué. Or, en l'espèce, les juges auraient dû rechercher à caractériser la faute lourde de la société de transport rapide des courriers, qui pouvait être établie à raison des multiples retards enregistrés (TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), Les Grands arrêts, op. cit., n° 156. ).

<sup>1583</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 563.

697. Cette réserve bien qu'elle ait pour résultat d'exclure de la réparation les mobiles qui ne sont pas entrés dans le champ contractuel, n'en constitue pas pour autant une atteinte importante au principe de la réparation intégrale. Tout au plus, elle constitue un prolongement des équivalences des prestations. Par contre, lorsque le montant des indemnités à accorder au créancier doit subir l'examen de son comportement, on peut en conclure sans risque de se tromper qu'il y a atteinte à ce principe car le créancier devra souffrir de la diminution d'une partie de la réparation qui lui était due.

## B – LES PALLIATIFS AU PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE

698. Si la règle issue de l'article 1382 du code civil selon laquelle « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage entraîne celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » a été placée au rang des principes constitutionnels par le Conseil constitutionnel français<sup>1584</sup> de sorte qu'aucune disposition législative ne peut exclure toute responsabilité des dommages causés par une faute<sup>1585</sup>, le principe de la réparation intégrale qui en résulte ne bénéficie pas d'une si importante protection. Ce qui est consacré par le Conseil constitutionnel, c'est le principe même de la réparation et non les modalités ni l'étendue de la réparation. Il s'ensuit que le législateur est dans son droit d'édicter des mesures qui restreignent les montants de la réparation. Il en est ainsi lorsqu'il fixe des forfaits ou des plafonds d'indemnisation restreignant les droits des victimes<sup>1586</sup>. Une décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 reconnaissait en effet au

---

<sup>1584</sup> Le principe a été clairement affirmé par une décision du 9 novembre 1999 rendue à l'occasion de l'examen de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. Alors que le nouvel article 515-7 du code civil prévoyait une faculté de rupture unilatérale des partenaires, le conseil constitutionnel a relevé que le partenaire auquel la rupture est imposé pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi puisque « *la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre une exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage entraîne celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » (déc. n° 99-419 DC, 16 novembre 1999, JO, 16 nov. 1999, J.C.P., 1999, III, 20173 et J.C.P., 2000, I, 280, n° 1, obs. G. Viney, P. A., 1999, n° 239, p. 6, note J.E. Shottl)

<sup>1585</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, op. cit., n° 306-1 ; *adde*, MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi par le conseil constitutionnel », J.C.P., 2000, éd. N., p. 270.

<sup>1586</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les effets de la responsabilité, op. cit., n° 307.



législateur « *le cas échéant, d'aménager un régime spécial de réparation approprié conciliant les intérêts en présence* »<sup>1587</sup>.

699. La limitation ou la réduction du montant des dommages intérêts en matière contractuelle ne procède cependant pas d'un aménagement d'un régime spécial. En effet, les parties peuvent elles-mêmes limiter le montant de la réparation par l'insertion dans leurs conventions des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité ou encore des clauses pénales. Il n'est cependant pas question d'insister ici sur ces clauses qui ont déjà fait l'objet d'analyses précédentes, mais de s'appesantir sur les hypothèses dans lesquelles la loi elle-même impose une réduction du montant de la réparation à allouer à la victime d'une inexécution. En effet, l'avant projet d'Acte uniforme permet de réduire le montant du préjudice pour autant que le créancier n'a pas fait preuve d'une conduite raisonnable. Certaines de ces règles ont d'ailleurs été adoptées directement<sup>1588</sup> ou indirectement<sup>1589</sup> dans certains contrats spéciaux réglementés en droit communautaire. Elles libèrent le débiteur d'une part pour le préjudice partiellement imputable au créancier, et d'autre part pour le préjudice subi par le créancier alors que celui-ci aurait dû le réduire ou le minimiser. Le principe de *mitigation of damages* prévu par l'article 7/26 de l'avant-projet (7.4.8 des Principes d'UNIDROIT)<sup>1590</sup> ayant déjà fait l'objet d'une étude assez approfondie<sup>1591</sup>, on se contentera ici d'analyser les dispositions relatives au préjudice partiellement imputable au créancier (1) et à l'obligation de passer un contrat de remplacement en cas d'inexécution (2).

---

<sup>1587</sup> Cons. Const., déc. n° 82-177 du 22 oct. 1982, Rec., p. 61, J.O., 23 oct. 1982, p. 3710, Gaz. Pal., 1983, 1, p. 60, note F. Chabas, D. 1983, p. 189, note F. Luchaire.

<sup>1588</sup> Notamment en matière de vente commerciale.

<sup>1589</sup> Droit du contrat des marchandises par route.

<sup>1590</sup> « 1) *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.*

2) *Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* ».

<sup>1591</sup> Supra, n° 324 et ss.

## 1 – Le préjudice partiellement imputable au créancier

700. L'article 7/25 de l'avant projet d'Acte uniforme (7.4.7 des Principes d'UNIDROIT) dispose en effet que « *lorsque le préjudice est partiellement imputable à un acte ou une omission du créancier ou à un évènement dont il a assumé le risque, le montant des dommages-intérêts est réduit dans la mesure où ces facteurs ont contribué à la réalisation du préjudice et compte tenu du comportement respectif des parties* ». L'hypothèse est celle où le créancier a lui-même contribué à l'inexécution ou à l'aggravation de ses conséquences au moyen des actes positifs ou négatifs au mépris du contenu explicite ou implicite du contrat. Elle doit être rapprochée de l'article 7/2 de l'avant projet (7.1.2 des Principes d'UNIDROIT) aux termes duquel « *une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou une omission de sa propre part ou encore à un évènement dont elle a assumé le risque* ». Il s'agit donc d'un concours de faute, institution connue en droit anglais sous le vocable de *contributory negligence*, qui se distingue nettement de la *failure to mitigate* à savoir le défaut de modérer le dommage. En effet, l'une exige au créancier d'éviter le dommage du débiteur en lui favorisant si possible l'exécution du contrat, alors que l'autre se situe directement après l'inexécution. La première institution comme d'ailleurs la seconde ouvre la voie d'une justice expéditive, avec des solutions pragmatiques et efficaces<sup>1592</sup>.

701. L'institution, nouvelle dans sa formulation dans les pays où le droit des contrats est resté régi par le code civil de 1804, trouverait des applications dans des domaines variés mais dont les résultats sont comparables. C'est ainsi qu'il a été évoqué qu'à Rome, la *mora creditoris* permettait sous certaines conditions, un allègement de la dette du débiteur en cas de retard ou d'impossibilité d'exécuter imputable au créancier, lorsque le créancier refuse sa nécessaire participation à l'exécution de l'obligation du débiteur<sup>1593</sup>. Mieux encore, certains soutiennent que le fait du créancier que le

---

<sup>1592</sup> GAUTIER (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », R.T.D.Civ., 1995, p. 797.

<sup>1593</sup> ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », R.T.D.Civ., 1998, p. 610.

juge prend souvent en compte dans l'évaluation du préjudice réparable, est une « sorte de contentieux en matière d'inexécution contractuelle qui permet au juge de trancher les litiges en rendant à chacun sa juste part, au prix parfois d'une déchéance totale des prérogatives du créancier »<sup>1594</sup>. Cependant, l'affirmation doit être relativisée car l'influence du comportement de la victime reste encore rattachée à la causalité<sup>1595</sup>, la notion même du fait du créancier étant par ailleurs souvent occultée par la faute, manquement à l'exécution d'une obligation contractuelle<sup>1596</sup>.

702. L'admission d'un préjudice imputable au créancier se trouve être une sanction particulièrement efficace pour les obligations de transparence et de collaboration qui pèsent désormais sur les parties. C'est sur cette base que la jurisprudence a pu sanctionner certains contractants sans se référer à un texte particulier qu'à la seule obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. C'est ainsi qu'à l'occasion d'une opposition à contrainte, le travailleur non salarié présenta une demande en dommages-intérêts pour le préjudice qui résultait des erreurs qui avaient été commises par la Caisse dans le calcul de ses cotisations antérieures. La chambre sociale cassa l'arrêt d'appel qui avait fait droit à sa demande motifs pris de ce que les juges ne sauraient accueillir cette demande sans s'expliquer sur les conclusions, de nature à influencer sur l'appréciation des responsabilités encourues, par lesquelles la Caisse mutuelle faisait valoir « que l'assuré avait lui-même contribué à la réalisation du préjudice qu'il invoquait en omettant d'exercer en temps utile, ou en ne menant pas à leur terme les recours dont il disposait pour contester le montant des cotisations qui lui étaient réclamées et en s'abstenant volontairement d'acquitter à leurs échéances légales les cotisations ultérieures, établies sans erreur et au paiement régulier desquelles était subordonné le versement des prestations »<sup>1597</sup>. Dans le même sens, un arrêt de la cour d'appel de Dijon retient l'exonération partielle du façonnier de vêtement sur l'aggravation du préjudice résultant du défaut de maîtrise

---

<sup>1594</sup> PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), op. cit., p. 81.

<sup>1595</sup> VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, op. cit., n° 426.

<sup>1596</sup> ROBIN (C.), op. cit., p. 617.

<sup>1597</sup> Cass. soc., 16 nov. 1988, Bull. civ., IV, n° 605.

complète de l'organisation des contrôles intermédiaires par son client<sup>1598</sup>. Mais ces décisions sont rares et ne permettent pas d'admettre un principe général de *contributory negligence* en droit positif actuel.

Dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 janv. 1996<sup>1599</sup>, en l'absence de facturation du créancier, le débiteur qui n'avait pas fait preuve de coopération en demandant ses factures d'eau « *qu'il ne pouvait ignorer être débiteur* », a été reconnu seul responsable du préjudice subi du fait d'une facturation à terme dont le montant était élevé. Pourtant, il y avait lieu à partage de responsabilité dans cette espèce<sup>1600</sup>. Comme l'avait si bien relevé la cour d'appel, sans pourtant choisir la bonne solution<sup>1601</sup>, en omettant de facturer « *avec la ponctualité nécessaire à la correcte gestion des immeubles* », le créancier avait commis une faute dans l'exécution du contrat de distribution.

Dans cette espèce comme dans les autres, l'appel à l'institution de *contributory negligence* devait permettre d'établir les responsabilités respectives du débiteur et du créancier afin que chacun supporte la part du préjudice qu'il a lui-même causé. Le juge devra procéder par un partage de responsabilités de chaque partie. Les responsabilités qui s'équivalent se compensent directement et le débiteur n'est plus tenu que de la différence entre le préjudice dont il est l'auteur et celui causé par la faute du créancier. Il est en effet contraire à l'équité de ne pas sanctionner au détriment du débiteur une inexécution qui trouve son origine chez le créancier<sup>1602</sup>. Il s'ensuit que dans certaines espèces, cette somme peut être nulle, c'est l'hypothèse prévue par l'article 9 :504 des PDEC qui permet au débiteur d'être entièrement libéré du dommage dont le créancier en est l'auteur exclusif.

---

<sup>1598</sup> CA. Dijon, 17 sept. 2002, J.C.P. éd. G., 2003, IV, p. 1406.

<sup>1599</sup> Préc.

<sup>1600</sup> Dans le même sens, voir SOUSTELLE (Ph.), note sous cet arrêt, D. 1997, Jur., p. 571.

<sup>1601</sup> Puisqu'elle retient finalement que « *rien ne faisait obligation à l'Office (débiteur) de détecter l'absence de facturation* » et que le créancier était seul responsable du préjudice subi par le débiteur.

<sup>1602</sup> ROBIN (C.), op. cit., p. 611.

703. En dernière analyse, la *contributory negligence* à l'instar du devoir de minimiser son propre dommage n'est pas un moyen de contrevenir au principe de la réparation intégrale. Mais elle sert de « *correctif d'équité* »<sup>1603</sup>. L'exemple du contrat de transport terrestre des marchandises permet de mettre en exergue l'utilité pratique de cette institution dans l'évaluation du préjudice réel subi par chaque contractant. « *L'expéditeur joue un rôle assez actif dans la réalisation du résultat promis par le transporteur : pour que les marchandises parviennent à destination, encore faut-il que l'expéditeur les ait soigneusement emballées, qu'il les ait correctement chargées (dans le cas où la chargement lui incombe), qu'il ait pris soin de signaler au transporteur leurs particularités non visibles susceptibles d'avoir une influence sur les conditions du transport. (...) pour tempérer la rigueur de l'obligation de résultat mise à la charge du transporteur en dépit du rôle actif joué par le créancier, la jurisprudence va, dans un réflexe d'équité, faciliter l'exonération du premier lorsque l'évènement perturbateur qu'il invoque pour se libérer réside précisément dans le comportement défectueux du second* »<sup>1604</sup>.

## 2 – La conclusion d'un contrat de remplacement

704. L'avant projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ne fait pas de la conclusion du contrat de remplacement une obligation pour le créancier de l'obligation inexécutée. Cependant, elle peut lui être reprochée lors de l'évaluation du préjudice car il est tenu aux termes de l'article 7/26 (7.4.8 des Principes d'UNIDROIT) d'une obligation d'atténuer le préjudice, qui commence dès que l'inexécution est avérée ou dès qu'il aurait pu raisonnablement savoir que le débiteur ne pouvait exécuter l'obligation. La conclusion d'un contrat de remplacement qui est envisagée comme une simple faculté pour le créancier, et le préjudice résultant de ce contrat de remplacement est imputable au débiteur. Il s'agit aux termes de l'article 7/23 de l'avant projet (7.4.5 des Principes d'UNIDROIT) de « *la différence entre le*

---

<sup>1603</sup> LEDUC (F.), La cause exclusive, Resp. civ. et ass., 1999, chron., n° 17.

<sup>1604</sup> Ibid.

*prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire ».*

704. Il s'agit d'un corollaire de l'obligation de minimiser le préjudice, puisque c'est le moyen parfait pour le créancier d'éviter que les effets de l'inexécution qui est déjà acquise, ne s'accroissent<sup>1605</sup>. Pour les limiter, il revient au créancier de conclure un contrat de remplacement, pour que le jour où on procédera à l'évaluation du préjudice, celui-ci ne soit pas trop élevé. C'est pourquoi, le jour de l'évaluation, on prendra en compte le fait que le créancier, à partir du jour où il savait que l'inexécution était irréversible, ait eu la possibilité de conclure un contrat de remplacement. S'il l'a fait, toutes les dépenses supplémentaires dues à ce remplacement incomberont au débiteur ainsi que d'éventuels dommages-intérêts. Par contre, s'il ne l'a pas fait, *a priori*, aucune sanction ne peut lui être infligée. Cependant, il pourra être sanctionné aux termes de l'article 7/26 de l'avant projet pour défauts de minimisation des pertes<sup>1606</sup>.

✕

✕

✕

705. Les règles relatives à l'inexécution vont donc être assouplies à l'instar de ce qui a été fait dans certains contrats spéciaux notamment le contrat de vente commerciale qui a suivi le mouvement d'internalisation du droit des contrats<sup>1607</sup>, se démarquant de manière assez significative de la théorie générale des contrats jusqu'alors étudiée. L'assouplissement se fera

---

<sup>1605</sup> Supra, n° 328.

<sup>1606</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial, sous la dir. de J. Hamel, Dalloz, 1951, p. 221 et ss. ; MERCADAL (B.), Droit des affaires, Mémento Lefebvre, 1999, n° 8096 s. ; ALTER (M.), J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 310, n° 132 et ss. ; PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D. 2000, Chron. p. 243.

<sup>1607</sup> CHATILLON (S.), op. cit., p. 222 à 228.

avec la généralisation des règles actuellement applicables dans le contrat de la vente commerciale avec quelques améliorations. Qu'il s'agisse du droit à la réparation de l'obligation mal exécutée, du délai supplémentaire d'exécution, de l'exception d'inexécution anticipée, de la réfaction du contrat, du principe de la résolution unilatérale du contrat, de l'effet non rétroactif de la résolution, ou encore de l'obligation de collaboration et de minimisation des pertes, la future réglementation pourra offrir un socle législatif qui met en avant le rôle des parties tant pour assurer la survie du contrat que pour rendre la rupture du contrat moins antagoniste. L'objectif étant moins de respecter la lettre du contrat au détriment du contractant malheureux, mais de lui offrir dans la limite du raisonnable, des moyens de respecter ses engagements sans que le créancier ne devienne pour autant prisonnier du contrat qui le lie au débiteur indigent ou indélicat.

## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

706. La théorie générale des contrats ne peut rester longtemps inerte face au dynamisme du droit des contrats spéciaux. Face à des difficultés de plus en plus croissantes que génère l'application des règles du code civil, la Cour de cassation a fait preuve d'une œuvre créatrice titanesque, qui a permis au code civil de s'adapter aux évolutions de la société contemporaine, de sorte que les règles du titre III du Livre III du code civil, inchangées même en France depuis 1804, se présentent désormais comme un corps de règles qui énoncent des principes suivis d'innombrables exceptions si bien que la dialectique juridique a du mal à être rétablie.

707. En prenant l'exemple de l'article 1184 du code civil qui dispose clairement que la résolution doit être demandée en justice, la question se pose désormais avec la jurisprudence étudiée de savoir si cette règle ne devient pas l'exception en présence d'une jurisprudence qui admet de plus en plus le principe d'une résolution unilatérale au détriment de ce texte qui manifestement ne donnait pas la place à une exception. La même remarque s'impose pour la jurisprudence relative à la détermination ou la déterminabilité du prix dont on ne sait pas si celle-ci pourra s'étendre à l'objet en général, alors que les articles 1129 et 1582 du code civil sont restés inchangés. De même, dans le silence des textes, la jurisprudence civile a redécouvert la bonne foi sous un angle plus dynamique, ce qui lui permet de contrôler les comportements des parties de la naissance de la relation contractuelle à la rupture de celle-ci. Pourtant, réservée à l'exécution du contrat dans l'article 1134 alinéa 3 du code civil, elle fut neutralisée par les premiers interprètes du texte et par une jurisprudence particulièrement hostile à toute intervention dans la sphère contractuelle même si l'exécution est devenue extrêmement onéreuse pour l'une des parties. Dans cette œuvre jurisprudentielle, le juge se présente, dans l'attente de la réforme annoncée



du code civil en France, comme celui-là « *qui donne effet aux législations justes et qui constitue un rempart contre les législations injustes* »<sup>1608</sup>.

**708.** Cette œuvre de la jurisprudence a bénéficié dans une grande mesure des principes dégagés par les contrats spéciaux dont la plupart a été récupérée par le droit communautaire africain. Ce droit communautaire dont la mise en place de façon généralisée a été justifiée par la nécessité de doter les Etats africains d'un droit des affaires moderne, adapté aux évolutions contemporaines de la société, et susceptible d'attirer les investisseurs étrangers par la sécurité juridique qui s'en suivra<sup>1609</sup>, ne peut rester en marge du cœur même du droit privé.

Cette ère nouvelle insufflée au droit des contrats pourra bouleverser la théorie générale des contrats actuelle encore dominée par le principe de l'autonomie de la volonté car l'évolution de la jurisprudence française n'est pas toujours récupérée par la jurisprudence locale. Le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, calqué sur le modèle des Principes d'UNIDROIT, s'il est adopté, contribuera d'une manière assez significative à la modernisation de cette théorie générale des contrats. Avec les principes nouveaux que sont la transparence et l'équilibre dans les contrats, cette nouvelle réglementation conciliera l'exigence d'une sécurité juridique aux impératifs d'utilité et de justice dans les relations contractuelles, tout ceci, pour un droit des contrats plus humanisé, où les intérêts antagonistes ne justifieront pas les injustices les plus criardes.

**709.** Le dynamisme de la future législation pourra également résulter des modérations qu'elle apportera aux sanctions applicables en matière contractuelle tant en ce qui concerne la violation des règles d'ordre public lors de la formation des contrats, qu'en ce qui concerne les principes d'ordre public qui s'imposent aux parties pendant l'exécution du contrat. Aux

---

<sup>1608</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges, P. Bézard, P. A., Montchrestien, 2002, p. 46.

<sup>1609</sup> Art. 1 du traité OHADA ; MARTOR (B.) et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, J.C.I. Affaires Finances, Litec, 2004, n° 2.

sanctions radicales prévues par le code civil que sont la nullité et la résolution, les textes modernes ajoutent des sanctions plus souples qui mettent en avant le rôle des parties pour sauver le contrat qui, en tant qu'instrument des échanges économiques, présente une utilité économique et sociale qui devra être protégée par le législateur. C'est pourquoi, même lorsque le contrat doit être anéanti, la future législation préserve les acquis du contrat en optant pour un principe de nullité partielle, en cas de violation d'une règle d'ordre public, et pour un principe de non rétroactivité en cas de résolution du contrat pour inexécution.

# CONCLUSION GENERALE

710. L'étude du sort du droit des contrats au contact du droit communautaire a permis de mettre en exergue les transformations contemporaines de cette matière. Présenté un temps comme une matière stable, dominée par le principe de l'autonomie de la volonté, le droit commun des contrats ne pouvait échapper à l'épreuve temporelle. Face à l'évolution socio-économique, les premières réactions contre l'inadéquation des prévisions du code civil ont consisté à multiplier les contrats spéciaux afin de faire face aux nouveaux défis socio-économiques.

711. Le droit communautaire africain s'est d'abord inscrit sur cette voie. Mais le législateur communautaire a ensuite compris que l'évolution par voie d'exception ne peut s'éterniser au risque de vider la règle générale de son contenu<sup>1610</sup>. C'est ainsi que l'influence du droit communautaire sur les contrats s'est faite en deux phases.

712. Dans la première phase, le droit communautaire suit le mouvement de déstabilisation du droit des contrats entamé depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle en réglementant de nombreux contrats spéciaux qui dérogent sur bien de points aux règles du droit commun des contrats. Dans ces multiples contrats dont certains avaient déjà été spécifiés par le législateur colonial, de nombreuses dispositions intègrent des mesures visant à protéger les parties qui s'engagent. Les conséquences du principe de l'autonomie de la volonté sont ainsi remises en cause les unes après les autres.

La multiplication des exceptions à la théorie générale des contrats trouve cependant son fondement à l'article 6 du code civil. En subordonnant la validité du contrat à l'existence d'un objet et d'une cause licites, les rédacteurs du code civil ont, dès l'origine, forgé les instruments permettant aux agents de l'ordre juridique de vérifier que le produit du libre accord des volontés qu'est le contrat respecte les valeurs essentielles qu'a en charge la

---

<sup>1610</sup> GUELFUCCI THIBIERGE (C.), op. cit., p. 371.

société<sup>1611</sup>. Or, ce sont ces valeurs essentielles qui évoluent suivant les époques. Si à l'époque du code civil, elles se réduisaient aux interdictions relatives à la famille, à l'Etat et à l'individu, la société contemporaine se trouve face à des situations hégémoniques qui créent des inégalités structurelles dans de nombreux domaines socio-économiques. C'est pourquoi, le contenu de la notion d'ordre public de l'article 6 du code civil va être bâillonné sans cesse pour essayer de venir en aide à ceux-là qui se trouvent dans des situations où la libre négociation avec leurs cocontractants est impossible. Il est question de réglementer de manière impérative les relations entre l'assureur et l'assuré, le transporteur et le transporté, le bailleur et le locataire, le consommateur et le professionnel ou encore entre l'employeur et l'employé.

713. Par ces différentes interventions, le législateur tente de canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui semble le plus utile à la collectivité. Des contrats sont ainsi imposés ou suggérés aux parties, des clauses sont entièrement rédigées par le législateur de sorte que l'acte contractuel va simplement consister pour les parties à adhérer à un contrat pré-rédigé. En outre, de nombreuses clauses contractuelles sont interdites soit pour respecter une politique économique précise, soit pour protéger certains intérêts en présence.

Dans la plupart de ces contrats régis par le droit communautaire, les obligations respectives des parties vont être modifiées pour permettre à chaque partie de profiter au maximum du contrat. Il est question, à travers une exigence générale de bonne foi, d'instituer une collaboration entre les parties non seulement dans leur intérêt, mais aussi dans celui du contrat, car celui-ci a une utilité socio-économique qu'il convient de préserver.

714. Dans la seconde phase, le droit communautaire entame une entreprise de vivification du droit commun des contrats. Par l'avant projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit des contrats, le législateur

---

<sup>1611</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 35.

communautaire veut tirer des leçons de la crise que connaît la théorie générale des contrats issue du code civil. Ce texte propose un droit des contrats moderne, en phase avec la société contemporaine. Il contient en outre un certain nombre des principes qui peuvent donner un souffle nouveau à cette théorie qui ne répond plus aux attentes des acteurs économiques.

715. Sans chercher à faire dans le cadre de ce travail une analyse linéaire de ce texte qui constitue une véritable aubaine pour la théorie générale des contrats applicable dans la plupart des pays membres de l'OHADA, il a été simplement question de ressortir les principes très novateurs qui y sont intégrés et qui permettront de donner un regain d'intérêt à l'étude du droit commun des contrats. La transparence et l'équilibre contractuel apparaissent comme des principes nouveaux qui n'occultent certes pas les principes traditionnels de la théorie générale des contrats, mais qui permettent de concilier ceux-ci avec les réalités socio-économiques contemporaines. Il faut en effet relever que la nouvelle réglementation ne vient pas mettre un terme aux règles fondamentales de la théorie générale des contrats. Il est simplement question d'apporter des correctifs nécessaires à l'absolutisme jadis enseigné du principe de l'autonomie de la volonté.

716. Mais la rénovation de la théorie générale des contrats ne pouvait cependant se limiter à l'apport des nouveaux principes. L'efficacité d'une norme dépend aussi de la sanction qui y est attachée. Alors que le code civil prévoit des règles abruptes qui se résument soit à la nullité du contrat, soit à sa résolution, la future législation uniforme africaine prévoit des sanctions plus souples, avec pour objectif d'éviter autant que faire se peut, la rupture du lien contractuel.

717. Certaines de ces sanctions ont été suggérées dans le cadre de ce travail. Il s'agit d'une part, de l'indemnité compensatrice, une sorte de « *peine privée* ». Elle peut sanctionner, au stade de la formation du contrat, l'inobservation d'une obligation d'information, lorsque celle-ci n'a pas eu pour effet d'altérer de manière significative le consentement de l'autre partie. Cette

sanction permet de séparer l'obligation d'information de la théorie des vices du consentement. D'autre part, il a été proposé que la réfaction du contrat soit généralisée. Cette sanction de l'inexécution déjà admise dans certaines hypothèses par le code civil et dans certains contrats spéciaux, permet à celui qui reçoit une exécution insuffisante de son cocontractant, d'éviter la résolution du contrat en réduisant à due concurrence sa propre prestation.

Mais l'avant projet d'Acte uniforme, contrairement aux Principes du droit européen du Contrat, n'a pas intégré ces sanctions. Cependant, il ne manque pas de sanctions novatrices. On note ainsi que de nombreux mécanismes permettent le maintien du contrat quand bien même une règle d'ordre public aurait été violée. Il en est ainsi de la sanction des conditions de formation, de la généralisation de la régularisation du contrat et de la prévalence des nullités partielles. Lorsqu'il s'agit de sanctionner une inexécution ou mauvaise exécution du contrat, le même souci de préserver le lien contractuel demeure. La prise en compte de l'obligation de réparation ou de remplacement comme de simples modalités du droit à l'exécution du contrat permet d'assurer la pérennité de l'engagement des parties. De même, l'institution du délai supplémentaire d'exécution qui diffère du délai de grâce que le juge peut accorder permet de donner au débiteur une chance d'exécuter sa prestation et d'éviter l'anéantissement de la relation contractuelle.

**718.** Il en résulte que l'avant projet d'Acte uniforme, s'il est adopté, dynamisera sans aucun doute la théorie générale des contrats applicable au Cameroun et dans l'espace OHADA en général. Par son adoption, le droit des contrats, qui se présente aujourd'hui comme un droit éparpillé, incohérent et diversifié, retrouvera une certaine unité puisque ce texte rejoint dans la plupart de ses dispositions, les principes déjà en vigueur dans de nombreux contrats spéciaux. Cette évolution inéluctable de la théorie générale des contrats applicable dans l'espace OHADA permettra à cet espace de s'arrimer au mouvement généralisé de révision des règles du code civil relatives au droit des obligations dans les pays de tradition civiliste, notamment au

Québec, en Suisse, en Allemagne et entamé tout récemment en France avec le projet Catala. Peut-être en suivant cette voie, le droit des contrats aura trouvé une solution à la crise actuelle due à son émiettement ?



# ANNEXE

## ACTE UNIFORME OHADA SUR LE DROIT DES CONTRATS

### AVANT-PROJET

Rédigé par Marcel FONTAINE

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

A la demande de l'Institut internationale de l'unification du droit privé  
(UNIDROIT)

Pour transmission au Secrétariat Permanent de l'OHADA  
Septembre 2004

#### *Nota Bene*

Les articles du présent avant-projet sont dotés d'une numérotation provisoire, chapitre par chapitre, destinée à faciliter les modifications éventuelles au cours de la procédure d'adoption. Le texte définitif recevra une numérotation continue, dans la tradition des autres Actes uniformes de l'OHADA.

Chaque article est accompagné d'une indication permettant de le situer par rapport au modèle choisi, les Principes d'UNIDROIT relatifs au contrat du commerce international. Il est précisé que le texte proposé est identique à celui du modèle (« = Pr.U. art. ... ») similaire (« comp. Pr.U. art. ... ») ou nouveau. Dans bien des cas, les textes « similaires » n'ont subi que des adaptations de pure forme.

## CHAPITRE INTRODUCTIF – CHAMP D'APPLICATION

- Si l'Acte est applicable à tous les contrats, tant civils que commerciaux (solution préconisée) :  
Aucune disposition n'est nécessaire.
- Si l'Acte n'est applicable qu'aux contrats commerciaux :

### **Article 0/1 (nouveau)**

*(Champ d'application)*

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

## CHAPITRE I – DISPOSITIONS GENERALES

### **Article 1/1 (comp. Pr. U. art. 1.1)**

*(Liberté contractuelle)*

Sous réserve de l'article 3/1, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu.

### **Article 1/2 (comp. Pr. U. art. 1.5)**

*(Exclusion ou modification conventionnelles)*

Les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets, à moins que cet Acte uniforme n'en dispose autrement.

### **Article 1/3 (comp. Pr. U. art. 1.2)**

*(Forme du contrat)*

1) Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière.

2) Les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent.

### **Article 1/4 (comp. Pr. U. art. 1.3)**

*(Force obligatoire du contrat)*

Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte uniforme.

### **Article 1/5 (comp. Pr. U. art. 1.6)**

*(Interprétation et comblement des lacunes)*

1) Pour l'interprétation du présent Acte uniforme, il sera tenu compte de son caractère international et de sa finalité, notamment de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

2) Les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire.

**Article 1/6 (comp. Pr. U. art. 1.7)**

*(Bonne foi)*

1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi.

2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée.

**Article 1/7 (= Pr. U. art. 1.8)**

*(Interdiction de se contredire)*

Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage.

**Article 1/8 (comp. Pr. U. art. 1.9)**

*(Usages et pratiques)*

1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles.

2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable.

**Article 1/9 (comp. Pr. U. art. 1.10)**

*(Notification)*

1) Une notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances.

2) Elle prend effet au moment où elle parvient au destinataire.

3) Aux fins du paragraphe précédent, une notification parvient à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée à son domicile ou à son établissement.

4) Aux fins du présent article, le terme « notification » s'applique aussi à une déclaration, demande, requête ou autre communication d'intention.

**Article 1/10 (comp. Pr. U. art. 1.11)**

*(Définitions)*

Aux fins du présent Acte uniforme :

- Le terme « tribunal » s'applique au tribunal arbitral ;

- Lorsqu'une partie a plus d'un établissement, l'« établissement » à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ;

- Le terme « débiteur » désigne la partie qui est tenue d'exécuter l'obligation et le terme « créancier » désigne la partie qui peut en réclamer l'exécution ;

- Le terme « écrit » s'entend de tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle.

**Article 1/11 (comp. Pr. U. art. 1.12)**

*(Computation des délais fixés par les parties)*

1) Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant le délai fixé par les parties pour l'accomplissement d'un acte sont comptés dans le calcul de ce délai.

2) Toutefois, le délai qui expirerait un jour qui est férié ou chômé au lieu du domicile ou de l'établissement de la partie qui doit accomplir un acte, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

3) La zone horaire est celle du lieu du domicile ou de l'établissement de la partie qui fixe le délai, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

**CHAPITRE II – FORMATION DU CONTRAT ET POUVOIR DE REPRESENTATION**

**SECTION I : FORMATION DU CONTRAT**

**Article 2/1 (= Pr. U. art. 2.1.1)**

*(Mode de formation)*

Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord.

**Article 2/2 (= Pr. U. art. 2.1.2)**

*(Définition de l'offre)*

Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

**Article 2/3 (= Pr. U. art. 2.1.3)**

*(Rétractation de l'offre)*

1) L'offre prend effet lorsqu'elle parvient au destinataire ;

2) L'offre, même irrévocable, peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre.

**Article 2/4** (= Pr. U. art. 2.1.4)

*(Révocation de l'offre)*

1) Jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation.

2) Cependant, l'offre ne peut être révoquée :

a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou

b) si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence.

**Article 2/5** (= Pr. U. art. 2.1.5)

*(Rejet de l'offre)*

L'offre prend fin lorsque son rejet parvient à son auteur.

**Article 2/6** (= Pr. U. art. 2.1.6)

*(Mode d'acceptation)*

1) Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.

2) L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

3) Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli.

**Article 2/7** (= Pr. U. art. 2.1.7)

*(Délai d'acceptation)*

L'offre doit être acceptée dans les délais stipulés par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

**Article 2/8** (= Pr. U. art. 2.1.8)

*(Délai déterminé d'acceptation)*

Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où l'offre est expédiée. La date indiquée dans l'offre est présumée être celle de l'expédition, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

**Article 2/9** (= Pr. U. art. 2.1.9)

*(Acceptation tardive. Retard dans la transmission)*

1) Une acceptation tardive produit néanmoins effet en tant qu'acceptation si, sans retard indu, l'auteur de l'offre en informe le destinataire ou lui adresse une notification à cet effet.

2) Une communication contenant une acceptation tardive, expédiée dans les circonstances telles que si sa transmission avait été régulière, elle serait parvenue à temps à l'auteur de l'offre, produit effet en tant qu'acceptation, à moins que, sans retard indu, l'auteur de l'offre n'informe le destinataire qu'il considère celle-ci comme ayant pris fin.

**Article 2/10** (= Pr. U. art. 2.1.10)

*(Rétractation de l'acceptation)*

L'acceptation peut être rétractée pourvu que la rétractation parvienne à l'auteur de l'offre au plus tard au moment où l'acceptation aurait pris effet.

**Article 2/11** (= Pr. U. art. 2.1.11)

*(Modification de l'acceptation)*

1) La réponse à une offre qui se veut acceptation de cette offre, mais qui contient des additions, des limitations ou d'autres modifications, vaut rejet de l'offre et constitue une contre-proposition.

2) Toutefois, la réponse qui se veut acceptation mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard indu, n'exprime son désaccord sur ces éléments. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre avec les modifications énoncées dans l'acceptation.

**Article 2/12** (= Pr. U. art. 2.1.12)

*(Confirmation écrite)*

Si un écrit qui se veut confirmation d'un contrat tout en contenant des éléments complémentaires ou différents, est expédié dans un délai raisonnable après sa conclusion, ces éléments font partie du contrat, à moins qu'ils n'en altèrent la substance ou que le destinataire, sans retard indu, n'exprime son désaccord à ces éléments.

**Article 2/13** (= Pr. U. art. 2.1.13)

*(Contrat subordonné à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme)*

Lorsqu'une partie, au cours des négociations, exige que la conclusion du contrat soit subordonnée à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme, le contrat n'est conclu que si les parties parviennent à un accord sur ces questions.

**Article 2/14 (= Pr. U. art. 2.1.14)**

*(Clause à déterminer ultérieurement)*

1) Dès lors que les parties entendent conclure un contrat, le fait qu'elles renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat.

2) L'existence du contrat n'est pas compromise du fait que, par la suite

a) les parties ne sont pas parvenues à un accord ; ou

b) le tiers n'a pas pris de décision,

à condition qu'il y ait un autre moyen de déterminer cette clause qui soit raisonnable dans les circonstances en tenant compte de l'intention des parties.

**Article 2/15 (= Pr. U. art. 2.1.15)**

*(Mauvaise foi dans les négociations)*

1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.

2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord.

**Article 2/16 (= Pr. U. art. 2.1.16)**

*(Devoir de confidentialité)*

Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie.

**Article 2/17 (= Pr. U. art. 2.1.17)**

*(Clause d'intégralité)*

Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du document.



**Article 2/18** (= Pr. U. art. 2.1.18)

*(Modification sous une forme particulière)*

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.

**Article 2/19** (= Pr. U. art. 2.1. 19)

*(Clauses-types)*

1) Les règles générales relatives à la formation du contrat s'appliquent lorsque l'une des parties ou les deux utilisent des clauses-types, sous réserve des articles 2/20 à 2/22.

2) Sont des clauses-types les dispositions établies à l'avance par l'une des parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie.

**Article 2/20** (= Pr. U. art. 2.1.20)

*(Clauses inhabituelles)*

1) Une clause reproduisant une clause-type est sans effet lorsqu'elle est d'une nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, à moins que celle-ci n'y consente expressément.

2) Pour déterminer si une clause est d'une telle nature, on prend en considération son contenu, le langage employé ou sa présentation.

**Article 2/21** (= Pr. U. art. 2.1.21)

*(Conflit entre clauses-types et clauses qui ne le sont pas)*

En cas d'incompatibilité entre une clause-type et une clause qui ne l'est pas, cette dernière l'emporte.

**Article 2/22** (= Pr. U. art. 2.1.22)

*(Des accords sur les clauses-types)*

Lorsque les parties utilisent des clauses types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat.

## SECTION II : POUVOIR ET REPRESENTATION

### **Article 2/23 (= Pr. U. art. 2.2.1)**

*(Objet de la section)*

1) La présente section régit le pouvoir d'une personne (« le représentant ») de produire des effets dans la situation juridique d'une autre personne (« le représenté ») relativement à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat avec un tiers. Le représentant agit en son propre nom ou au nom du représenté.

1) Elle ne régit que les rapport entre, d'une part, le représenté ou le représentant et, d'autre part, le tiers.

2) Elle ne régit pas le pouvoir conféré par la loi à un représentant, ni celui d'un représentant nommé par une autorité publique ou judiciaire.

### **Article 2/24 (= Pr. U. art. 2.2.2)**

*(Constitution et étendu du pouvoir de représentation)*

1) L'attribution par le représenté du pouvoir de représentation peut être expresse ou implicite.

2) Le représentant a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de sa mission, compte tenu des circonstances.

### **Article 2/25 (= Pr. U. art. 2.2.3)**

*(Divulgateion de la représentation)*

1) Les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs, alors que le tiers savait ou aurait dû savoir qu'il agissait en cette qualité, engagent directement le représenté et le tiers. Aucun rapport juridique n'est créé entre le représentant et les tiers.

2) Toutefois, le représentant qui, avec le consentement du représenté, devient lui-même partie au contrat, n'engage que lui-même envers le tiers.

### **Article 2/26 (= Pr. U. art. 2.2.4)**

*(Non divulgation de la représentation)*

1) Les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs, alors que le tiers ne savait ni n'aurait dû savoir que le représentant agissait en cette qualité, n'engagent que lui-même et le tiers.

2) Toutefois, si le représentant, en contractant avec le tiers pour le compte d'une entreprise, se présente comme en étant le propriétaire, le tiers qui découvre le véritable propriétaire peut aussi exercer, à l'encontre de ce dernier, les droits qu'il détient à l'encontre du représentant.

**Article 2/27** (= Pr. U. art. 2.2.5)

*(Représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs)*

1) Une personne qui agit en qualité de représentant, mais sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, n'engage ni le représenté, ni le tiers.

2) Toutefois, lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement que le représentant a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté et qu'il agit dans la limite de ce pouvoir, le représenté ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir du représentant.

**Article 2/28** (= Pr. U. art. 2.2.6)

*(Responsabilité du représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs)*

1) Le représentant qui agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est tenu, en l'absence de ratification par le représenté, de payer au tiers les dommages-intérêts qui placeront ce dernier dans la situation où il se serait trouvé si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou s'il n'avait pas agi au-delà de ses pouvoirs.

2) Toutefois, le représentant n'y sera pas tenu si le tiers savait ou aurait dû savoir que le représentant agissait sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs.

**Article 2/29** (= Pr. U. art. 2.2. 7)

*(Conflit d'intérêts)*

1) Si le contrat conclu par le représentant implique celui-ci dans un conflit d'intérêts avec le représenté, que le tiers connaissait ou aurait dû connaître, le représenté peut annuler le contrat, conformément aux dispositions des articles 3/14, 3° et 3/16 à 3/18.

2) Toutefois, le représenté ne peut annuler le contrat

a) s'il a consenti à l'implication du représentant dans le conflit d'intérêts, ou s'il le connaissait ou aurait dû le connaître ; ou

b) si le représentant a révélé le conflit au représenté et que ce dernier n'a pas soulevé d'objection dans un délai raisonnable.

**Article 2/30** (= Pr. U. art. 2.2. 8)

*(Substitution de représentant)*

Le représentant a le pouvoir implicite de désigner un représentant substitué pour accomplir les actes dont il n'est pas raisonnable de penser qu'il les accomplira personnellement. Les règles de la présente Section s'appliquent à la représentation par substitution.

**Article 2/31** (= Pr. U. art. 2.2.9)

*(Ratification)*

1) Le représenté peut ratifier l'acte accompli par une personne qui a agi en qualité de représentant, sans en avoir le pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs. Une fois ratifié, l'acte produit les mêmes effets que s'il avait été, dès l'origine, accompli en vertu d'un pouvoir.

2) Le tiers peut, par voie de notification, accorder au représenté un délai raisonnable pour la ratification. Si, dans ce délai, le représenté ne ratifie pas l'acte, il ne pourra plus le faire.

3) Lorsque, au moment de l'acte accompli par le représentant, le tiers ne connaissait et n'aurait pas dû connaître le défaut de pouvoir, il peut, à tout moment avant la ratification, indiquer au représenté par voie de notification son refus d'être lié par la ratification.

**Article 2/32** (= Pr. U. art. 2.2.10)

*(Extinction du pouvoir)*

1) L'extinction du pouvoir n'a d'effet à l'égard du tiers que s'il en avait ou aurait dû en avoir connaissance.

2) Nonobstant l'extinction de son pouvoir, le représentant demeure habilité à accomplir les actes nécessaires afin d'éviter toute atteinte aux intérêts du représenté.

## CHAPITRE III – VALIDITE

### SECTION II : CAS D'INVALIDITE

**Article 3/1** (nouveau)

*(Illicéité)*

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.

**Article 3/2** (nouveau)

*(Capacité)*

Les questions de capacité sont régies par les dispositions qui les concernent.

**Article 3/3** (= Pr. U. art. 3.3)

*(Impossibilité initiale)*

1) Le seul fait que, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations ne porte pas atteinte à la validité du contrat.

2) Il en est de même si, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties ne pouvait disposer des biens qui en faisaient l'objet.

**Article 3/4** (= Pr. U. art. 3.4)

*(Définition de l'erreur)*

L'erreur est une fausse croyance relative aux faits ou au droit existant au moment de la conclusion du contrat.

**Article 3/5** (= Pr. U. art. 3.5)

*(Nullité pour erreur)*

1) La nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée par une partie que si, lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable, et que l'autre partie :

a) a commis la même erreur ou a été à l'origine de celle-ci ou encore a connu ou aurait dû connaître son existence et qu'il était contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale de laisser la victime dans l'erreur ; ou

b) n'a pas agi raisonnablement, au moment de l'annulation, en se prévalant des dispositions du contrat.

2) En outre, la nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée lorsque :

a) l'erreur découle de la faute lourde de la partie qui l'a commise ; ou

b) l'erreur porte sur une matière dans laquelle le risque d'erreur avait été assumé ou, eu égard aux circonstances, devait être assumé par la partie qui est dans l'erreur.

**Article 3/6** (= Pr. U. art. 3.6)

*(Erreur dans l'expression ou la transmission)*

L'erreur commise dans l'expression ou la transmission d'une déclaration est imputable à l'auteur de cette déclaration.

**Article 3/7** (= Pr. U. art. 3.7)

*(Moyens ouverts en cas d'inexécution)*

La nullité du contrat pour cause d'erreur ne peut être invoquée par une partie lorsque les circonstances donnent ou auraient pu donner ouverture à un moyen fondé sur l'inexécution.

**Article 3/8** (= Pr. U. art. 3.8)

*(Dol)*

La nullité du contrat pour cause de dol peut être invoquée par une partie lorsque son engagement a été déterminé par les manœuvres frauduleuses de l'autre

partie, notamment son langage ou ses actes, ou lorsque cette dernière, contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, a omis frauduleusement de faire part à la première de circonstances particulières qu'elle aurait dû révéler.

**Article 3/9** (= Pr. U. art. 3.9)

*(Contrainte)*

La nullité du contrat pour cause de contrainte peut être invoquée par une partie au contrat lorsque son engagement a été déterminé par les menaces injustifiées de l'autre partie, dont l'imminence et la gravité, eu égard aux circonstances, ne laissent à la première aucune autre issue raisonnable. Une menace est notamment, injustifiée lorsque l'acte ou l'omission dont une partie est menacée est en soi illicite, ou qu'est illicite le recours à une telle menace en vue d'obtenir la conclusion du contrat.

**Article 3/10** (comp. Pr. U. art. 3.10)

*(Avantage excessif)*

1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit notamment prendre en considération :

a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ; et

b) la nature et le but du contrat.

2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi.

3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 3/15 sont alors applicables.

**Article 3/11** (comp. Pr. U. art. 3.11)

1) La victime du dol, de la contrainte, de la lésion ou de l'erreur imputables à un tiers, ou qui sont connus ou devraient être connus d'un tiers, pour les actes dont une partie répond, peut invoquer l'annulation du contrat au même titre que si ces vices avaient été le fait de la partie elle-même.

2) La victime du dol, de la contrainte ou de la lésion imputables à un tiers pour les actes dont une partie ne répond pas, peut invoquer l'annulation du contrat lorsque celle-ci avait, ou aurait dû avoir, connaissance de ces vices ou que, au moment de l'annulation, elle n'avait pas agi raisonnablement en se prévalant des dispositions du contrat.

## SECTION II : NULLITES

### **Article 3/12 (nouveau)**

*(Sanction des conditions de formation)*

Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité.

### **Article 3/13 (nouveau)**

*(Nullité absolue)*

1) La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général ; il en est ainsi lorsque le contrat est illicite au sens de l'article 3/1.

2) La nullité absolue peut être invoquée par toute personne qui y a intérêt ; le tribunal la soulève d'office.

3) Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation.

### **Article 3/14 (nouveau ; comp. Pr. U. art. 3.12)**

*(Nullité relative)*

1) La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers ; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié, dans les conditions des articles 3/4 à 3/11.

2) La nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie ; le tribunal ne peut la soulever d'office.

3) Le contrat frappé de nullité relative ne peut être annulé lorsque la partie en droit de le faire confirme expressément ou implicitement ce contrat dès que le délai pour la notification de l'annulation a commencé à courir.

### **Article 3/15 (comp. Pr. U. art. 3.13)**

*(Perte du droit à l'annulation)*

1) En dépit de l'erreur autorisant une partie à annuler le contrat, celui-ci n'en est pas moins conclu tel que cette partie l'avait envisagé, si l'autre partie manifeste

l'intention de s'y conformer ou qu'elle exécute ses obligations ainsi que la victime de l'erreur l'entendait. La partie qui entend agir de la sorte doit le faire promptement après avoir été informée de l'erreur commise par l'autre partie et avant que cette dernière n'ait donné raisonnablement suite à la notification d'annulation.

2) La victime de l'erreur perd alors le droit d'invoquer l'annulation du contrat et toute notification antérieure d'annulation est sans effet.

**Article 3/16** (= Pr. U. art. 3.14)

*(Annulation par notification)*

L'annulation du contrat par une partie se fait par voie de notification à l'autre.

**Article 3/17** (= Pr. U. art. 3.15)

**(Délais)**

1) L'annulation doit être notifiée dans un délai raisonnable, eu égard aux circonstances, à partir du moment où la partie en droit d'annuler le contrat soit connaissait les causes de l'annulation ou ne pouvait les ignorer, soit pouvait agir librement.

2) Le délai de notification visant l'annulation d'une clause particulière du contrat en vertu de l'article 3/10 court à partir du moment où l'autre partie s'en prévaut.

**Article 3/18** (= Pr. U. art. 3.16)

*(Annulation partielle)*

L'annulation du contrat se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause de l'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat.

**Article 3/19** (= Pr. U. art. 3.17)

*(Effet rétroactif de l'annulation)*

1) L'annulation a un effet rétroactif.

2) L'annulation permet à chaque partie de demander la restitution de ce qu'elle a fourni en exécution du contrat ou des clauses annulées, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle en a elle-même reçu. Ce qui ne peut être restitué en nature doit l'être en valeur.

**Article 3/20** (= Pr. U. art. 3.18)

*(Dommages-intérêts)*

Que le contrat ait été annulé ou non, la partie qui connaissait ou aurait dû connaître la cause d'annulation est tenue à des dommages-intérêts de manière à replacer l'autre partie dans l'état où elle se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu.



### SECTION 3 : DISPOSITIONS GENERALES

**Article 3/21 (comp. Pr. U. art. 3. 19)**

*(Caractère impératif des dispositions)*

Les dispositions du présent Chapitre sont impératives, sauf celles qui concernent l'impossibilité initiale ou l'erreur.

**Article 3/22 (= Pr. U. art. 3.20)**

*(Déclarations unilatérales)*

Les dispositions du présent Chapitre s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à toute communication d'intention qu'une partie adresse à l'autre.

### CHAPITRE 4 - INTERPRETATION

**Article 4/1 (= Pr. U. art. 4.1)**

*(Intention des parties)*

1) Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties.

2) Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.

**Article 4/2 (= Pr. U. art. 4.2)**

*(Interprétation des déclarations et des comportements)*

1) Les déclarations et le comportement d'une partie s'interprètent selon l'intention de leur auteur lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention.

2) A défaut d'application du paragraphe précédent, ils s'interprètent selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.

**Article 4/3 (comp. Pr. U. art. 4.3)**

*(Circonstances pertinentes)*

Pour l'application des articles 4/1 et 4/2, on prend en considération toutes les circonstances, notamment :

- a) les négociations préliminaires entre les parties ;
- b) les pratiques établies entre les parties ;
- c) le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat ;
- d) la nature et le but du contrat ;

- e) le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans le secteur concerné ;
- f) les usages.

**Article 4/4** (= Pr. U. art. 4.4)

*(Cohérence du contrat)*

Les clauses et les expressions s'interprètent en fonction de l'ensemble du contrat ou de la déclaration où elles figurent.

**Article 4/5** (= Pr. U. art. 4.5)

*(Interprétation utile)*

Les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens avec lequel elles peuvent toutes avoir un quelconque effet, plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun.

**Article 4/6** (= Pr. U. art. 4.6)

En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées.

**Article 4/7** (= Pr. U. art. 4.7)

*(Divergences linguistiques)*

En cas de divergence entre deux ou plusieurs versions linguistiques faisant également foi, préférence est accordée à l'interprétation fondée sur une version d'origine.

**Article 4/8** (= Pr. U. art. 4.8)

*(Omissions)*

1) A défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée.

2) Pour déterminer ce qui constitue une clause appropriée, on prend en considération notamment :

- a) l'intention des parties ;
- b) la nature et du but du contrat ;
- c) la bonne foi ;
- d) ce qui est raisonnable.

## CHAPITRE 5 – CONTENU DU CONTRAT ET DROITS DES TIERS

### SECTION 1 : CONTENU DU CONTRAT

#### **Article 5/1** (= Pr. U. art. 5.1.1)

*(Obligations expresses et implicites)*

Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites.

#### **Article 5/2** (= Pr. U. art. 5.1.2)

*(Obligations implicites)*

Les obligations implicites découlent :

- a) de la nature et du but du contrat ;
- b) des pratiques établies entre les parties et des usages ;
- c) de la bonne foi ;
- d) de ce qui est raisonnable.

#### **Article 5/3** (= Pr. U. art. 5.1.3)

*(Devoir de collaboration)*

Les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations.

#### **Article 5/4** (= Pr. U. art. 5.1.4)

*(Obligation de résultat et obligation de moyens)*

1) Le débiteur d'une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis.

2) Le débiteur d'une obligation de moyens est tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.

#### **Article 5/5** (= Pr. U. art. 5.1.5)

*(Détermination du type d'obligation)*

Pour déterminer si l'obligation est de moyens ou de résultat, on prend en considération notamment :

- a) la manière dont l'obligation est exprimée dans le contrat ;
- b) le prix et les autres éléments du contrat ;
- c) le degré d'aléa normalement présent dans la poursuite du résultat recherché ;
- d) l'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation.

**Article 5/6** (= Pr. U. art. 5.1.6)

*(Détermination de la qualité de prestation)*

Lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, une partie est tenue de fournir une prestation de qualité raisonnable et, eu égard aux circonstances, au moins égale à la moyenne.

**Article 5/7** (= Pr. U. art. 5.1.7)

*(Fixation du prix)*

1) Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.

**Article 5/8** (= Pr. U. art. 5.1.8)

*(Contrat à durée indéterminée)*

Chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis de durée raisonnable.

**Article 5/9** (= Pr. U. art. 5.1.9)

*(Renonciation par convention)*

1) Un créancier peut renoncer à son droit par convention avec le débiteur.

2) L'offre à titre gratuit de renoncer à un droit est présumée acceptée si le débiteur ne la rejette pas expressément après en avoir eu connaissance.

## SECTION 2 : DROITS DES TIERS

**Article 5/10** (nouveau)

*(Relativité)*

1) Les droits et obligations nés du contrat n'ont d'effets qu'entre les parties.

2) La situation juridique créée par le contrat est opposable aux tiers de plein droit, sauf si la loi requiert des formalités particulières.

**Article 5/11** (nouveau)

*(Transmission aux héritiers)*

Les droits et obligations résultant du contrat sont, lors du décès de l'une des parties, transmis à ses héritiers si la nature du contrat ne s'y oppose pas.

**Article 5/12** (= Pr. U. art. 5.2.1)

*(Stipulation pour autrui)*

1) Les parties (« le promettant » et le « stipulant ») peuvent par un accord exprès ou tacite, conférer un droit à un tiers (le « bénéficiaire »).

2) L'existence et le contenu du droit que le bénéficiaire peut exercer à l'encontre du promettant, sont déterminés par l'accord des parties et soumis aux conditions ou autres limitations prévues dans l'accord.

**Article 5/13** (= Pr. U. art. 5.2.2)

*(Tiers identifiable)*

Le bénéficiaire doit être identifiable avec une certitude suffisante dans le contrat, mais il peut ne pas exister au moment de la conclusion du contrat.

**Article 5/14** (= Pr. U. art. 5.2.3)

*(Clauses exonératoires et limitatives)*

Les droits conférés au bénéficiaire comprennent celui d'invoquer une clause du contrat qui exclut ou limite la responsabilité du bénéficiaire.

**Article 5/15** (= Pr. U. art. 5.2.4)

*(Moyens de défense)*

Le promettant peut opposer au bénéficiaire tous les moyens de défense qu'il pourrait opposer au stipulant.

**Article 5/16** (= Pr. U. art. 5.2.5)

*(Révocation)*

Les parties peuvent modifier ou révoquer les droits conférés par le contrat au bénéficiaire, tant que ce dernier ne les a pas acceptés ou n'a pas agi raisonnablement en conséquence.

**Article 5/17** (= Pr. U. art. 5.2.6)

*(Renonciation)*

Le bénéficiaire peut renoncer à un droit qui lui a été conféré.

**Article 5/18** (nouveau)

*(Promesse de porte-fort)*

On ne peut, par un contrat fait en son propre nom, engager d'autres que soi-même et ses héritiers ; mais on peut, en son propre nom, promettre qu'un tiers s'engagera à exécuter une obligation ; en ce cas, on est tenu envers son cocontractant du préjudice qu'il subit si le tiers ne s'engage pas conformément à la promesse.

## CHAPITRE 6 – EXECUTION

### SECTION 1 : EXECUTION EN GENERAL

**Article 6/1** (= Pr. U. art. 6.1.1)

*(Moment de l'exécution)*

Le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations :

- a) si une date est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à cette date ;
- b) si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le choix du moment appartienne à l'autre partie ;
- c) à défaut, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat.

**Article 6/2** (comp. Pr. U. art. 6.1.2)

*(Exécution en une seule fois ou échelonnée)*

Dans les cas prévus par l'article 6/1 b) et c), le débiteur doit, dans la mesure du possible et sauf indication contraire découlant des circonstances, exécuter ses obligations en une seule fois.

**Article 6/3** (= Pr. U. art. 6.1.3)

*(Exécution partielle)*

1) Le créancier peut, à l'échéance, refuser d'accepter une offre d'exécution partielle, qu'elle soit ou non accompagnée d'une assurance de bonne exécution du solde, à moins de n'avoir aucun intérêt légitime à le faire.

2) Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution partielle sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen.

**Article 6/4** (= Pr. U. art. 6.1.4)

*(Ordre des prestations)*

1) Dans la mesure où les prestations de chaque partie peuvent être exécutées simultanément, les parties sont tenues de les exécuter ainsi, à moins de circonstances indiquant le contraire.

2) Dans la mesure où la prestation d'une seule partie exige un délai d'exécution, cette partie est tenue de l'exécuter en premier, à moins que de circonstances indiquant le contraire.

**Article 6/5** (= Pr. U. art. 6.1.5)

*(Exécution avant l'échéance)*

1) Le créancier peut refuser l'exécution avant l'échéance, à moins de n'avoir aucun intérêt légitime à le faire.

2) L'acceptation par une partie d'une exécution avant l'échéance n'a aucun effet sur la date à laquelle elle doit exécuter ses propres obligations, dès lors que

cette date a été fixée sans tenir compte de l'exécution des obligations de l'autre partie.

3) Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution avant l'échéance sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen.

**Article 6/6 (nouveau)**

*(Déchéance du délai d'exécution)*

1) Le débiteur perd le bénéfice du délai d'exécution prévu à l'article 6/1 s'il devient insolvable ou s'il diminue, par son fait et sans le consentement du créancier, les sûretés qu'il a consenties à ce dernier.

2) La déchéance prévue au paragraphe précédent rend l'obligation immédiatement exigible.

3) En cas de pluralité de débiteurs, même solidaires, la déchéance encourue par l'un d'entre eux n'a pas d'effet à l'égard des autres.

**Article 6/7 (comp. Pr. U. art. 6.1.6)**

*(Lieu d'exécution)*

1) Lorsque le lieu d'exécution de l'obligation n'est pas fixé au contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, l'exécution s'effectue :

- a) pour une obligation de somme d'argent, au lieu du domicile ou de l'établissement du créancier ;
- b) pour toute autre obligation, au lieu du domicile ou de l'établissement du débiteur ;

2) La partie qui change de domicile ou d'établissement après la conclusion du contrat supporte l'augmentation des frais liés à l'exécution qu'un tel changement a pu occasionner.

**Article 6/8 (nouveau)**

*(Personne entre les mains de qui l'exécution s'effectue)*

1) L'obligation doit être exécutée entre les mains du créancier ou d'une personne autorisée à la recevoir pour lui.

2) Si elle est effectuée entre les mains d'un tiers, l'exécution est valable si le créancier la ratifie ; à défaut de ratification, elle ne vaut que dans la mesure où le créancier en a profité.

3) L'exécution de l'obligation faite de bonne foi entre les mains d'un créancier apparent est valable, encore qu'il soit ultérieurement établi qu'il n'est pas le véritable créancier.

**Article 6/9 (nouveau)**

*(Exécution au détriment d'un créancier saisissant)*

L'exécution de l'obligation effectuée par un débiteur à son créancier au détriment d'un créancier saisissant n'est pas valable à l'égard de celui-ci, lequel peut, selon ses droits, contraindre le débiteur à payer de nouveau ; dans ce cas, le débiteur a un recours contre celui de ses créanciers qu'il a ainsi payé.

**Article 6/10 (nouveau)**

*(Exécution par un tiers)*

L'obligation peut être exécutée par toute personne, même un tiers.

Toutefois, le créancier ne peut être contraint de recevoir le paiement d'un tiers lorsqu'il a intérêt à ce que le paiement soit fait personnellement par le débiteur.

**Article 6/11 (= Pr. U. art. 6.1.7)**

*(Paiement par chèque ou autres instruments)*

1) Le paiement peut être effectué par tout moyen en usage dans les conditions normales du commerce au lieu de paiement.

2) Toutefois, le créancier qui, en vertu du paragraphe précédent ou volontairement, accepte un chèque, un autre moyen de paiement ou un engagement de payer n'est présumé le faire qu'à condition que ces instruments seront honorés.

**Article 6/12 (= Pr. U. art. 6.1.8)**

*(Paiement par transfert de fonds)*

1) A moins que le créancier n'ait indiqué un compte particulier, le paiement peut être effectué à l'un quelconque des établissements financiers où le créancier a fait savoir qu'il possède un compte.

2) En cas de paiement par transfert, le débiteur est libéré de son obligation à la date à laquelle le transfert à l'établissement financier du créancier prend effet.

**Article 6/13 (= Pr. U. art. 6.1.9)**

*(Monnaie de paiement)*

1) Le débiteur d'une obligation de somme d'argent exprimée dans une monnaie autre que celle du lieu de paiement, peut se libérer dans cette monnaie, à moins :

- a) que cette monnaie ne soit pas librement convertible ; ou
- b) que les parties aient convenu que le paiement sera effectué uniquement dans la monnaie dans laquelle l'obligation est exprimée.

2) Lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'effectuer un paiement dans la monnaie dans laquelle l'obligation est exprimée, le créancier peut, même dans le cas visé au paragraphe 1 b), exiger le paiement dans la monnaie du lieu où le paiement doit être effectué.



3) Le paiement dans la monnaie du lieu où le paiement doit être effectué se fait selon le taux de change fixé à l'échéance.

4) Toutefois, si le débiteur n'a pas payé à l'échéance, le créancier peut exiger le paiement selon le taux de change fixé soit à l'échéance, soit au moment du paiement.

**Article 6/14** (= Pr. U. art. 6.1.10)

*(Monnaie non précisée)*

Lorsque la monnaie d'une obligation de somme d'argent n'est pas précisée, le paiement a lieu dans la monnaie du lieu où il doit être effectué.

**Article 6/15** (= Pr. U. art. 6.1.11)

*(Coût de l'exécution)*

Chaque partie supporte les frais de l'exécution de ses obligations.

**Article 6/16** (= Pr. U. art. 6.1.12)

*(Imputation des paiements)*

1) Le débiteur tenu de plusieurs dettes de sommes d'argent à l'égard d'un même créancier peut indiquer, au moment du paiement, sur quelle dette il entend l'imputer. Toutefois, le paiement est imputé d'abord sur les frais, puis sur les intérêts échus et, enfin, sur le capital.

2) A défaut d'indication par le débiteur, le créancier peut, dans un délai raisonnable après le paiement, indiquer au débiteur la dette sur laquelle il l'impute, pourvu que celle-ci soit exigible et non litigieuse.

3) A défaut d'imputation en vertu de l'un des paragraphes précédents, le paiement est imputé sur la dette qui satisfait à l'un des critères suivants dans l'ordre fixé ci-après :

- a) une dette échue ou à échoir en premier ;
- b) la dette pour laquelle le créancier a la garantie la plus faible ;
- c) la dette la plus onéreuse pour le débiteur ;
- d) la dette la plus ancienne.

Si aucun des critères précédents ne s'applique, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les dettes.

**Article 6/17** (comp. U. art. 6.1.13)

*(Imputation en cas d'obligations non pécuniaires)*

L'article 6/16 s'applique, avec les adaptations nécessaires, à l'imputation du paiement d'obligations non pécuniaires.

**Article 6/18 (comp. Pr. U. art. 6.1.14)**

*(Demande d'autorisation publique)*

A moins de dispositions ou de circonstances contraires, lorsqu'une autorisation publique touchant la validité ou l'exécution du contrat est exigée par la loi d'un Etat, il revient :

- a) à la partie qui a seule son domicile ou son établissement dans cet Etat de prendre les mesures nécessaires à l'obtention d'une telle autorisation ;
- b) dans tout autre cas, à la partie dont l'exécution de l'obligation exige une autorisation, de prendre les mesures nécessaires.

**Article 6/19 (= Pr. U. art. 6.1.15)**

*(Procédure d'obtention de l'autorisation)*

1) La partie qui doit prendre les mesures nécessaires à l'obtention de l'autorisation doit le faire sans retard indu et en supporter les frais.

2) Elle doit, s'il y a lieu, informer sans retard indu l'autre partie de l'octroi ou du refus de l'autorisation.

**Article 6/20 (= Pr. U. art. 6.1.16)**

*(Autorisation ni accordée ni refusée)*

1) L'une ou l'autre des parties peut mettre fin au contrat si, bien que toutes les mesures requises aient été prises par la partie qui y est tenue, l'autorisation n'est ni accordée ni refusée dans le délai fixé ou, à défaut, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat.

2) Le paragraphe précédent ne s'applique pas lorsque l'autorisation ne concerne que certaines clauses du contrat et que, dans l'éventualité d'un refus, il paraît raisonnable, eu égard aux circonstances, de maintenir les autres clauses du contrat.

**Article 6/21 (= Pr. U. art. 6.1.17)**

*(Refus d'autorisation)*

1) Le refus d'une autorisation touchant la validité du contrat emporte la nullité du contrat. La nullité n'est que partielle lorsque le refus invalide seulement certaines clauses du contrat et que, eu égard aux circonstances, il paraît raisonnable de maintenir les autres clauses.

2) Les règles relatives à l'inexécution s'appliquent lorsque le refus d'autorisation rend impossible l'exécution totale ou partielle du contrat.

## SECTION 2 : BOULEVERSEMENT DES CIRCONSTANCES

### **Article 6/22 (comp. Pr. U. art. 6.2.1)**

*(Respect du contrat)*

Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes.

### **Article 6/23 (comp. Pr. U. art. 6.2.2)**

*(Définition)*

Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué, et

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

### **Article 6/24 (comp. Pr. U. art. 6.2.3)**

*(Effets)*

1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

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

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

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

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

## CHAPITRE 7 - INEXECUTION

### SECTION 1 : INEXECUTION EN GENERAL

#### **Article 7/1** (= Pr. U. art. 7.1.1)

*(Définition)*

Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive.

#### **Article 7/2** (= Pr. U. art. 7.1.2)

*(Fait du créancier)*

Une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque.

#### **Article 7/3** (= Pr. U. art. 7.1.3)

*(Exception d'exécution)*

1) Une partie tenue d'exécuter sa prestation en même temps que l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas offert d'exécuter la sienne.

2) Une partie tenue d'exécuter sa prestation après l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas exécuté la sienne.

#### **Article 7/4** (= Pr. U. art. 7.1.4)

*(Correction par le débiteur)*

1) Le débiteur peut, à ses propres frais, prendre toute mesure destinée à corriger l'inexécution, pourvu que :

- a) il donne, sans retard indu, notification de la mesure indiquant comment et à quel moment elle sera effectuée ;
- b) la mesure soit appropriée aux circonstances ;
- c) le créancier n'ait aucun intérêt légitime à la refuser ; et
- d) la mesure soit prise sans retard.

2) La notification de la résolution ne porte pas atteinte au droit à la correction.

3) Les droits du créancier qui sont incompatibles avec l'exécution des prestations du débiteur sont eux-mêmes suspendus par la notification effective de la correction jusqu'à l'expiration du délai prévu.

4) Le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations tant que la correction n'a pas été effectuée.

5) Nonobstant la correction, le créancier conserve le droit à des dommages-intérêts pour le retard occasionné, de même que pour le préjudice causé ou qui n'a pu être empêché.

**Article 7/5** (= Pr. U. art. 7.1.5)

*(Délai d'exécution supplémentaire)*

1) En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations.

2) Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et demander des dommages-intérêts mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen. Le créancier peut, néanmoins, se prévaloir de tout autre moyen prévu au présent Chapitre lorsque le débiteur lui fait parvenir une notification l'informant qu'il ne s'acquittera pas de ses obligations dans le délai imparti ou lorsque, pendant ce délai supplémentaire, l'exécution correcte n'est pas intervenue.

3) Le créancier qui, dans sa notification, a impartit un délai supplémentaire d'une durée raisonnable peut, si le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle, mettre fin au contrat à l'expiration de ce délai. Un délai supplémentaire d'une durée déraisonnable est porté à une durée raisonnable. Le créancier peut, dans sa notification, stipuler que l'exécution des obligations dans le délai imparti mettra fin de plein droit au contrat.

4) Le paragraphe précédent ne s'applique pas lorsque l'inexécution est d'importance minime par rapport à l'ensemble des obligations du débiteur.

**Article 7/6** (= Pr. U. art. 7.1.6)

*(Clauses exonératoires)*

Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire.

**Article 7/7** (= Pr. U. art. 7.1.7)

*(Force majeure)*

1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.

2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.

3) Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception.

4) Les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat, de suspendre l'exécution de leurs obligations ou d'exiger les intérêts d'une somme échue.

## SECTION 2 : DROIT A L'EXECUTION

### **Article 7/8** (= Pr. U. art. 7.2.1)

*(Exécution de l'obligation de somme d'argent)*

A défaut par le débiteur de payer une dette de somme d'argent, le créancier peut en exiger le paiement.

### **Article 7/9** (= Pr. U. art. 7.2.2)

*(Exécution de l'obligation non pécuniaire)*

A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque :

- a) l'exécution est impossible en droit ou en fait ;
- b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ;
- c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ;
- d) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou
- e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.

### **Article 7/10** (comp. Pr. U. art. 7.2.3)

*(Réparation et remplacement)*

Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement de l'objet, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse. Les dispositions des articles 7/8 et 7/9 sont alors applicables.

### **Article 7/11** (= Pr. U. art. 7.2.4)

*(Pénalité judiciaire)*

1) Le tribunal qui ordonne au débiteur de s'acquitter de ses obligations peut également lui imposer une pénalité s'il ne se conforme pas à la décision.

2) La pénalité est payable au créancier, sauf disposition impérative de la loi du for. Le paiement de la pénalité n'empêche pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts.

**Article 7/12** (= Pr. U. art. 7.2.5)

*(Changement de moyens)*

1) Le créancier qui, ayant exigé l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent, ne l'a pas reçu dans le délai fixé ou, à défaut, dans un délai raisonnable, peut se prévaloir de tout autre moyen.

2) Lorsque la décision du tribunal relative à l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, le créancier peut se prévaloir de tout autre moyen.

### SECTION 3 : RESOLUTION

**Article 7/13** (comp. Pr. U. art. 7.3.1)

*(Droit à la résolution)*

1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.

2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes :

a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ;

b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat ;

c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire ;

d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat ;

e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat.

3) En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat si le débiteur n'exécute pas dans le délai visé à l'article 7/5.

**Article 7/14** (= Pr. U. art. 7.3.2)

*(Notification de la résolution)*

1) La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.

2) Lorsque l'offre d'exécution est tardive ou que l'exécution n'est pas conforme, le créancier perd le droit de résoudre le contrat s'il ne fait parvenir à l'autre partie une notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'offre ou de la non-conformité.

**Article 7/15** (= Pr. U. art. 7.3.3)

*(Inexécution anticipée)*

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.

**Article 7/16** (= Pr. U. art. 7.3.4)

*(Assurances suffisantes de bonne exécution)*

La partie qui croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie peut exiger d'elle des assurances suffisantes de bonne exécution et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations. Elle peut résoudre le contrat si ces assurances ne sont pas fournies dans un délai raisonnable.

**Article 7/17** (= Pr. U. art. 7.3.5)

*(Effets de la résolution)*

1) La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives.

2) Elle n'exclut pas le droit de demander les dommages-intérêts pour inexécution.

3) Elle n'a pas d'effets sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clause destinée à produire effet même en cas de résolution.

**Article 7/18** (= Pr. U. art. 7.3.6)

*(Restitution)*

1) Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur.

2) Toutefois, lorsque l'exécution du contrat s'est prolongée dans le temps et que le contrat est divisible, la restitution ne peut avoir lieu que pour la période postérieure à la résolution.



#### SECTION 4 : DOMMAGES-INTERETS

**Article 7/19 (comp. Pr. U. art. 7.4.1)**

*(Droit aux dommages-intérêts)*

L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans le présent Acte uniforme.

**Article 7/20 (= Pr. U. art. 7.4.2)**

*(Réparation intégrale)*

1) Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée.

2) Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale.

**Article 7/21 (= Pr. U. art. 7.4.3)**

*(Certitude du préjudice)*

1) N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.

2) La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

3) Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal.

**Article 7/22 (= Pr. U. art. 7.4.4)**

*(Prévisibilité du préjudice)*

Le débiteur est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution.

**Article 7/23 (= Pr. U. art. 7.4.5)**

*(Preuve du préjudice en cas de remplacement)*

Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire.

**Article 7/24 (= Pr. U. art. 7.4.6)**

*(Preuve du préjudice par référence au prix courant)*

1) Le créancier qui, ayant résolu le contrat, ne procède pas à un contrat de remplacement peut, s'il existe un prix courant pour la prestation convenue, recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire.

2) Par prix courant, on entend le prix généralement pratiqué pour une prestation effectuée dans des circonstances comparables au lieu où elle aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il paraît raisonnable de prendre comme lieu de référence.

**Article 7/25** (= Pr. U. art. 7.4.7)

*(Préjudice partiellement imputable au créancier)*

Lorsque le préjudice est partiellement imputable à un acte ou une omission du créancier ou à un autre événement dont il a assumé le risque, le montant des dommages-intérêts est réduit dans la mesure où ces facteurs ont contribué à la réalisation du préjudice et compte tenu du comportement respectif des parties.

**Article 7/26** (= Pr. U. art. 7.4.8)

*(Atténuation du préjudice)*

1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.

2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnables occasionnées en vue d'atténuer le préjudice.

**Article 7/27** (= Pr. U. art. 7.4.9)

*(Intérêts pour non paiement de somme d'argent)*

1) En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération.

2) Le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'Etat de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou à l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'Etat de la monnaie de paiement.

3) Le créancier a droit, en outre, à des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire.

**Article 7/28** (= Pr. U. art. 7.4.10)

*(Intérêts des dommages-intérêts)*

Sauf stipulation contraire, les dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent porte intérêt à compter de la date d'inexécution.

**Article 7/29** (= Pr. U. art. 7.4.11)

*(Modalité de la réparation en argent)*

1) Les dommages-intérêts sont versés en une seule fois. Ils peuvent, toutefois, en raison de la nature du préjudice, faire l'objet de versements périodiques.

2) Les versements périodiques peuvent être assortis d'une indexation.

**Article 7/30** (= Pr. U. art. 7.4.12)

*(Monnaie d'évaluation des dommages-intérêts)*

Les dommages-intérêts sont évalués soit dans la monnaie dans laquelle l'obligation pécuniaire a été exprimée, soit dans la monnaie dans laquelle le préjudice a été subi, selon ce qui apparaît le plus approprié.

**Article 7/31** (= Pr. U. art. 7.4.13)

*(Indemnité établie au contrat)*

1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi.

2) Toutefois, nonobstant toute stipulation contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances.

## CHAPITRE 8 – COMPENSATION

**Article 8/1** (= Pr. U. art. 8.1)

*(Conditions de la compensation)*

1) Lorsque deux personnes sont réciproquement débitrices de sommes d'argent ou des dettes de même nature, l'une d'entre elles (« la première partie ») peut compenser la créance qu'elle a envers son créancier (« l'autre partie ») si, au moment de la compensation

a) la première partie a le droit de payer sa dette ;

b) la dette de l'autre partie est certaine, dans son existence et dans son montant, et est exigible.

2) Si les dettes des deux parties proviennent du même contrat, la première partie peut compenser sa dette avec une dette de l'autre partie, qui n'est pas certaine dans son existence ou dans son montant.

**Article 8/2** (= Pr. U. art. 8.2)

*(Compensation des dettes en monnaie étrangère)*

Lorsque des dettes de sommes d'argent doivent être payées dans des monnaies différentes, la compensation ne peut s'exercer que si les deux monnaies sont librement convertibles et si les parties n'ont pas convenu que la première partie paierait sa dette exclusivement dans une monnaie déterminée.

**Article 8/3** (= Pr. U. art. 8.3)

*(Compensation par notification)*

La compensation s'exerce par notification à l'autre partie.

**Article 8/4** (= Pr. U. art. 8.4)

*(Contenu de la notification)*

1) La notification doit indiquer, de manière suffisamment précise, les dettes concernées par la compensation.

2) Si la notification n'indique pas les dettes à l'égard desquelles la compensation est exercée, l'autre partie peut, dans un délai raisonnable, déclarer à la première partie la ou les dettes qu'elle entend compenser. A défaut d'une telle déclaration, la compensation s'exerce proportionnellement à l'égard de toutes les dettes.

**Article 8/5** (= Pr. U. art. 8.5)

*(Effets de la compensation)*

1) La compensation éteint les dettes.

2) Si les dettes diffèrent dans leur montant, la compensation les éteint à concurrence du montant de la dette la moins élevée.

3) La compensation prend effet au jour de la notification.

## **CHAPITRE 9 : CONFUSION**

**Article 9/1** (nouveau)

*(Notion - effet)*

La réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne opère une confusion qui éteint l'obligation.

**Article 9/2** (nouveau)

*(Cautions)*

La confusion qui s'opère par le concours des qualités de créancier et de débiteur en la même personne profite aux cautions. Celle qui s'opère par le concours des qualités de caution et de créancier, ou de caution et de débiteur principal, n'éteint pas l'obligation principale.

**Article 9/3 (nouveau)**

**(Co-débiteurs solidaires)**

La confusion qui s'opère par le concours des qualités de créancier et de codébiteur solidaire ou de débiteur et de cocréancier solidaire n'éteint l'obligation qu'à concurrence de la part de ce codébiteur ou cocréancier.

## **CHAPITRE 10 : OBLIGATIONS CONDITIONNELLES, SOLIDAIRES ET ALTERNATIVES**

### **SECTION 1 : OBLIGATIONS CONDITIONNELLES**

**Article 10/1 (nouveau)**

*(Notion – Types de conditions)*

1) Une obligation contractuelle est conditionnelle lorsque les parties la font dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en en différant l'exigibilité jusqu'à ce que l'évènement arrive (condition suspensive), soit en la réalisant lorsque l'évènement arrive (condition résolutoire).

2) N'est pas conditionnelle une obligation dépendant de la survenance d'un évènement qui, à l'insu du débiteur, est déjà arrivé au moment de la naissance de l'obligation.

**Article 10/2 (nouveau)**

*(Condition impossible ou illicite)*

La condition dont dépend l'obligation doit être possible et ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; autrement, elle est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend.

**Article 10/3 (nouveau)**

*(Condition purement potestative)*

L'obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur est nulle.

**Article 10/4 (nouveau)**

*(Ingérence d'une partie)*

1) La condition est réputée accomplie lorsqu'une partie, en violation de son devoir de bonne foi ou de coopération, a empêché sa réalisation.

2) La condition est réputée défaillie lorsqu'une partie, en violation de son devoir de bonne foi ou de coopération, a provoqué sa réalisation.

**Article 10/5 (nouveau)**

1) Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, prendre toutes les mesures utiles à la conservation de ses droits.

2) Le simple fait que l'obligation soit conditionnelle ne l'empêche pas d'être cessible ou transmissible.

**Article 10/6 (nouveau)**

*(Réalisation de la condition)*

1) L'obligation sous condition suspensive prend effet lorsque la condition se réalise.

2) L'obligation sous condition résolutoire s'éteint si la condition se réalise.

**SECTION 2 : OBLIGATIONS SOLIDAIRES**

**§ 1. Solidarité passive**

**Article 10/7 (nouveau)**

*(Notion)*

Plusieurs débiteurs sont solidaires lorsqu'ils sont obligés à une même chose envers le créancier, de manière que chacun puisse être séparément contraint pour la totalité de l'obligation, et que l'exécution par un seul libère les autres envers le créancier.

**Article 10/8 (nouveau)**

*(Sources)*

1) Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus envers un créancier d'une seule et même prestation en vertu d'un même contrat, ils sont présumés codébiteurs solidaires, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.

2) La solidarité résulte également :

- a) du caractère indivisible de la prestation,
- b) d'une stipulation contractuelle ou
- c) de la loi.

**Article 10/9 (nouveau)**

*(Choix du créancier)*

1) Le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser, pour en obtenir le paiement pour le tout, à celui des codébiteurs qu'il choisit.

2) La poursuite intentée contre l'un des débiteurs solidaires ne prive pas le créancier de son recours contre les autres.

**Article 10/10 (nouveau)**

*(Moyens de défense)*

1) Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer tous les moyens de défense qui lui sont personnels, ainsi que ceux qui sont communs à tous les codébiteurs ; il ne peut opposer les moyens de défense qui sont personnels à l'un ou à plusieurs des autres codébiteurs.

2) Le créancier qui renonce à la solidarité à l'égard de l'un des débiteurs conserve son recours solidaire contre les autres pour le tout.

3) Le créancier qui renonce par convention à ses droits envers un débiteur solidaire libère les autres débiteurs pour la part du débiteur qui en bénéficie.

4) Le paiement ou la compensation par un débiteur solidaire ou la compensation opérée par le créancier avec la dette de l'un des débiteurs solidaires libère les autres à l'égard du créancier dans la mesure du paiement ou de la compensation.

5) La confusion intervenue dans les rapports entre le créancier et un débiteur solidaire ne libère les autres codébiteurs que de la part du débiteur concerné.

**Article 10/11 (nouveau)**

*(Recours contributoires)*

1) Les codébiteurs solidaires sont tenus, les uns à l'égard des autres, à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.

2) Le débiteur qui a payé plus que sa part peut réclamer l'excédent à l'un quelconque des autres débiteurs dans la limite de la part impayée de chacun, ainsi que la part correspondant aux frais qu'il a engagés.

3) Le débiteur solidaire à qui s'applique le paragraphe précédent peut également, sous réserve des droits qu'aurait pu conserver le créancier, exercer les droits et actions de celui-ci, y compris les sûretés qui s'y attachent, pour répéter contre l'un quelconque des autres débiteurs la part impayée de chacun.

4) Le débiteur solidaire poursuivi en remboursement par celui des codébiteurs qui a exécuté l'obligation peut opposer tous les moyens de défense communs que ce dernier n'a pas opposés au créancier ; il peut aussi opposer les moyens de défense qui lui sont personnels, mais non ceux qui sont personnels à l'un ou à plusieurs des autres codébiteurs.

5) La perte occasionnée par l'insolvabilité de l'un des débiteurs solidaires se répartit entre les autres codébiteurs, selon leurs parts contributoires respectives.

**Article 10/12 (nouveau)**

*(Décès d'un débiteur solidaire)*

L'obligation d'un débiteur solidaire se divise de plein droit entre ses héritiers, à moins qu'elle ne soit indivisible.

**§ 2. Solidarité active**

**Article 10/13 (nouveau)**

*(Notion)*

Plusieurs créanciers sont solidaires lorsque chacun d'eux a le droit d'exiger du débiteur qu'il exécute entièrement l'obligation, et d'en donner quittance pour le tout.

**Article 10/14 (nouveau)**

*(Source)*

La solidarité n'existe entre les créanciers que lorsqu'elle a été expressément stipulée.

**Article 10/15 (nouveau)**

*(Effets)*

1) L'exécution de l'obligation au profit de l'un des créanciers solidaires libère le débiteur à l'égard des autres créanciers.

2) Le débiteur a le choix d'exécuter l'obligation au profit de l'un ou l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été poursuivi par l'un d'eux.

3) Néanmoins, si l'un des créanciers a renoncé par convention à ses droits envers lui, le débiteur n'en est libéré que pour la part de ce créancier. Il en est de même dans tous les cas où l'obligation est éteinte envers l'un des créanciers autrement que par l'exécution de celle-ci.

**Article 10/16 (nouveau)**

*(Répartition entre les créanciers)*

1) Les créanciers solidaires ont le droit, les uns à l'égard des autres, à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.

2) Le créancier qui a reçu plus que sa part doit restituer l'excédent aux autres créanciers à concurrence de leurs parts respectives.



### SECTION 3 : OBLIGATIONS ALTERNATIVES

#### **Article 10/17 (nouveau)**

*(Notion)*

L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet deux ou plusieurs prestations principales et que l'exécution d'une seule libère le débiteur pour le tout.

#### **Article 10/18 (nouveau)**

*(Choix de la prestation)*

1) Le choix de la prestation appartient au débiteur, à moins qu'il n'ait été expressément accordé au créancier.

2) Toutefois, si la partie à qui il appartient le choix de la prestation fait défaut, après mise en demeure, d'exercer son choix dans le délai qui lui est imparti pour le faire, le choix de la prestation revient à l'autre partie.

#### **Article 10/19 (nouveau)**

*(Prestation impossible – choix du débiteur)*

1) Le débiteur qui a le choix de la prestation doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter une prestation restant possible.

2) Si, dans le même cas, toutes les prestations deviennent impossibles à exécuter et que l'impossibilité est chaque fois imputable au débiteur, celui-ci est tenu envers le créancier jusqu'à concurrence de la valeur de la prestation qui est restée la dernière possible.

#### **Article 10/20 (nouveau)**

*(Prestation impossible – choix du créancier)*

1) Le créancier qui a le choix de la prestation doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter, accepter l'une des prestations qui restent possibles, à moins que cette impossibilité ne lui soit imputable, auquel cas il peut exiger soit l'exécution en nature d'une des prestations restant possibles, soit des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'inexécution de la prestation devenue impossible.

2) Si, dans le même cas, toutes les prestations deviennent impossibles à exécuter et que l'impossibilité est chaque fois imputable au débiteur, le créancier peut exiger des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'inexécution de l'une ou de l'autre des prestations.

#### **Article 10/21 (nouveau)**

*(Impossibilité non imputable)*

Lorsque toutes les prestations deviennent impossibles à exécuter sans que la situation soit imputable au débiteur, l'obligation est éteinte.

## **CHAPITRE 11 – CESSION DES CREANCES, CESSION DES DETTES, CESSION DES CONTRATS**

### **SECTION 1 : CESSION DES CREANCES**

#### **Article 11/1 (= Pr. U. art. 9.1.1)**

##### *(Définitions)*

Une « cession de créance » est le transfert par convention, effectué par une personne (le « cédant »), à une autre personne (le « cessionnaire »), d'une créance du cédant contre un tiers (le « débiteur »), relative au paiement d'une somme d'argent à l'exécution d'une autre prestation. Le transfert peut être fait à titre de garantie.

#### **Article 11/2 (= Pr. U. art. 9.1.2)**

##### *(Exclusions)*

La présente Section ne régit pas les transferts réalisés selon les règles particulières applicables aux transferts :

- a) d'instruments tels que les titres négociables, des titres de propriété et des instruments financiers, ou
- b) de créances dans le cadre d'un transfert d'entreprise.

#### **Article 11/3 (= Pr. U. art. 9.1.3)**

##### *(Cessibilité de créances non pécuniaires)*

Une créance relative à l'exécution d'une prestation non pécuniaire ne peut être cédée que si la cession ne rend pas l'obligation substantiellement plus onéreuse.

#### **Article 11/4 (= Pr. U. art. 9.1.4)**

##### *(Cession partielle)*

1) Une créance relative au paiement d'une somme d'argent peut être cédée partiellement.

2) Une créance relative à l'exécution d'une prestation non pécuniaire ne peut être cédée partiellement que si elle est divisible et si la cession ne rend pas l'obligation substantiellement plus onéreuse.

#### **Article 11/5 (= Pr. U. art. 9.1.5)**

##### *(Créance future)*

Une créance future est réputée cédée au moment de la convention, à condition que la créance, lorsqu'elle naît, puisse être identifiée comme la créance cédée.

#### **Article 11/6 (= Pr. U. art. 9.1.6)**

*(Créances cédées sans désignation individuelle)*

Plusieurs créances peuvent être cédées ensemble sans désignation individuelle, à condition que ces créances puissent être identifiées comme les créances cédées, au moment de la cession ou lorsque les créances viennent à naître.

**Article 11/7** (= Pr. U. art. 9.1.7)

*(Convention entre cédant et cessionnaire suffisante)*

1) Une créance est cédée par la seule convention entre cédant et cessionnaire, sans notification au débiteur.

2) Le consentement du débiteur n'est pas requis, sauf si l'obligation, selon les circonstances, revêt un caractère essentiellement personnel.

**Article 11/8** (= Pr. U. art. 9.1.8)

*(Frais supplémentaires pour le débiteur)*

Le débiteur a droit à être indemnisé par le cédant ou par le cessionnaire de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession.

**Article 11/9** (= Pr. U. art. 9.1.9)

*(Clauses d'incessibilité)*

1) La cession d'une créance relative au paiement d'une somme d'argent est valable malgré l'existence d'un accord entre le cédant et le débiteur limitant ou interdisant une telle cession. Toutefois, le cédant peut être responsable envers le débiteur pour inexécution du contrat.

2) La cession d'une créance relative à l'exécution d'une autre prestation n'est pas valable, si elle enfreint un accord entre le cédant et le débiteur limitant une telle cession. Toutefois, la cession est valable si le cessionnaire, au moment de la cession, ne connaissait pas et n'aurait pas dû connaître l'existence de cet accord. Dans ce cas, le cédant peut être responsable envers le débiteur pour inexécution du contrat.

**Article 11/10** (= Pr. U. art. 9.1.10)

*(Notification au débiteur)*

1) Tant que la cession ne lui a pas été notifiée par le cédant ou par le cessionnaire, le débiteur se libère en payant au cédant.

2) Après avoir reçu notification, le débiteur ne peut plus se libérer qu'en payant le cessionnaire.

**Article 11/11** (= Pr. U. art. 9.1.11)

*(Cessions successives)*

Si le cédant cède une même créance à deux ou plusieurs cessionnaires successifs, le débiteur se libère en payant selon l'ordre dans lequel les notifications ont été reçues.

**Article 11/12** (= Pr. U. art. 9.1.12)

*(Preuve suffisante de la cession)*

1) Si la notification de la cession est faite par le cessionnaire, le débiteur peut demander au cessionnaire de lui produire dans un délai raisonnable une preuve suffisante de la réalité de la cession.

2) Tant qu'il n'a pas reçu cette preuve suffisante, le débiteur peut suspendre le paiement.

3) La notification est sans effet si la preuve suffisante n'est pas produite.

4) Une preuve suffisante peut notamment consister en un écrit émanant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.

**Article 11/13** (= Pr. U. art. 9.1.13)

*(Moyens de défense et compensation)*

1) Le débiteur peut opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il pourrait opposer au cédant.

2) Le débiteur peut exercer à l'encontre du cessionnaire tout droit de compensation dont il disposait à l'égard du cédant jusqu'au moment où il a reçu notification de la cession.

**Article 11/14** (= Pr. U. art. 9.1.14)

*(Droits relatifs à la créance cédée)*

Une cession de créance transfère au cessionnaire :

a) tous les droits du cédant à un paiement ou à une autre prestation prévus par le contrat relatifs à la créance cédée, et

b) tous les droits garantissant le paiement de la créance cédée.

**Article 11/15** (= Pr. U. art. 9.1.15)

*(Garanties dues par le cédant)*

Sauf indication contraire, le cédant garantit au cessionnaire que :

a) la créance cédée existe au moment de la cession, à moins qu'il ne s'agisse d'une créance future ;

b) le cédant a le droit de céder la créance ;

c) la créance n'a pas été précédemment cédée à un autre cessionnaire, et elle est libre de tout droit ou prétention d'un tiers ;

d) le débiteur ne peut opposer aucun autre moyen de défense ;

e) ni le débiteur ni le cédant n'ont notifié la compensation de la créance cédée et ne procéderont pas à une telle notification ;

f) le cédant remboursera au cessionnaire tout paiement reçu du débiteur avant que la cession ait été notifiée.

## SECTION 2 : CESSIION DE DETTES

### **Article 11/16** (= Pr. U. art. 9.2.1)

*(Modalités de la cession)*

Une obligation de payer une somme d'argent ou d'exécuter une autre prestation peut être cédée par une personne (« le débiteur originaire ») à une autre (« le nouveau débiteur ») soit

- a) par une convention entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur, sous réserve de l'article 9.2.3, soit
- b) par une convention entre le créancier et le nouveau débiteur, par laquelle le nouveau débiteur assume l'obligation.

### **Article 11/17** (= Pr. U. art. 9.2.2)

*(Exclusion)*

La présente Section ne régit pas les cessions de dettes réalisées selon les règles particulières applicables aux cessions de dettes dans le cadre d'un transfert d'entreprise.

### **Article 11/18** (= Pr. U. art. 9.2.3)

*(Exigence du consentement du créancier à la cession)*

La cession d'une dette par convention entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur requiert le consentement du créancier.

### **Article 11/19** (= Pr. U. art. 9.2.4)

*(Consentement anticipé du créancier)*

- 1) Le créancier peut donner son consentement de manière anticipée.
- 2) Si le créancier a donné son consentement de manière anticipée, la cession de la dette produit ses effets lorsque la cession est notifiée au créancier ou lorsque le créancier la reconnaît.

### **Article 11/20** (= Pr. U. art. 9.2.5)

*(Libération du débiteur originaire)*

- 1) Le créancier peut libérer le débiteur originaire.
- 2) Le créancier peut également conserver le débiteur originaire comme débiteur pour le cas où le nouveau débiteur n'exécuterait pas correctement son obligation.
- 3) En tout autre cas, le débiteur originaire et le nouveau débiteur sont engagés solidairement.

**Article 11/21 (comp. Pr. U. art. 9.2.6)**

**(Engagement d'un tiers)**

1) Sans le consentement du créancier, le débiteur peut convenir avec une autre personne que cette dernière exécutera l'obligation à la place du débiteur, à moins que l'obligation, selon les circonstances, ne revête un caractère essentiellement personnel.

2) Le créancier conserve son recours contre le débiteur.

**Article 11/22 (= Pr. U. art. 9.2.7)**

*(Moyens de défense et compensation)*

1) Le nouveau débiteur peut opposer au créancier tous les moyens de défense que le débiteur originaire pourrait opposer au créancier.

2) Le nouveau débiteur ne peut exercer à l'encontre du créancier un droit de compensation dont disposait l'ancien débiteur à l'égard du créancier.

**Article 11/23 (comp. Pr. U. art. 9.2.8)**

*(Droits relatifs à la dette cédée)*

1) Le créancier peut se prévaloir à l'égard du nouveau débiteur de tous ses droits à un paiement ou à une autre prestation prévus par le contrat relativement à la dette cédée.

2) Si le débiteur originaire est libéré en vertu du paragraphe 1 de l'article 11/20, toute personne autre que le nouveau débiteur ayant garanti le paiement de la dette est libérée, à moins que cette autre personne n'accepte de maintenir la garantie en faveur du créancier.

3) La libération du débiteur originaire entraîne également l'extinction de toute sûreté donnée par le débiteur originaire au créancier en garantie de l'exécution de l'obligation, à moins que la sûreté ne porte sur un bien transféré dans le cadre d'une opération intervenue entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur.

### **SECTION 3 : CESSION DE CONTRATS**

**Article 11/24 (= Pr. U. art. 9.3.1)**

*(Définitions)*

Une « cession de contrat » est le transfert par convention effectué une personne (le « cédant ») à une autre (le « cessionnaire ») des droits et obligations du cédant nés d'un contrat avec une autre personne (l' « autre partie »).

**Article 11/25** (= Pr. U. art. 9.3.2)

*(Exclusion)*

La présente Section ne régit pas les cessions de contrats réalisés selon les règles particulières applicables aux cessions de contrats dans le cadre d'un transfert d'entreprise.

**Article 11/26** (= Pr. U. art. 9.3.3)

*(Exigence du consentement de l'autre partie)*

La cession d'un contrat requiert le consentement de l'autre partie.

**Article 11/27** (= Pr. U. art. 9.3.4)

*(Consentement anticipé de l'autre partie)*

1) L'autre partie peut donner son consentement de manière anticipée.

2) Si l'autre partie a donné son consentement de manière anticipée, la cession du contrat produit ses effets lorsque la cession est notifiée à l'autre partie ou lorsque l'autre partie la reconnaît.

**Article 11/28** (= Pr. U. art. 9.3.5)

*(Libération du cédant)*

1) L'autre partie peut libérer le cédant.

2) L'autre partie peut également conserver le cédant comme débiteur pour le cas où le débiteur n'exécute pas correctement ses obligations.

3) En tout autre cas, le cédant et le cessionnaire sont engagés solidairement.

**Article 11/29** (comp. Pr. U. art. 9.3.6)

*(Moyens de défense et compensation)*

1) Dans la mesure où la cession d'un contrat comporte une cession de créances, l'article 11/13 est alors applicable.

2) Dans la mesure où la cession d'un contrat comporte une cession de dettes, l'article 11/22 est alors applicable.

**Article 11/30** (comp. Pr. U. art. 9.3.7)

*(Droits transférés avec le contrat)*

1) Dans la mesure où la cession d'un contrat comporte une cession de créances, l'article 11/14 est alors applicable.

2) Dans la mesure où la cession d'un contrat comporte une cession de dettes, l'article 11/23 est alors applicable.

## CHAPITRE 12 – DELAIS DE PRESCRIPTION

### **Article 12/1 (comp. Pr. U. art. 10.1)**

*(Protée du Chapitre)*

1) Les droits régis par le présent Acte uniforme ne peuvent plus être exercés après expiration d'un certain laps de temps, appelé « délai de prescription », selon les règles du présent Chapitre.

2) Le présent Chapitre ne régit pas le délai pendant lequel, en vertu du présent Acte uniforme, une partie doit, pour acquérir ou exercer son droit, adresser une notification à l'autre partie ou accomplir un acte autre que l'engagement d'une procédure.

### **Article 12/2 (= Pr. U. art. 10.2)**

*(Délais de prescription)*

1) Le délai de prescription de droit commun est de trois ans à partir du lendemain du jour où le créancier a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.

2) En toute hypothèse, le délai maximum de prescription est de dix ans à partir du lendemain du jour où le droit pouvait être exercé.

### **Article 12/3 (= Pr. U. art. 10.3)**

*(Modifications de délais de prescription par les parties)*

1) Les parties peuvent modifier les délais de prescription.

2) Toutefois, elles ne peuvent pas

- a) abrégé le délai de prescription de droit commun à moins d'un an ;
- b) abrégé le délai maximum de prescription à moins de quatre ans ;
- c) allonger le délai maximum de prescription à plus de quinze ans.

### **Article 12/4 (= Pr. U. art. 10.4)**

*(Nouveau délai de prescription par reconnaissance du droit)*

1) Lorsque, avant l'expiration du délai de prescription de droit commun, le débiteur reconnaît le droit du créancier, un nouveau délai de prescription de droit commun court à partir du lendemain du jour de la reconnaissance.

2) Le délai maximum de prescription demeure inchangé, mais il peut être dépassé par le cours d'un nouveau délai de prescription de droit commun visé au paragraphe 1 de l'article 12/2.

### **Article 12/5 (= Pr. U. art. 10.5)**

*(Suspension par les procédures judiciaires)*

1) Le délai de prescription est suspendu



- a) lorsque le créancier, en intentant une procédure judiciaire ou au cours d'une procédure judiciaire déjà engagée, accomplit tout acte qui, d'après la loi de la juridiction saisie, est considéré comme faisant valoir son droit envers le débiteur ;
- b) lorsque le créancier, en cas d'insolvabilité du débiteur, fait valoir son droit dans la procédure d'insolvabilité ; ou
- c) lorsque le créancier, en cas de procédure en dissolution de l'entité débitrice, fait valoir son droit dans cette procédure.

2) La suspension se prolonge jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue ou que la procédure ait pris fin d'une autre façon.

**Article 12/6 (= Pr. U. art. 10.6)**

*(Suspension par les procédures arbitrales)*

1) Le délai de prescription est suspendu lorsque le créancier, en intentant une procédure arbitrale ou au cours d'une procédure arbitrale déjà engagée, accomplit tout acte qui, d'après la loi du tribunal arbitral saisi, est considéré comme faisant valoir son droit envers le débiteur. En l'absence de règlement de la procédure arbitrale ou de dispositions déterminant la date exacte du début de la procédure arbitrale, cette procédure est réputée engagée à la date à laquelle le débiteur reçoit une requête en arbitrage.

2) La suspension se prolonge jusqu'à ce qu'une décision obligatoire ait été rendue ou que la procédure ait pris fin d'une autre façon.

**Article 12/7 (comp. Pr. U. art. 10.7)**

*(Règlements alternatifs des différends)*

Les dispositions des articles 12/5 et 12/6 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux autres procédures dans lesquelles les parties demandent à un tiers de les aider dans leur tentative de résoudre leur différend à l'amiable.

**Article 12/8 (= Pr. U. art. 10.8)**

*(Suspension en cas de force majeure, de décès ou d'incapacité)*

1) Lorsque, par un évènement échappant à son contrôle et qu'il ne pouvait ni prévenir ni surmonter, le créancier a été empêché d'arrêter le cours d'un délai de prescription en vertu des articles précédents, le délai de prescription de droit commun est suspendu et il ne pourra prendre fin avant une année après que l'empêchement ait cessé d'exister.

2) Lorsque l'empêchement résulte de l'incapacité ou du décès du créancier ou du débiteur, la suspension cesse lorsqu'a été désigné un représentant de la personne incapable ou un exécuteur de la personne décédée ou de sa succession, ou lorsqu'un

héritier aura repris le patrimoine de la personne décédée. Le délai additionnel d'un an prévu au paragraphe précédent est alors applicable.

**Article 12/9** (= Pr. U. art. 10.9)

*(Effet de l'expiration du délai)*

- 1) L'expiration du délai de prescription n'éteint pas le droit.
- 2) L'expiration du délai de prescription n'a d'effet que si le débiteur l'invoque comme moyen de défense.
- 3) Un droit peut toujours être invoqué comme moyen de défense, même si l'expiration du délai de prescription a été soulevée.

**Article 12/10** (= Pr. U. art. 10.10)

*(Droit de compensation)*

Le créancier peut exercer le droit de compensation jusqu'à ce que le débiteur ait soulevé l'expiration du délai de prescription.

**Article 12/11** (= Pr. U. art. 10.11)

*(Restitution)*

Lorsqu'une prestation a été fournie en exécution d'une obligation, la seule expiration du délai de prescription n'ouvre aucun droit à restitution.

## CHAPITRE 13 – PROTECTION DES CREANCIERS ET DES TIERS

### SECTION 1 : ACTION OBLIQUE

**Article 13/1** (nouveau)

*(Exercice des droits du débiteur)*

Le créancier dont la créance est certaine, liquide et exigible peut, au nom de son débiteur, exercer les droits et actions de celui-ci, lorsque le débiteur, au préjudice du créancier, refuse ou néglige de les exercer.

Il ne peut, toutefois, exercer les droits et actions qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur.

**Article 13/2** (nouveau)

*(Conditions)*

Il n'est pas nécessaire que la créance soit liquide et exigible au moment où l'action est intentée ; mais elle doit l'être au moment du jugement sur l'action.

**Article 13/3** (nouveau)

*(Moyens de défense)*

Celui contre qui est exercée l'action oblique peut opposer au créancier tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer à son propre créancier.

**Article 13/4 (nouveau)**

*(Bénéfice de l'action)*

Les biens recueillis par le créancier au nom de son débiteur tombent dans le patrimoine de celui-ci et profite à tous ses créanciers.

**SECTION 2 : ACTION EN INOPPOSABILITE**

**Article 13/5 (nouveau)**

*(Inopposabilité des actes accomplis en fraude)*

Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique accompli par son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il s'est rendu ou a cherché à se rendre insolvable ou a accordé, alors qu'il était insolvable, une préférence à un autre créancier.

**SECTION 3 : SIMULATION**

**Article 13/6 (nouveau)**

*(Notion)*

Il y a simulation lorsque les parties conviennent d'exprimer leur volonté réelle non point dans un contrat apparent, mais dans un contrat secret, aussi appelé contre-lettre.

**Article 13/7 (nouveau)**

*(Effets entre parties)*

Entre les parties, la contre-lettre l'emporte sur le contrat apparent.

**Article 13/8 (nouveau)**

*(Effets à l'égard des tiers)*

Les tiers de bonne foi peuvent, selon leur intérêt, se prévaloir du contrat apparent ou de la contre-lettre, mais s'il survient entre eux un conflit d'intérêts, celui qui se prévaut du contrat apparent est préféré.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## I. OUVRAGES

**ALFANDARI,**

Droit des affaires, Litec, Paris, 1993, 473 p.

**ANOUKAHA (F.),**

Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA, P.U.A., 1998.

**ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P. G.) et SAMB (M.),**

OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E., Coll. D.U.A., Bruxelles, Juriscope 2002, 589 p.

**ANOUKAHA (F.) et al,**

OHADA, Sûretés, Coll. D.U.A., Bruxelles, Juriscope, 2002, 279 p.

**ASSI-ESSO (A.M.), ISSA SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.),**

CIMA, Droit des assurances, coll. D.U.A., Bruxelles, Juriscope, 2002, 506p.

**BENABENT (A.),**

Droit civil, Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005, 693 p.

**BOKALLI (V.-E.) et SOSSA (D.C.),**

OHADA - Droit des contrats de transport de marchandises par route, Bruylant, Bruxelles, 2007, 169 p.

**BREGI (J.-F.),**

Droit Romain : les obligations, Ellipses, 2006, 310 p.

**CAPITANT (H.),**

De la cause dans les obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs), Dalloz, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1927.

**CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.),**

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11<sup>e</sup> éd., D. 2000, 675 p.

**CARBONNIER (J),**

- Droit civil, Introduction, coll. Thémis, P.U.F, Paris, 1992, 378p.

- Flexible droit, 8<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1995, 441 p.

- Droit civil, t. 4, Les obligations, P.U.F., Thémis, 22<sup>e</sup> éd., 2000.

**CAS (G.), BOUT (R.) et PETIT (E.),**

Droit économique, Lamy, 1996, 2097 p.

**CLAUDE (J.B.) et GROUTEL (H.),**

Les assurés face aux assureurs dans le monde contemporain, Coll. Droit et gestion des assurances, S.1983, 331 p.

**CHARTIER (Y.),**

Droit des affaires, t. 1, 9<sup>e</sup> éd., Thémis, P.U.F, Paris, 1993, 678 p.

**CHATILLON (S.),**

Droit des affaires internationales, coll. Gestion internationale, 2<sup>e</sup> éd., Vuibert, Paris, 2000, 296 p.

**COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.),**

Contrats civils et commerciaux, 7<sup>e</sup> éd., D. 2004, 984 p.

**CONTANSTINESCO (V.), JACQUES (J.P.), KOVAR (R.) et SIMON (D.),**

Traité instituant la CEE, commentaire article par article, Economica, 1996, 1648 p.

**COURET (A.) et BARBIERI (J-J.),**

Droit commercial, 13<sup>e</sup> éd., Paris, 1996.

**CORNU (G.) (dir.),**

Vocabulaire juridique, Quadrige, P.U.F., 2000.

**COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (Fl.),**

Droit des sociétés, 12<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, 649 p.

**DEFFAINS (B.), (direction),**

L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, 393 p.

**DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.),**

Cours de droit commercial, vol.1 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1995, 840 p.

**DELEBECQUE (P.) et PANSIER (F.J.),**

Contrat et quasi contrat, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2002.

**DURAND (P.) (direction),**

Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, L.G.D.J, Paris, 1961, 345 p.

**DUTHEUIL DE LA ROCHERE (J.),**

Droit communautaire matériel, coll. Les fondamentaux, Hachette, Paris, 2001, 159 p.

**ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE, Vol.9, Droit des contrats et de la responsabilité, 1982**

**FALLON (M.),**

Droit matériel général des communautés européennes, L.G.D.J, Paris, 1997, 722 p.

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.),**

Les obligations, vol.1, L'acte juridique, Armand Colin, 11<sup>e</sup> éd., 2004, 394p.

**GATSI (J.),**

Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA, 2<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires Libres, Douala, 2008, 206 p.

**GAUDEMET (E.),**

Théorie générale des obligations, présentation de D. Mazeaud, Dalloz, 2004, 508 p.

**GAUDEMET (J.),**

Droit privé romain, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2000.

**GAVALDA (Ch.) et PARLEANI (G.),**

Traité de droit communautaire des affaires, 2<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1992, 900 p.

**GENESTE (B.),**

Droit communautaire de la concurrence, coll. Gestion internationale, Vuibert, Paris, 1993.

**GHESTIN (J.),**

La formation du contrat, L.G.D.J., 1993.

**GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.),**

Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, 2001, 1340 p.

**GLAIS (M.) et LAURENT (Ph.),**

Traité d'économie et de droit de la concurrence, P.U.F, Paris, 1993, 536 p.

**GOZIAN (M.) et VANDIER (A.),**

Droit des sociétés, 11<sup>e</sup> éd., Litec, 1998, 672 p.

**GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.) et VOGEL (L.),**

Droit commercial européen, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1994, 835 p.

**GUYON (Y.),**

Droit des affaires, t.1, 9<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, 1996, 1016 p.

**HAUSER (J.),**

Les contrats, Que sais-je, PUF, 2002, 79 p.

**HUGUET (A.),**

L'ordre public et les contrats d'exploitation de droit d'auteur : Etudes sur la loi du 11 mars 1957, L.G.D.J, Paris, 1962, 231 p.

**JACQUEMONT (A.),**

Droit des entreprises en difficulté, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2006, 519 p.

**JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.), (direction),**

Les clauses abusives entre professionnels, coll. Etudes juridiques, Economica, 1998, 692 p.

**JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.), (direction),**

L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, 103 p.

**JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.), (direction),**

La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque sur la Nouvelle crise du contrat organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, D. 2003, 260 p.

**KASSIS (A.),**

Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J, Paris, 1993, 598 p.

**LAMBERT-FAIVRE (Y.),**

Assurance des entreprises : Etude de gestion des risques, 2<sup>e</sup> éd., 1986, 772 p.

**LARROUMET (Ch.),**

Droit civil, Les Obligations, Le contrat, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, 1017 p.

**LEFEBVRE (F.),**

Communauté Européenne, Mémento Francis Lefèbvre, 1998-1999, 1502 p.

**LE TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.),**

Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2002

**.LIENHARD (A.),**

Sauvegarde des entreprises en difficulté, Le nouveau droit des procédures collectives, 1<sup>re</sup> éd., Delmas, Dalloz, 2006, 467 p.

**LUCAS (A.),**

Code Civil, 25<sup>e</sup> éd., Litec, 2006, 2065 p.

**MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.),**



Droit civil, Les Obligations, t.2, Contrats et quasi-contrats, 8<sup>e</sup> éd., Cujas, 1998, 824 p.

**MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.),**

Contrats spéciaux, Cujas, 1999, par J.Y. GAUTIER.

**MALINVAUD (P.),**

Introduction à l'étude du droit, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 1998.

**MARTOR (B.) et al.,**

Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, J.Cl. Affaires Finances, Litec, 2004, 344 p.

**MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (F.),**

- Introduction à l'étude du droit, t.1 ,vol.1, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1991, 608 p.

- Leçons de droit civil, t. II, vol.I, Les Obligations, 9<sup>e</sup> éd. Par F. Chabas, 1998.

**MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.),**

Mémento pratique FRANCIS LEFEBVRE , Sociétés commerciales, , éd. Francis Lefèbvre, 1995, 1364 p.

**MOUSSERON (J.M.),**

Technique contractuelle, Francis Lefèbvre, Paris, 1988, 632 p.

**NGUEBOU (J.),**

Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, PUA, 1998, 249 p.

**PEDAMON (M.),**

Droit commercial, Dalloz, Paris, 1994, 706 p.

**PEDRO SANTOS (A.) et YADO TOE (J.),**

OHADA, Droit commercial général, coll. Droit Uniforme Africain, Bruyant, Bruxelles, 2002, 478 p.

**PICARD et BESSON,**

Traité général des assurances terrestres, t. I, L.G.D.J, 1938.

**POUGOUE (P.G.),**

Présentation générale et procédure, Coll. Droit Uniforme, P.U.A., Yaoundé, 1998,

**POUGOUE (P.G.) et ANOUKAHA (F.),**

Droit des obligations au Cameroun, Les Actes Juridiques, t. 1, Dschang University Press, Dschang, 1996, 152 p.

**POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.R.),**

L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, P.U.A, coll. Droit Uniforme, 1999, 232 p.

**RIPERT (G.) et ROBLOT (R.),**

Traité de Droit commercial, t.1, 17<sup>e</sup> éd., par Michel Germain et Louis Vogel, L.G.D.J., 1998, 1598 p.

**RIPERT (G.) et ROBLOT (R.),**

Traité de Droit commercial, t.2 , 17<sup>e</sup> éd., Par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J, 2004, 1323 p.

**SALIN (P.),**

La concurrence, Que sais-je ? P.U.F, Paris, 1995, 127p.

**SAWADOGO (F.M.),**

OHADA, Droit des entreprises en difficulté, coll. D.U.A, Bruyant, Bruxelles, 2002, 444 p.

**SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.) et BLAISE (J.-B.),**

Droit européen des affaires, 4<sup>e</sup> éd., P.U.F, Paris, 1994.

**SERIAUX (A.),**

- Le droit : une introduction, Ellipses, 1997, 336p.

- Les obligations, PUF, coll. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd., P.U.F, 1998.

**SOINNE (B.),**

Traité des procédures collectives, 2<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1995, 2812 p.

**STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),**

- Droit civil, Obligations, contrats, t.2, 6<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1998, 808 p.

- Introduction au droit, Litec, 1991.

**TERRE (F.),**

Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2003, 609 p.

**TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.),**

Droit civil, Les obligations, 9<sup>e</sup> éd., D. 2005, 1474 p.

**VAREILLES-SOMMIERES (direction),**

Le droit privé européen, Economica, coll. Etudes Juridiques, 1998, 692 p.

**VINEY (G.),**

Introduction à la responsabilité, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1995, 471 p.

**VINEY (G.) et JOURDAIN (P.),**

- Les effets de la responsabilité, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2001, 819 p.

- Les conditions de la responsabilité, (sous la direction de J. Ghestin), L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2006, 1397 p.

**WAELEBROECK (M.) et FRIGNANI (A.),**

Concurrence, Commentaire Megret, vol. 4, 2<sup>e</sup> éd., Université de Bruxelles, 1997, 1098 p.

## II. THESES ET MEMOIRES

**AZIBER SEID (A.),**

Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives, thèse, Toulouse I, 2007, 433 p.

**BOUDOU (M.),**

La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence, thèse, Paris II, 2001.

**BOYER (L.),**

L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, thèse, Aix-Marseille, 1978.

**FAGES (B.),**

Le comportement du contractant, thèse, PUAM, 1997.

**IMHOFF-SCHEIER (A.C.),**

Protection du consommateur et contrats internationaux, thèse, Université de Genève, 1981, 231 p.

**JACQUES (Ph.),**

Regards sur l'article 1135 du code civil, thèse, dactyl., Paris XII, 2003.

**JIOGUE (G.),**

Introduction à l'étude du droit camerounais de la concurrence, thèse, Yaoundé, 1997, 416 p.

**KAMWE MOUAFFO (M.C.),**

La protection civile et pénale du consommateur en droit camerounais, Mémoire de maîtrise, Dschang, 1997, 69p.

**KEUGONG WATCHO (R.),**

La répartition des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales en droit de concurrence de la CEMAC, Mémoire de DEA, Dschang, 2000, 87p.

**MBA OWONO (Ch.),**

La suspension des obligations contractuelles, thèse, Nancy, 1993, 451 p.

**NJEUFACK TEMGWA (R.),**

La protection de la concurrence dans la CEMAC, thèse, Université de Dschang, 2005.

**NJOYA NKAMGA (B.),**

Les dirigeants sociaux, thèse, Université de Dschang, 2007, 507 p.

**PHILEBOUT (J.-F.),**

Recherches sur l'exception d'inexécution, thèse, Paris I, L.G.D.J, 1999, Préface de J. Ghestin

**PICOD (Y.),**

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse, Dijon, 1987, L.G.D.J., 1989, préface de G. COUTURIER.

**PILLET (G.),**

La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé, thèse, Paris I, 2002, L.G.D.J., 2004.

**RAFFRAY (J.G.),**

Substitutions de contractant au cours de l'exécution du contrat, thèse, Montpellier, 1977.

**RIGALLE (C.),**

La résolution partielle du contrat, thèse, Lille II, dactyl., 2001.

**SABATHIER (S.),**

Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives, thèse, Université de Toulouse I, 2000.

**SAVAUX (E.),**

La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, thèse, Paris I, 1993, L.G.D.J., 1997, préface J. L. AUBERT.

**SIMLER (Ph.),**

La nullité partielle des actes juridiques, thèse, Strasbourg III, L.G.D.J., 1969, Préface A. WEIL.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.),**

L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse. L.G.D.J, 2000, préface, R. BOUT.

**TANKOUA (R.),**

La protection du consommateur d'assurance par le droit communautaire CIMA, Mémoire de DEA, Dschang, 2003, 132p.

**TETIOZEM (R.),**

L'obligation de renseignements, Mémoire de maîtrise, Yaoundé, 1985,

**WOUNTANNA (J.),**

La protection du consommateur dans le droit communautaire de la concurrence CEMAC, Mémoire de DEA, Dschang, 2003, 114p.

### III. ARTICLES

**ABARCHI (D),**

« La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », Revue Burkinabé de Droit, n°37, 1<sup>er</sup> semestre 2000, [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

**AGOSTINI (E.),**

« De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de la jurisprudence », D.1994, Chron. 235.

**AHREL (P.),**

« Modernisation des règles relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante (publication du nouveau règlement) », P. A., n° 66, 02 avril 2003, pp.6 à 16.

**AKAM AKAM (A.),**

« L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », RRJ, 2006, 3, pp. 1648 à 1684.

**ALPA (G.),**

« Les nouvelles frontières du droit des contrats », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, pp. 1 à 18.

**ALBIGES (Ch.),**

« Le développement discret de la réfaction du contrat », in Mélanges CABRILLAC, D. Litec, 1999, pp. 3 à 21.

**AMAR-LAYANI (B.),**

« La tacite reconduction », D. 1996, chron. 143.

**ANCEL (M.-E.),**

« Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordre juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations - Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, pp. 121 à 143.

**ANCEL (P.),**

- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P, éd. E, 1998, pp. 30 à 38.

- « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer sa dette ? », in Dossier Regards sur les contractants, Dr. et Patrimoine, 1998, pp. 88 à 98.

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », R.T.D.Civ., 1999, pp. 771 à 810.

- « La force obligatoire : jusqu'où faut-il la défendre ? », in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003 pp 163-179.

- « Une régression du modèle légal ? », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations - Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004

par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, pp. 47 à 71.

**ANOUKAHA (F.),**

« La réforme de l'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur dans le code CIMA », *Juridis Périodique*, n°30, 1997, pp. 67 à 78.

**ANSELME-MARTIN (O.),**

« Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *P. A.*, n°10 du 22 janvier 1997.

**ATLAS (Ch.),**

« La distinction du vice caché et de la non conformité », *D.1993, Chron.*, p. 265.

**ATOMINI (B.),**

La vente dans la législation OHADA, *Rev. Jur. Tchadienne*, n° 2, disponible sur le site [www.cefod.org/Droit\\_au\\_Tchad/Revuejuridique/Revue2/](http://www.cefod.org/Droit_au_Tchad/Revuejuridique/Revue2/) mise à jour le 10 août 2005.

**AUBERT (B.),**

« Droit de la Communauté et de l'Union européenne, Application du droit communautaire par les juridictions internes », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, 2003, pp. 418 à 424.

**AUBERT (J.-L.),**

- « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *R.T.D.Civ.*, 1993, pp. 263 à 278.

- Le formalisme, *Rép. du Notariat*, Defrénois, 2000, I, pp. 931-943.

- « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, *Etudes J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, pp. 19 à 27.

**AYNES (L.),**

- «Droit à réparation », *J.-Cl. Civ.*, 1985, Fasc.10, Art. 1146-1155.

- « Droit à réparation », *J.-Cl. Civ.*, 1986, Fasc. 11, Art. 1146 à 1155.

- « La circulation du contrat », *P.A.*, du 05 mai 2000.

- « Obligation de loyauté », *Archives de philosophie du droit*, 2000, p. 197.

**BALATE (E.),**

« Apports du droit de la consommation dans le droit économique contemporain : variations », Rev. Internat. Dr. Eco., 2002, pp. 141 à 151.

**BARRET (O.),**

« Variations autour du refus de contracter », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, pp. 3 à 24.

**BATIFFOL (H.),**

« La crise du contrat », Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13.

**BAVEREZ (J.) et TAVERNIER (G.),**

« Révision judiciaire du loyer commercial : épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire », D. 2002, chron. 195

**BEIGNIER (B.),**

« L'ordre public et les personnes », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996 pp.

**BEN ABDERRAHMANE (D.),**

« La conformité des marchandises dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises », D.P.C.I, 1989, n°4, pp. 551- 563.

**BENABENT (A.),**

- « Conformité et vices cachés dans la vente », D.1994, Chron. p.115.

- « La bonne foi dans l'exécution du contrat », Rapport français, in Travaux de l'association H. Capitant, tome XLIII, 1992, Journées Louisianaises, Litec, 1994, pp 291 à 300.

- « L'ordre public en droit de la famille », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996, p.27 et ss.

**BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.),**

« Le droit des contrats face à l'évolution économique », Etudes R.HOUIN, 1985, pp.3-31.

**BIGOT (J.),**

« Responsabilité contractuelle », J.-Cl. Civ., 1971, Fasc.Ib, Art. 1146-1155.



**BIHL (L.),**

« N'usez plus des clauses abusives ! », Gaz. Pal., 1981, 2<sup>e</sup> sem., doct., p.326 à 327.

**BIQUET-MATHIEU (Ch.),**

« A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 41 à 81.

**BILIAU (M.),**

« Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, pp. 119 à 138.

**BIOLAY (J.-J.),**

« Du principe de non discrimination dans les relations contractuelles », R.T.D.Civ., 1981, p. 465.

**BOKALLI (V.-E.),**

« Le nouveau droit du contrat d'assurance des Etats membres de la CIMA », Lex Lata, n°9, Fév. 1995, pp.11à15 ; V. aussi, R.A.D.I.C, 1998, pp. 423 à 445.

**BOLZE (Ch.),**

« Le Règlement (CEE) 4064/89 du conseil relatif au contrôle des concentrations », Revue des sociétés, 1990, pp. 207 à 219.

**BONELL (M. J.),**

“Pre-contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the UNIDROIT Principles (case 334/00 Tacconi v. HWS)”, in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 359 à 370.

**BONET (G.),**

« La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire : La décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991 », D.1992, Chron. 303.

**BON-GARCIN (I.),**

« L'abus de droit dans les contrats de crédit », in L'abus de droit dans les contrats, J.C.P, éd. E, 1998, pp. 4 à 10.

**BONNEAU (Th.),**

« De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché », in *Le droit civil des affaires : rôle et place des mécanismes du droit civil en droit des affaires*, R.T.D.Com., 1999, pp. 257 à 271.

**BORE (J.),**

« Morte au champs d'honneur : La jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats cadres de longue durée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, D. 1997, pp. 101 à 121.

**BOUMAKANI (B.),**

- « Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'O.H.A.D.A., les Cours de justice de l'U.E.M.O.A. et de la C.E.M.A.C. », *Annales de la F.S.J.P. de l'Université de Dschang*, t.3, P.U.A., 1999, pp. 67 à 86.

- « Le juge interne et le droit OHADA », *Penant*, n° 839, 2002, pp.133 à 153.

**BOUTARDE-LABARDE (M.-C.),**

« L'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Auvergnon, 1996, p. 83.

**BOUTARD- LABARDRE (M.-C.), et BUREAU (M.),**

« La délimitation du marché pertinent », *RJDA*, 11/93, p. 747.

**BOUT (R.),**

« Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, pp. 45 à 54.

**BERTREL (J.-P.),**

« Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du "juste milieu" » en *droit des sociétés* », R.T.D.Com., 1996, pp. 595 à 631.

**BRUNET (A.) et GHOZI (A.),**

« La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D. 1998*, chron. 1.

**BRUSCHI (M.),**

« L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 45, 2002, pp.5 à 10.

**BÜRGES (A.),**

« Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », R.T.D.Civ., 2000, pp. 1-23.

**CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.),**

« Juin 1994 : Le printemps des sûretés réelles ? », D. 1994, chron., 243.

**CADIET (L.),**

- « Une justice contractuelle, l'autre », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, pp. 177 à 199.

- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?, Mélanges, G. Farjat, Frison-Roche, 1999, pp. 23 à 51.

**CALAIS-AULOY (J.),**

- « Droit de la consommation et droit civil », D.1974, Chron. 91.

- « Influence du droit de la consommation sur le droit civil (directive n°93-13-CEE du conseil du 5 avril 1993) », D.1993, Chron., pp. 239 à 254.

- « Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », R.T.D.Civ., 1994, pp. 239 à 254.

- « La protection du consommateur est-elle utile dans un système de libre-concurrence ? », Rev. Conc. Consomm., 1997, n°98, p. 49.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit de contrats », in Actes du colloque sur le droit du marché et droit commun des contrats, R.T.D.Com., 1998, pp.115-120.

**CALAIS-AULOY (M.-T.),**

« L'importance de la volonté en droit », P. A., n° 243, du 07 décembre 1999.

**CAILLE (A.),**

« De l'idée de contrat, le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in Actes du colloque sur la Nouvelle crise du contrat organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, D. 2003, pp. 27 à 50.

**CANIVET (G.) et CHAMPALAUNE (C.),**

« La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in, *Le juge et droit de l'économie*, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, pp. 257 à 272.

**CANIVET (G.) et VOGEL (L.),**

« La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.1991, Chron.*, pp.283 à 288.

**CARBO (M.),**

« Le droit positif de la vente internationale », *P. A.*, n° 30 du 11 février 1999.

**CARLI (P.),**

« L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », *R.T.D.Com.*, 1993, pp. 255 à 282.

**CASEY (J.),**

« De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D. 1998, Jur.*, p. 208.

**CASSIA (P.),**

« Contrat public et principe d'égalité de traitement », *R.T.D.E*, 2002, pp. 413-450.

**CATHELINEAU (A.),**

« Le retard en droit civil », *P. A.*, n° 103, du 28 août 1998 et n° 104, du 31 août 1998.

**CERMOLACCE (A.),**

« Inexécution », in *Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine*, n° 114, avril 2003, pp. 66 à 71.

**CHABAS (F.),**

« Clause pénale », *J.-Cl. Civ.*, 1976, Fasc. X.

**CHAPPUIS (Ch.),**

« Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », in *Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats*, *Rev. Dr. Unif*, 2008, pp. 253 à 291.

**CHAZAL (J.-P.),**

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil », R.T.D.Civ., 2001, pp. 265 à 283.

- « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé très loin ? », in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003, pp.99-133.

**CHILLON (S.) et MARCHANDISE (M.),**

« Droit et consommation », Rev. Eur. Dr. Consomm., 2001, pp. 63 à 64.

**CHRISTIANOS (V.),**

« Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D.1993, chron., pp. 28 à 32.

**CHRISTIANOS (V.) et PICOD (F.),**

« Consommateurs », Rép. Dr. Communautaire, D. 2000, 42 p.

**COPPENS (Ph.),** « De l'intention et de la volonté dans les contrats », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 83 à 110.

**COTTEREAU,**

« La clause réputée non écrite », J.C.P., 1993, I, n° 3961.

**COUDERT (J-L),**

« Procédures collectives : la caution est-elle encore engagée après la prise en charge d'un contrat de prêt par un cessionnaire ? », P. A., n° 117, du 14 juin 1999.

**COULIBALY (A. S.),**

« Le droit de la concurrence de l'Union économique et Monétaire Ouest Africaine », Revue Burkinabè de droit, 2003, n° 43-44, pp. 37 à 77.

**COURROUY (J.),**

- « Réflexion sur quelques aspects de l'assurance de protection juridique » D.1992, Chron., pp.169 à 172.

- « Le droit des parties au contrat d'assurance », D.1990, Chron., pp.190 à 198.

**COURTIER (J.-L.),**

« Sanction du non-respect de l'article L.318-8 du code de la consommation : Nullité ou déchéance des intérêts ? », P. A., n°169 du 24 août 2000, pp.13 à 15.

**CRAMIER (P.),**

« Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence), P. A., n°116, du 12 juin 2000, n° 117 du 13 juin 2000 et n°118, du 14 juin 2000.

**CREPEAU (P.-A.),**

« Contrat d'adhésion et contrat type », in Mélanges Louis Baudouin, 1974, p.67 à 78.

**CRISTAU (A.),**

« La nullité pour absence de cause », note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999, D. 2000, Jur., p. 507.

**DARANKOUM (E.),**

- « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, 2002, p. 117 et ss., voir aussi sur [www.ohada.com/biblio\\_detail/pdf](http://www.ohada.com/biblio_detail/pdf), réf : ohadata-D-04-45

- « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution » in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, pp. 229 à 252.

**DECOOPMAN (N.),**

« Droit du marché et droit des obligations », in Le renouvellement des sources des obligations, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, pp. 141 à 153.

**DEGUERGUE (M.),**

« L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit public français ? », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n° 232, pp. 61 à 65.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),**

« Tendances contemporaines du formalisme en droit commercial », in Mélanges, Ch. Freyria, ESTER, Lille, 1994, pp. 53 à 68.

**DELEBECQUE (Ph.),**

- « Régime de la réparation », J.-Cl. Civ., Fasc.21, Art. 1146 à 1155, 1985. - « L'anéantissement unilatéral du contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, pp. 61 à 69.

- « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », in Le contrat: questions d'actualité, P. A., n° 90, du 05 mai 2000.

- « Pour une théorie du droit des transports », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, pp. 103 à 114.

**DELMAS-MARTY (M.),**

« Réinventer le droit commun », D. 1995, chron. P. 1 à 4.

**DE MATOS (A.-M.),**

« Obligations autres que de sommes d'argent » in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, pp. 74 à 79.

**DEPREZ (J.),**

« Différences entre les responsabilités contractuelle et délictuelle », J.-Cl. Civ., 5, 1966, Fasc. II.

**DERRUPE (J.),**

« L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE, 1999, pp. 577 à 586.

**DIENER (P.),**

« Ethique et droit des affaires », D. 1993, chron., p. 17 à 19.

**DION (N.),**

« Le juge et le désir du juste », D. 1999, chron., pp. 195 à 199.

**DONTEN WILLE (H.),**

« Du caractère d'ordre public des formes de vente forcée dans le cadre des procédures collectives », (concl. sur Cass. Ass. Plén., 11 mai 1988), D.1990, p.533

**DOSSOU-YOVO (R.),**

« La nouvelle réglementation des opérations d'assurance dans les pays africains membres de la zone franc : un pas vers l'intégration économique régionale », R.J.P.I.C, 1995, pp.132-146.

**DREIFUSS-NETTER (F.),**

« Droit de la concurrence et droit commun des contrats », R.T.D.Civ., 1990, p.369 à 393.

**DURAND (P.),**

« La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », R.T.D.Civ., 1941, p.73 et ss.

**DUREUIL (B.),**

« De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », Rev. Proc. Coll., 1972, p. 17.

**FAGES (B.),**

- « Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions », in dossier : Le contrat, liberté contractuelle et Sécurité Juridique, P. A., n° 54 du 6 mai 1998,

- « Le contrat en mouvement », Droit et patrimoine, n°72, juin 1999, p.58 et ss. « Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003 pp. 153-161.

- « L'abus dans les contrats de distribution », in, L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, pp. 11 à 22.

- « Caractère raisonnable », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, p. 44.

- « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003, chron., 2386.

**FAGES (B.) et MESTRE (J.),**

« L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, pp.71-81.

**FALAISE (M.),**

« La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », P. A., n°103, du 27 août 1997.



**FAURE (M.),**

« L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, pp. 113 à 149.

**FERRIER (D.),**

« Les apports au droit commun des obligations », A propos des quatre arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995, R.T.D.Com., 1997, pp. 49 à 66.

**FONTAINE (M.),**

- « Les clauses de l'offre concurrente du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux », Droit et Patrimoine du commerce international, 1978, p. 9

- « Le projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats et les principes relatifs aux contrats du commerce international », Rev. Dr. Unif., 2004, II, 253 - 265.

**FOURMENT (F.),**

« Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés », R.T.D.Com., n°3/1997, p.395.

**FRISON-ROCHE (M.-A.),**

- « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit de la faillite », D. 1994, chron. P.17.

- « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation et économique », R.T.D.Civ., 1998, pp.43 à 56.

- « Le juge et le sentiment de justice », in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges, P. Bézard, P. A., Montchrestien, 2002, pp. 41- 53.

**GAGNAIRE (F.),**

« Politique de concurrence dans la Communauté Européenne », P. A., n°78, 18 avril 2003, pp. 8 à 15.

**GARELLO (P.),**

« L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique », in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, pp. 227 à 247.

**GAUTIER (P.-Y.),**

« Contre Bentham : l'inutile et le droit », R.T.D.Civ., 1995, p. 820.

**GEGOUT (M.),**

- « Ordre public et bonnes mœurs », J.-Cl. Civ., Fasc.I , 5, 1979, 23 p.

- « Ordre public et bonnes mœurs », J.-Cl., Fasc.II, 5, 1979, 13 p.

**GHESTIN (J.),**

- « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971, Chron. 247.

- « L'abus dans les contrats », Gaz. Pal., 1981, doct. 379.

- « L'utile et le juste dans les contrats » D.1982, chron.1-10.

- « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in Les notions à contenu variable en droit, Travaux du Centre de la Recherche de Logique, Bruxelles, 1984, p.77 et ss.

- « Notion de contrat », D.1990, Chron. 147.

- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », J.C.P, éd. G., 1992, I, 3628.

- « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », D.1993, chron., p. 251.

- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », R.T.D.Civ., 1994, pp. 777 à 799

- « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », Rapport de Synthèse sur La relativité du contrat, Trav. De l'Ass. H. Captitant, Journées nationales, Nantes, 1999, t. IV, L.G.D.J., 2000, pp. 223 à 256.

- « Le contrat en tant qu'échange économique », in Economie des contrats : bilan et perspectives, sous la direction de E. Brousseau et J.-M. Glachant, Revue d'Economie industrielle, n° 92, 2000, p. 87

- « L'authenticité, l'erreur et le doute », in Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes P. Catala, Litec, 2001, pp. 467 à 468.

- Avant propos du colloque sur La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003.

- « L'évolution du droit français des contrats et l'économie », in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, pp. 213 à 226.

- « En relisant "De la cause des obligations" de Henri Capitant », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges, J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, pp. 115 à 134.

**GOMARD (B.),**

« Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur au Danemark », Rev. Int. Dr. Comp., 1982, p. 59.

**GOMEZ (J.R.),**

« Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique », Penant, n° spéc. Ohada, 1998, pp.145 à 185.

**GRANIER (Th.),**

« Prix imposés, prix négociés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », R.T.D.Com., 1991, pp. 357 à 374.

**GRIDEL (J.-P.),**

« L'ordre public du bail d'habitation après la loi du 22 juin 1982 », D.1982, Chron. pp. 301 à 306.

**GRIMALDI (M.),**

« Le contrat et les tiers » in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges Philippe Jestaz, D. 2006, pp. 163 à 181.

**GUDIN (Ch.-E.),**

« Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence ? », Revue des Affaires Européennes, 1998, pp. 221 à 233.

**GUEGUEN (J.-M.),**

« Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, chron. pp.352 à 358.

**GUELFUCCI-THIBIERGE (C.),**

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., 1997, pp. 357-385.

- « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », R.T.D.Civ., 1994, pp.275-285.

**GUERIN (H.) et DECOCQ (A.),**

« La simple barrière (délit de refus de vente et droit européen de la concurrence », JCP, 1983, I, 3108.

**GUYON (Y.),**

- Rapport de synthèse du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com, 1998, pp. 121 à 130.

- « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in Mélanges M. Vasseur, BANQUE éditeur, Paris, 2000, pp. 75 à 85.

- « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in Le contrat à la fin du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, pp. 405 à 417.

- « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. Bézard, Monchrestien, 2002, pp. 311 à 320.

**HANOTIAU (B.),**

« Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI, n°4, 1987, pp. 393-405.

**HAUSER (J.),**

« Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Civ., Rec. V°, 1975, 10 p.

**HEUZE (V.),**

« A propos d'une " initiative européenne en matière de droit des contrats" », J.C.P., éd. G., 2002, I, n° 152

**HUET (J.),**

- « Les hauts et les bas de la lutte contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant a protection des consommateurs », J.C.P., 1992, I, 3592.

- « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », D. 1993, chron. 331 à 332.

- « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », P. A., n°135, du 10 novembre 1995

- « Les sources communautaires du droit des contrats », in Le renouvellement des sources des obligations, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, pp. 11 à 27.

**IONASCO (T. R.),**

« De la volonté dans la formation des contrats », in Etudes GEMY, 1934, pp. 368-378.

**ISSA-SAYEG (J.),**

- « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc », 2<sup>e</sup> partie : l'intégration par l'uniformisation du droit, Penant, mai-août 1997, pp. 125-163.

- « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », Rev. Dr. Unif., 1999, 1, p.5

- « nature et régime juridiques des règles d'indemnisation des victimes d'accidents causes par des véhicules terrestres à moteur (articles 225 a 277 du code CIMA) », Penant, n° 830, mai-août 1999, p. 160, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com) référence : Ohadata-D-03-04.

**IZORCHE (M.L.),**

« Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », R.T.D.Com., 1998, pp.17 à 52.

**JAMIN (Ch.),**

- « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chron.

- « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », J.C.P., éd. G., 1996, Etude, I, 3959.

- « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », in Dossier : Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ?, P. A., n°29, du 06 mars 1996.

- « Les apports au droit des contrats cadre », », A propos des quatre arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995, R.T.D.Com., 1997, pp. 19 à 36.

- « Pour en finir avec la formation du contrat », in Le contrat, P. A., n° spéc., 6 mai 1998.

- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », Droit et Patrimoine n° 58, 1998, pp.46-57.

- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, pp 71 à 86.

- « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.DJ, 2001, pp. 441 à 472.

- « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation des contrats », note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000 J.C.P, éd. G., 2001, n° 10510.

- « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant & LGDJ, 2001, p. 451-453.

- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, Chron., pp.901 à 907.

- « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », J.C.P., éd. G. 2002, II n° 1011, pp. 1353 à 1356.

- « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in Actes du colloque sur La nouvelle crise du contrat organisé le 14 mai 2001 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II, D. 2003, pp. 7 à 25.

#### **JAUFFRET-SPINOSI (C.),**

- Le contrat, Rapport de synthèse, Journées brésiliennes de l'Association H. Capitant, 2005, disponible sur [www.henricapitant.org/IMG/pdf/Rapport\\_de\\_synthese\\_Le\\_contrat.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Rapport_de_synthese_Le_contrat.pdf), mise à jour 15 mars 2006.

- « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n°232, pp. 8 à 16.

**JEOL (M.),**

« La fixation des prix dans les contrats d'affaires : de l'indétermination de la loi à la détermination du juge » in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, pp. 225 à 230.

**JOBIN (P.-G.),**

« L'exécution forcée en nature du contrat au Québec : Les sources du droit remises en question », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz 2006, pp. 235 à 246.

**JOSSERAND,**

« Le contrat forcé et le contrat légal », *D.H.*, 1940, chron. p. 5.

**JOURDAIN (P.),**

- « La bonne foi dans la formation du contrat », *Rapport français, La bonne foi*, in *Travaux de l'association H. Capitant*, tome XLIII, 1992, *Journées Louisianaises*, Litec, 1994, pp. 121 à 132.

- « Le fondement de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, n° spéc., *La naissance de l'obligation de sécurité*, pp. 22 à 27

- *Rapport introductif du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n°232, pp. 3 à 7.

- « Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz. 2006, pp. 247 à 256.

**KAHN (Ph.)**, « *Vente commerciale internationale* », *J.Cl. Dr. International*, fasc.

**KALIEU (Y.R.),**

- « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), réf : Ohadata D-03-02.

- « La distinction de la formation et de l'exécution du contrat », *Afrilex* n° 5, disponible sur [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr)

- « La Cour de Justice de la CEMAC et les pratiques anticoncurrentielles », in *Actes du colloque de Libreville sur la Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC*, AUF, GIRAF, 2005, pp. 45 à 50.

**KALIEU (Y.R.) et KEUGONG WATCHO (R.),**

« Commentaire des règlements n°1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles et n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres », *Juridis Périodique*, n° 54, avr.-juin 2003, 95 à 101.

**KARYDIS (G.),**

« L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *R.T.D.E.*, 2002, pp.1 à 26.

**KDHIR (M.),**

« Le droit communautaire dans le droit interne », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1994, pp.513 à 525.

**KENFACK (J.),**

« Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique », *Actes de la journée d'études du 18 juin 2004 à l'ENAM*, *Juridis Périodique*, n° 63, juillet-sept. 2005, pp. 64 à 75.

**KOVAR (R.),**

« Concurrence », *Rép. Dr. Communautaire*, D.2000, 4p.

**KOZAK (M.),**

« La sanction civile des violations du droit de la concurrence au regard de l'acquis du droit communautaire et du droit polonais », *R.D.A.I.*, n° 3, 2005, pp. 375 à 388.

**KULLMAN (J.),**

« Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.1993*, *Chron.*, pp.59 à 66.

**LACASSE (N.) et PUTZEYS (J.),**

« L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route », *European Transport Law*, 2003, pp. 673- 729.

**LAGARDE (X.),**

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, éd. G., 1999, *Etude*, n° 170.

- « Office du juge et ordre public de protection », *J.C.P.*, éd. G., 2001, I, *Etudes*, p. 314.



**LA LAURENCIE (J.-P. de),**

« Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations : comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux », D.1990, Chron., pp.141 à 146.

**LAMBERT-FAIVRE (Y.),**

« La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement de la nullité des clauses « réclamation de la victime », D. 1992, Chron., pp. 13 à 18.

**LANDO (O.),**

“A Merger of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract”, in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 451 à 472.

**LARROUMET (Ch.),**

- « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D.1997, Chron. p. 145.

- « Pour la responsabilité contractuelle », in Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes P. Catala, Litec, 2001, pp. 442 à 454.

- « Descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, chron. 155.

**LAUDE (A.),**

« L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n°232, pp. 55 à 60.

**LE BARS (B.)**

«La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », D. 2002, chron. p. 381.

**LECUYER (H.),**

- « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit, Mélanges F. Terré, 1999, pp. 643 à 659.

- « La modification unilatérale du contrat », in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, pp. 47 à 59.

**LEDUC (F.),**

« La formation tacite du contrat d'assurance », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges, J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, pp. 193 à 210.

**LEONNET (J.),**

« Ethique et droit économique », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, pp. 231 à 237.

**LE ROUX (M.),**

« La loi consommation du 1<sup>er</sup> fév. 1995 Europe et vie quotidienne », *Rev. Conc. Consomm.*, 1995, pp.65 à 72.

**LESAGE (F.),**

« La place du droit commun des contrats et du droit des assurances dans les assurances obligatoires », *Rev. Gén. Dr. Ass.*, n°4, 2002, pp.875 à 900.

**LE TOURNEAU (Ph.),**

« Quelques précisions terminologiques autour de la vente », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, pp. 469 à 486.

**LETURMY (L.),**

« La responsabilité délictuelle du contractant », *R.T.D.Civ.*, 1998, pp. 839 à 872.

**LEVASSEUR (A.),**

« La convention de Vienne sur la vente de marchandises et le code civil louisianais », in *Etudes J. Dupichot, Bruyant, Bruxelles*, 2004, pp. 299 à 312.

**LEVEL (P.),**

« Assurance de responsabilité : nullité de la clause exigeant que la réclamation du tiers lésé soit formulée avant l'expiration de la police », *J.C.P.*, 1991, éd. E, I, 62, p. 287.

**LEVENEUR (L.),**

- « Le forçage du contrat », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et Patrimoine*, n°58, 1998, pp. 69-77.

- « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit commun des obligations », in *Le renouvellement des sources des obligations*, Travaux Association H. Capitant, L.G.D.J., 1998, pp. 155 à 174.- « Le solidarisme contractuel : Un mythe », in *Actes du colloque organisé*

à La Rochelle sur le thème : Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité les 3et 4 mai 2002.

**LIBCHABER (R.),**

« Réflexion sur les effets du contrat », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, pp. 211 à 233.

**LOHOUES-OBLE (J.),**

- « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », Rev. Int. Dr. Comp., III, 1999, pp.543-591.

- « L'OHADA, Les innovations dans le droit commercial général », in L'Organisation Pour l'Harmonisation en Afrique du droit Des Affaires, P. A., n° spécial, 13 oct. 2004, pp. 8 à 18.

- « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, pp. 319 à 338.

**LUBY (M.),**

« A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », Contrats. Conc. Consomm., n° 2, 2001, pp.4 à 11.

**LUCAS-GALLAY (I.),**

« La notion de véhicule terrestre à moteur », Gaz. Pal., 30 octobre 1997.

**MACORIG-VENIER (F.),**

« La rupture des contrats », in dossier : le droit des entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000, P.A., n°178, du 06 septembre 2000.

**MAGNIER (V.),**

« Les sanctions du formalisme informatif », J.C.P, éd. G., 2004, pp.177- 180.

**MAILS (H.),**

« La protection du consommateur face au droit de la concurrence et aux droits spécialisés », Rev. Conc.Consomm., n°90, 1996, pp.39 à 46.

**MAINGUY (D.),**

« L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », in, L'abus de droit dans les contrats, J.C.P, éd. E, 1998, pp. 23 à 30.

**MALAURIE (Ph.),**

- « Le droit romain des obligations, le droit français des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », J.C.P., éd., G. 2002 , I. 246.

- « Le droit civil des contrats à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », Mélanges M. Cabrillac, Litec, 1999, pp. 186-203.

**MALAURIE-VIGNAL (M.),** « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, chron., p. 51 à54.

**MALINVAUD (Ph.),**

« De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE, 1999, pp. 689-700.

**MAINGUY (D.),**

« L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », in, L'abus de droit dans les contrats, J.C.P éd. E, 1998, pp. 23 à 30.

**MASQUEFA (Ch.),**

« Pouvoir du juge et protection du consommateur : décision en clair obscur », J.C.P., éd. E, 2001, n°HS 2, pp.23 à 25.

**MASSE (C.),**

Rapport général : La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant, Journées Louisianaises, tome XLIII, 1992, Litec, 1994, pp. 217 à 229.

**MAZEAUD (D.),**

- « La suppression de la clause pénale manifestement excessive : un excès de logique indemnitaire », note sous Cass. com., 16 juil. 1991, D.1992, p.365.

- « La réduction des obligations contractuelles », in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Droit et Patrimoine, n°58, 1998, pp.58-68.

- « L'attraction du droit de la consommation », Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, pp. 95-114.

- « le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in, existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?, P. A., n°117, du 30 septembre 1998.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE, 1999, pp. 604 à 634.

- « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Mélange J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, p. 637 à 659.

- « Le nouvel ordre contractuel », Revue des sociétés, 2003, pp. 295-322.

- « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? » in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003 pp. 135 à 151.

- « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. Aubert, D. 2005, pp. 235 à 259.

- « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, pp. 73 à 97.

- Observations conclusives des travaux de l'Association H. Capitant relatifs à l'avant-projet de réforme du titre III du livre III du code civil, 2005 voir [http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Observations\\_conclusives\\_de\\_Denis\\_Mazeaud.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Observations_conclusives_de_Denis_Mazeaud.pdf) sur :

- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges, Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, pp. 371 à 396.

**MBA-OWONO (Ch.),**

« Non conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit commercial africain », Juridis Périodique, n°41, 2000, pp.107 à127.

**MEDA (D.),**

« Redéfinir les rapports entre l'Etat et le social », in L'Etat à l'épreuve du social, Syllepse, 1998, pp. 54 à 65.

**MESTRE (J.),**

- « L'évolution du droit des contrats en droit privé français », in L'évolution contemporaines du droit des contrats, Journées Savatier, 1985, pp. 41

- « Transparence et droit des contrats », Rev. Jur. Com., 1993, n° spéc., pp. 77 à 88.

- « L'ordre public dans les relations économiques », in L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Avignon, 1996 pp. 33 à 41.

- « Rapport de synthèse (hétérodoxe sur la question de l'intangibilité du contrat », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », Droit et Patrimoine, n° 58, 1998, pp.78-82.

- « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in Etudes en l'honneur de F.TERRE, 1998, pp.677-687.

- « La période précontractuelle et la formation du contrat », in Le contrat: questions d'actualité, P.A., n°90, du 05 mai 2000.

- « Bonne foi », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, pp. 42 à 44.

**MEVOUNGOU-NSANA (R.),**

« La nature consensuelle et synallagmatique du contrat de prêt consenti par un professionnel : le sacre d'une contribution doctrinale », Juridis Périodique, n°54, avr.-juin 2003, pp. 65 à 76 ; voir aussi dans Penant, n° 846, 2004, pp. 72 à 96.

**MEYER (P.),**

Rapport général du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, in Actes du colloque, Rev. Dr. Unif., 2008, pp. 379 à 391.

**MEYNIAL (E.),** « La déclaration de volonté », R.T.D.Civ., 1902, p. 545.

**MION (L.),**

« L'abus dans le droit des contrats », Droit et Patrimoine, 2000, pp. 42 à 45.

**MODI KOKO (H.D.),**

« L'organisation de la protection des consommateurs camerounais », Le Droit du citoyen, n°001, 1994, pp. 10 à 14.

**MOHAMED SALAH (M.),**

« Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ? », in Philosophie du droit et droit économique, Mélanges Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, pp. 261 à 289.

**MOLFESSIS (N.),**

- « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées nationales, t. I, Lille, 1996, L.G.D.J., 1997, pp. 65 à 108.

- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, P. A., n° spéc., 30 sept. 1998.

- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », P. A., n° 90, du 05 mai 2000.

- « Le code civil et le pullulement des codes », in 1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir, D. 2004, p. 309 et ss.

**MONEGER (J.),**

« La durée des baux renouvelés est d'ordre public », R.T.D.Com., 2003, pp. 277-280.

**MONTELS (B.),**

« La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des œuvres audiovisuelles », in Communication Commerce Electronique, n°6, pp. 19 à 24.

**MONTREDON (J.F.),**

« La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », J.C.P éd. E., 1988, n°15156, pp. 268-280.

**MORIN (G.),**

« La désagrégation de la théorie contractuelle du code », Archives de philosophie du droit, n° spécial : Le problème du contrat, 1940, pp. 7 à 31.

**MOUANGUE KOBILA (J.) et DONFACK SOKENG (L.),**

« La C.E.M.A.C. : à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique Centrale », Annuaire africain du droit international, Vol. 6, 1998, pp. 65 à 105.

**MOULY (J.),**

« Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un travailliste) », D. 2003, chron. pp. 2023 à 2030.

**MOURY (J.),**

« Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, chron. 382.

**MOUSSERON (J.-M.),**

« La gestion du risque par le contrat », R.T.D.Civ., 1988, p. 481.

**MUIR-WATT (H.),**

« La modération des dommages en droit anglo-américain », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n°232, pp. 45 à 49.

**NGOMO (A. F.),**

« Les clauses contractuelles abusives (esquisse comparative des droits camerounais et français) », R.J.A., n° 2et3, 1992-1993, pp.133 à 154.

**NGUIHE KANTE (P.),**

« Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », Afrilex, pp 175 à 192, voir [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr).

**NOIREL (J.),**

« L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé », in Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, L.G.D.J, Paris, 1961, p. 69 à 141.

**NOMVETE (B.),**

« Intégration régionale en Afrique: une route pleine d'obstacles », in Les enjeux de l'intégration régionale en Afrique Centrale, t.1, Actes du séminaire organisé à Yaoundé les 25 et 26 juillet 1995 en collaboration avec le Secrétariat Général de l'U.D.E.A.C., Fondation Friedrich Ebert au Cameroun, pp. 40 à 67.



**NSIE (E.),**

- « La formation du contrat de vente commerciale en Afrique : Analyse du titre II du livre V de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général », *Penant*, n° 829, pp.5 à 19.

- « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale OHADA », *Penant*, n° 850, déc. 2005, pp. 96 à 137.

**NYAMA (J.M.),**

- « La liberté du commerce et de la concurrence dans la loi camerounaise du 10 août 1990 », *R.J.A.*, n°2 et 3, 1992-1993, p.51 à 74.

- « La protection du consommateur au Cameroun, mythe ou réalité ? », *Juridis Infos*, n°10, avril-juin 1992, pp.67 à 72.

**ONANA ETOUNDI (F.),**

« Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *Rev. Dr. Uniforme*, 2005, IV, pp. 683 à 718, voir [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

**PAILLUSSEAU (J.),**

« Droit de l'OHADA : Un droit important et original » in *L'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique*, *Cah. Dr. Ent., J.C.P.*, n° 5, supplément au n° 44 du 28 oct. 2004, pp. 1 à 5.

**PAISANT (G.),**

- « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, *chron.* 253.

- « Les clauses abusives et présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », *D.*1995, *chron.*, pp. 99 à 108.

- « Une nouvelle définition du consommateur protégé contre les clauses abusives », (note sous *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 24 janv. 1995), *D.* 1995, *Jur.* p. 207.

- « L'obligation de sécurité et le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 1997, pp.15 à 21.

- Rapport introductif du colloque sur « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat », *Droit et patrimoine*, mars 1998, n°58, p. 42-45.

- « La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses... » note sous *CJCE*, 5<sup>e</sup> ch, 21 nov. 2002 *aff.C-473/00*, *J.C.P.*, éd. G., 10082, pp.947-952.

- A la recherche du consommateur : Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », J.C.P, éd. G., 2003, pp. 549-554.

- « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, pp. 233 à 251.

**PERRUCHOT-TRIBOULET (V.),**

« Dommages et intérêts », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, pp. 79 à 88.

**PETEL (Ph.),**

« Pour une relecture de l'article L. 621-32 du code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985) », in Mélanges Y. Guyon, 2003, pp. 917 à 923.

**PHILIPPE (D.),**

« L'usage des termes juridiques anglo-saxons dans la vie des affaires » in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 493 à 520.

**PICOD (Y.),**

Rapport introductif du colloque sur le droit du marché et droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, pp.1-5.

**PIEDELIEVRE (S.)**

« La mise en oeuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », in Dossier : sûretés et procédures collectives, P. A., n°188, du 20 septembre 2000.

**PIGASSOU (P.),**

« Les restrictions de concurrence », D.1982, Chron., p. 111 à 122.

**PIOTRAUT (J.L.),**

« L'impossibilité d'exécuter un contrat », P. A., 20 mai 1994, p. 15.

**PIZZIO (J.-P.),**

- « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D.1982, Chron. pp. 91 à 98.

- « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », in Actes du colloque sur le droit du marché et le droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, pp. 53-69.

**POESY (R.),**

« Le conseil de la concurrence, juge du contrat », P. A., n°210, du 20 octobre 2000.

**POILLOT-PERUZZETTO (S.),**

- « Premier bilan sur la pratique décisionnelle de la commission dans l'application du règlement relatif au contrôle des concentrations », R.T.D.Com., 1992, pp. 51 à 86.

- « Métalangage et architecture juridique internationale », in Mélanges Philippe Malaurie, Defrénois, 2005, pp. 365 à 376.

- « De la liberté des prix et de la concurrence », Droit et Patrimoine, n°95, pp.73 à 81.

**PORACCHIA (D.),**

« Erreur fondamentale de fait ou de droit », in Principes du droit européen du contrat, Droit et Patrimoine, n° 114, avril 2003, pp. 51 à 54.

**POUGOUE (P.G.),**

« La notion de contrat d'assurance dans le code CIMA », Juridis Périodique, n°29, 1997, pp.24 à28.

**PREVOST (A.) et RICHARD (D.),**

« Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », J.C.P, 1979, I, 2952.

**PRIEUR (J.),**

« Droit des contrats et droit des sociétés », Revue des sociétés, 1997, pp.371-388.

**PRISO-ESSAWE (J.-S.),**

« La hiérarchie des normes dans l'espace CEMAC-CEEAC-OHADA », in Actes du séminaire sous-régional sur la sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC du 02 au 06 novembre 2004 à Libreville, éd. Giraf, AIF, 2005, pp. 187 à 197

**PRUVOST (F.),**

« Le droit de la consommation, vecteur de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale », Droit Ouvrier, 1997, pp.1 à 20.

**PUTMAN (E.),**

« Incidence du droit communautaire en droit privé français », Revue de la recherche juridique, 1997, pp. 435 à 449.

**RAYMOND (G.),**

« La protection du consommateur dans les opérations de crédit : commentaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 », Gaz. Pal., 1978, II, Doct., pp.556-563.

**REMY (Ph.),**

« La “responsabilité contractuelle” : histoire d’un faux concept », R.T.D.Civ., 1997, pp. 323 à 355.

**RENET (Th.),**

- « L’ordre public dans les relations de travail », in L’ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d’Avignon, 1996, pp.

- « Les apports au droit des relations de dépendance », », A propos des quatre arrêts de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995, R.T.D.Com., 1997, pp. 37 à 47.

- « La détermination unilatérale de l’objet dans le contrat », in L’unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, pp. 31 à 47.

- « objectivation ou subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? », in La nouvelle crise du contrat, actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre René-Demogüe de l’Université de Lille II, Dalloz, 2003, pp. 83 à 96.

- « La recodification, entre tentation et illusion », in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004, p. 453

**RIPERT (G.),**

« L’ordre économique et la liberté contractuelle », in Le contrat et la loi, Etudes GEMY, 1934, pp. 347-353.

**ROBIN (C.),**

« La *mora creditoris* », R.T.D.Civ., 1998, pp. 609 à 632.

**ROSSANTANGA-RIGNAULT (G.),**

« Grandeur et servitude du droit communautaire des transports au Gabon », Hebdo informations, n° 512 du 10-24 décembre 2005, p. 213 à 216.

**ROUQUET (Y.),**

« De l'impossibilité, pour le locataire-gérant, de revendiquer une indemnité d'éviction auprès du bailleur », note sous Cass. civ., 26 sept. 2001, D. 2001, Actualité jurisp. p. 3352.

**SAINT-ALARY (R.),**

« Le droit à l'habitat et les nouvelles relations entre propriétaires et locataires (loi n°82-526 du 22 juin 1982)», D. 1982, Chron. pp. 239 à 252.

**SAVATIER (R.),**

- « Droit et accélération de l'histoire », D.1951, chron., p. 29.

-« Le contrat du conseil professionnel en droit privé », D. 1972, chron., p. 137.

**SAVAUX (E.),**

« La dilution des catégories », in Actes du colloque « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil » organisé le 10 déc. 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie, Dalloz, 2005, pp. 33 à 45.

**SELINSKY (V.),**

- « Abus de domination », J.-Cl concurrence consommation, 1992, Fasc. 315.

- « Ententes illicites », J.-Cl. Concurrence Consommation, 1992, Fasc. 310.

**SERIAUX (A.),**

- « Réflexions sur les délais de grâce », R.T.D.Civ., 1993, 789.

- « La notion de contrat synallagmatique », in Le contrat à la fin du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, pp. 778-788.

**SERNA (J.-C.),**

« “Le refus de contracter”... ou Quarante ans après », in Etudes offertes à J. Dupichot, Bruyant, Bruxelles, 2004, pp.465 à 479.

**SERRA (Y.),**

- « La liberté de la concurrence du bailleur dans les baux commerciaux », Droit et Patrimoine, n° 29, pp.38 à 41.

- « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », in Actes du colloque sur le droit du marché et droit commun des obligations, R.T.D.Com., 1998, pp. 7-15.

**SOSSA (D. S.),**

« Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général/contrats commerciaux/ contrats de consommation », in Actes du colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Rev. Dr. Unif, 2008, pp. 339 à 353.

**SOURIOUX (J.-L.),**

« Introduction au cours de droit des obligations », Clés pour le siècle, D. 2000, pp. 507 à 520.

**SOUSI (G.),**

« La spécificité d'une obligation de somme d'argent », R.T.D.Civ., 1982, n°3, p.514 à 537.

**STORCK (M.),**

« Cautionnement et procédures collectives », P. A., n°188, du 20 septembre 2000, dossier : sûretés et procédures collectives.

**STOYANOVITCH (K.),**

« La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 89.

**TALLON (D.),**

« Grandeur et décadence du code civil français », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 279 à 296.

**TELLON (D.),**

« La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents de la pratique », in Etudes A. Sayag, Litec, 1997, p. 403.

**TEMPLE (H.),**

« Quel droit de consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation », Rev. Burkinabè de Dr., n° 43-44, sept. 2003, pp. 105 à 122.

**TEUWA (J.-C),**

« Brèves réflexions sur la libre circulation des personnes et la citoyenneté dans la CEMAC », Cahier Africain des Droits de l'Homme, n°6-7, mars 2002, P. 157-174.

**TEYSSIE,**

« Conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, Chron. 281.

**TOURNAFOND (O.),**

- « L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat (à propos de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998) », D. 1999, chron. 237.

- « L'erreur du contractant sur sa propre prestation », in Mélanges, R. Decottignies, P.U.G., Grenoble, 2003, pp. 277 à 294.

**TROCHU (M.),**

« Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n°93-13-CEE du conseil du 5 avril 1993) », D. 1993, chron. P.315 à 320.

**THUNIS (X.),**

« Une notion fuyante : l'obligation essentielle en droit des contrats », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 521 à 542.

**VAN DER WOUDE (M.) et DUQUESNE (T.),**

« Abus de position dominante », Rép. Dr. Communautaire, D.2000, 28 p.

**VAN OMMESLAGHE (P.),**

- « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 892.

- « Actualité du droit des obligations : L'objet et la cause des contrats », in L'actualité du droit des obligations, trav. De la Faculté de Droit de l'ULB et du Barreau de Bruxelles, BRUYLANT, 2005, pp. 39 à 123.

**VINEY (G.),**

« L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », D.1994, Chron., pp.301 à 307.- « Rapport de synthèse » du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, organisé

par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n° 232, pp. 66 à 71.

**WERY (P.),**

« Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché », in Mélanges M. Fontaine, Larcier, Bruxelles, 2003, pp. 569 à 599.

**WINTGEN (R.),**

« De l'erreur sur les motifs », note sur Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2003, J.C.P, éd. G., 2003, n°10134.

**WITZ (C.),**

- « La convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante », D. 1995, chron., p. 143.

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000, Chron., p. 79.

- « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : L'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », in Actes du colloque sur « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, organisé par le Centre du droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., n° spécial, 20 novembre 2002, n° 232, pp. 50 à 54.

**YAWAGA (S.),**

« Les obligations précontractuelles de l'assureur », Rev. Gén. Dr. Ass., n°1, 1997, pp.83 à 98.



# **INDEX ALPHABETIQUE**

## **A**

### **Abus**

- **dans la fixation du prix**, 376, 377, 378, 480, 481, 482, 648, 649.
- **dans la rupture unilatérale du contrat**, 98, 483, 684.
- **dans l'usage d'une clause contractuelle**, 480, 401.
- **de droit**, 411, 412.
- **De l'état de dépendance économique**, 252, 254, 463.
- **de position dominante**, 145 et ss.

**Acceptation (d'une offre de contrat)**, 374, 481, 566, 645.

**Accidents de la circulation (indemnisation des victimes)**, 47 et ss., 559.

**Action estimatoire**, 619.

**Action réhibitoire**, 619, 688.

**Agence commerciale (contrat d')**, 27, 269, 388.

**Aménagements légaux de la réparation**, v. réparation.

### **Assurance**

- **bonne foi dans le contrat d'**, 282 et ss., 304 et ss.
- **contrat d'**, 45 et ss., 257 et ss., 282 et ss., 304 et ss.
- **de dommage**, 52.
- **définition**, 47.
- **de responsabilité**, 50.
- **obligatoire**, 41, 45 et ss,
- **Intérêt assurance obligatoire**, 51 et ss.
- **Domaine**, 57 et ss.

**Autonomie de la volonté**, 17, 34 et ss, 358, 384, 400, 442 et ss., 497, 524, 525.

**Ayant-cause à titre particulier**, 87.

## **B**

### **Bail commercial**

- **caractère d'ordre public**, 28.
- **contrat de**, 28, 71, 72, 73, 88, 110, 112, 116, 118 et ss.
- **domaine**, 118, 119, 120.
- **droit de préemption du preneur**, 70 et ss.
- **droit (au)**, 88, 112, 116.

- **droit au renouvellement du**, 110 et ss.
- **condition du renouvellement**, 118 et ss.

**Bonne foi**, 26, 275 et ss., 366, 399 et ss., 409 et ss., 467,

## C

« **Canal de capronne** » (arrêt du), 504.

### Cause

- **de l'obligation**, 30, 449 et ss.
- **et mobile**, 456.
- **et pratiques anticoncurrentielles**, n° 153, 154 et 155.

**Cautionnement**, 19, 95, 289.

**Cessation des paiements**, 135, 179 et ss., 205 et ss.

### Cession

- **de bail commercial**, 86, 87, 89 et ss., 114 et ss.
- **de contrat**, 84 et ss.
- **de fonds de commerce**, 19, 294, 309, 310, 392.
- **des parts sociales**, 188 et ss.
- **du contrat d'assurance**, 92.
- **effets**, 94 et ss.
- **partielle d'actif**, 228 et ss.

« **Chronopost** » (arrêt), 31, 453 et ss., 598.

### Clause

- **abusive**, 236 et ss., 470 et ss.
- **d'approvisionnement minimum**, 253.
- **de retour à meilleure fortune**, 231 et ss.
- **limitative de responsabilité**, 240 et ss., 446, 474 et ss., 597.
- **pénale**, 446, 448.
- **réputée non écrite**, 172, 252, 452 et ss., 588, 594 et ss.
- **Résolutoire**, 206 et ss.

**Clientèle**, 88, 110.

**Compte courant**, 212.

**Concentration d'entreprises**, 149 et ss., 154.

**Concession (contrat de)**, 482.

**Concurrence (droit de la)**, 10, 18, 27, 134, 136, 138 et ss., 251 et ss., 538.

**Conducteur de véhicule terrestre à moteur**, 51, 58, 60, 61.

**Confirmation (de l'acte nul)**, 165, 565.

**Conformité (obligation de)**, 613, 615, 641, 643, 678, 679.

### **Conseil**

- **obligation de conseil et de renseignement**, 280, 431.
- **régional de la concurrence**, 163, 169, 176.

**Consensualisme**, 293, 294, 295, 406.

### **Consentement**

- **protection**, 112, 113, 117, 277, 279, 287.
- **vices du**, 32, 305, 309 et ss., 380, 381, 387, 407, 545, 546.

**Consommateurs (information et protection des)**, 11, 238 et ss., 589,

**Consommation (droit de la)**, 77 et ss., 238 et ss.

### **Contrat**

- **à durée déterminée**, 98, 121, 673.
- **à durée indéterminée**, 98, 106, 107, 122, 123, 483, 681.
- **à exécution instantané**, 94.
- **à exécution successive**, 94, 100, 172, 346, 652, 690.
- **cadre (de distribution)**, 378.
- **d'adhésion**, 242, 257.
- **Définition**, 1.
- **Synallagmatique**, 219 et ss., 378, 629 et ss.
- **Utilité**, 2

**Contributory negligence**, v. préjudice partiellement imputable au créancier.

**Convention interdite**, 194 et ss.

**Culpa in contrahendo**, 552.

## **D**

### **Délai**

- **de dénonciation de la non-conformité**, 678.
- **d'exécution supplémentaire**, 343, 622 et ss.
- **de grâce**, 200, 334 et ss., 623, 624.

**Délivrance**, v. obligation de livrer.

**Dépendance économique**, v. abus de dépendance économique.

**Diminution du dommage**, v. modération du dommage.

**Dirigisme contractuel**, 36, 41, 45 et ss., 77, 133 et ss.

#### **Dol**

- **caractère déterminant**, 380, 382, 572.
- **dol par réticence**, 31, 32, 267, 278, 279, 385, 386, 387.
- *dolus bonus*, 277.
- **et obligation d'information**, 398.
- **sanction (du)**, 304, 305.

**Domage prévisible**, 326 et ss., 446, 692 et ss.

**Dommages et intérêts**, 73, 304, 543, 684.

**Droit à l'information**, v. obligation d'information

**Droit de préemption**, 68 et ss., 75, 76.

**Droit de surenchère**, 74 et ss.

#### **E**

**Economie du contrat**, 347 et ss., 420, 469, 491 et ss., 518.

**Effet relatif du contrat (principe de l')**, 34, 86.

**Entente illicite**, 80, 140 et ss., 153 et ss.

**Equilibre contractuel (principe de l')**, 31, 32, 236, 237, 359, 360, 435 et ss.,

**Equité**, v. équilibre.

#### **Eradication**

- **des clauses abusives**, 455.
- **des clauses réputées non écrites**, 172, 587, 595 et ss.

**Erreur**, 32, 211, 305, 369, 380, 381, 398, 545, 546, 569 et ss.

**Etat-providence (politique d')**, 17, 36, 53, 55, 131, 198.

**Exceptio non adimpleti contractus**, V. exception d'inexécution.

**Exception d'inexécution**, 219 et ss., 447, 629 et ss.

#### **Exécution**

- **défectueuse**, 538, 609, 611 et ss.
- **droit (à)**, 611 et ss.,
- **en nature**, 339, 609, 613 et ss.
- **forcée**, 328.

- **par équivalent**, 605, 606, 613, 685.
- **partielle**, 353, 645 et ss.

## **F**

**Faculté de remplacement**, 328.

**Fait ou faute de la victime**, 61.

**Fait d'un tiers**, 61.

### **Faute**

- **contractuelle**, 283, 430.
- **précontractuelle**, 278, 385, 386, 545, 546, 552.

**Fixation unilatérale du prix**, v. prix.

**Fonds de commerce**, 18

- **location gérance**, 115, 215.
- **sous-location**, 113, 117, 128.
- **vente**, 74, 75, 88, 110 et ss., 294, 309, 310, 312, 392, 398.

**Force obligatoire (du contrat)**, 34, 35, 98, 199 et ss., 273, 326, 354, 455, 504, 508, 510.

### **Formalisme**

- **classique**, 279.
- **Informatif**, voir obligation précontractuelle d'information

## **G**

**Garantie des vices cachés**, 381, 382, 641.

## **H**

**Hardship (clause de)**, 517, 518.

## **I**

**Illicite (Cause et objet)**, 165.

**Imprévision (révision pour)**, 32, 236, 360, 502 et ss.

**Imprudence**, 397, 411, 430.

**Incapacité**, 578. 582.

### **Indemnité**

- **compensatrice**, 268, 312, 542 et ss., 604.

- **d'éviction**, 72, 71, 124 et ss.,

**Inexécution (d'une obligation contractuelle)**, 29, 105 et ss., 262, 309, 310, 327 et ss. 430 et ss., 605 et ss.

**Information**, v. obligation d'information

**Inopposabilité (du contrat)**, 166, 167, 178 et ss.

**Insécurité juridique**, 63, 166, 184 et ss.

**Interprétation du contrat**, 26, 497 et ss., 537.

**Intuitus personae**, 84, 89 et ss., 189, 211 et ss.

**Intuitus rei**, 87.

## L

### Lésion

- **cas**, 445.
- **notion**, 32, 236, 310,
- « **qualifiée** », 461 et ss.

**Liberté contractuelle (principe)**, 17, 26, 38 et ss., 198.

**Liquidation des biens**, 206, 213.

**Limitation de la responsabilité**, v. clause limitative de responsabilité.

**Location gérance**, v. fonds de commerce.

## M

**Mandat (contrat de)**, 89, 376, 567.

**Marché commun**, 80, 134, 139 et ss., 169 et ss.

**Marché de produits en cause**, 147, 160.

**Marché de référence, pertinent**, 147, 159 et ss.

**Marché géographique en cause**, 147, 161.

**Mauvaise foi**, 167, 182, 306, 307 360, 397, 401, 409, 500, 505, 508, 523, 666.

**Mise en demeure**, 127, 128, 259, 260, 422, 679, 680.

**Mitigation of damages**, v. obligation de modérer le dommage.

**Mobile**, 456, 697.

**Mora creditoris**, 701.

**Mutuus dissensus**, 671.

## N

***Nemo auditur propriam turpitudinem allegans***, 165, 576.

**Non conformité (dénonciation de la)**, v. délai de dénonciation.

**Non cumul (des responsabilités contractuelle et délictuelle)**, 412.

**Non rétroactivité (de la résolution)**, 653, 686 et ss.

### Nullité

- **absolue**, 165, 167, 538, 565, 566, 577, 578, 582, 598.
- **de plein droit**, 27, 164 et ss.
- **de droit et facultative**, 585, 586.
- **effets**, 543, 577.
- **exception (de)**, 605.
- **intégrale**, 170, 577, 587.
- **partielle**, 252, 589 et ss.
- « *quod nullum est...* », 543, 577.
- **relative**, 565, 573, 576, 582, 583.

## O

**Objet (du contrat)**, 153, 165, 280, 374 et ss., 425, 462, 488.

### Obligation

- **d'assurance**, 44, et ss.
- **de conseil**, 276 et ss., 280, 431.
- **d'information et de renseignement**, 268 et ss., 316, 385 et ss. 325 et ss., 424 et ss., 553, 604, 717. **sanction**, 298 et ss., 544 et ss.
- **de coopération ou de collaboration**, 26, 260, 315 et ss., 354, 370, 416 et ss., 705, **sanction**, 323 et ss.
- **de livrer**, 447, 639, 640, 641.
- **de loyauté**, 259, 282, 366, 368, 390 et ss., 409 et ss.
- **de modérer le dommage**, 314, 326 et ss., 654.
- **de moyens**, 424, 430 et ss.
- **de non concurrence**, 454.
- **de prendre livraison**, 316, 317.
- **de résultat**, 290, 424, 430 et ss.



- **de sécurité**, 407, 428
- **essentielle (du contrat)**, 453 et ss., 500, 598, 659 et ss.

**Offre de contrat**, 78, 79, 374.

**Ordre public**, 17 et ss., 27, 28, 29, 37 et ss., 65, 66, 86, 92, 94, 106, 108, 137, 153 et ss., 198, 202, 214 et ss., 259, 298 et ss., 357, 426, 486, 536, 537, 538, 541 et ss., 562 et ss., 576, 588 et ss., 712.

## **P**

**Pacte sur succession future**, 37.

**Parts sociales**, v. cession

**Peine privée**, 311, 545 et ss., 560.

**Période suspecte**, 178 et ss.

**Pratique anticoncurrentielle**, 27, 80, 136 et ss.,

**Préavis (délai de)**, 98, 122, 413, 480, 681.

**Préjudice (partiellement imputable au créancier)**, 340, 699 et ss.

**Prix (détermination)**, 376 et ss., 500 et ss.

**Professionnels (contrat entre)**, 293, 393, 398.

**Proportionnalité**, v. équilibre.

**Propriété commerciale**, 88, 91, 110, 126, 214.

**Prorogation du contrat**, 101 et ss., 343.

**Protection du consommateur**, v. consommateur.

## **R**

**Raisonnable (définition)**, 494, 495, 496.

**Redressement judiciaire**, 213 et ss., 228 et ss.

**Réfaction (du contrat)**, 346 et ss., 498, 609, 638 et ss.

**Réfection (du contrat)**, 563, 564, 566.

**Refus de contracter**, 67, 77 et ss.

**Régularisation (du contrat)**, 117, 360, 466, 539, 542, 562 et ss.

**Remplacement**

- **faculté (de)**, 328, 329, 615, 617.
- **obligation (de)**, 325, 328, 613 et ss.

**Renégociation**

- **clause de**, 507, 517.
- **obligation (de)**, 32, 174, 510, 511, 518, 519, 520..

**Renouvellement (du bail commercial)**, 71, 73, 99 et ss.

**Renseignement (obligation de)**, v. obligation d'information.

**Réparation (du dommage)**

- **en nature**, 609 et ss.
- **intégrale (principe de)**, 277, 475, 654, 692.
- **limitation conventionnelle**, 453, 456,
- **limitation légale**, 327 et ss, 692 et ss.
- **par équivalent**, 684.

**Rescision**, 445, 466.

**Résiliation**, 70, 93, 122, 204 et ss.

**Résolution**

- **amiable et conventionnelle**, 671.
- **contrôle judiciaire**, 672 et ss.
- **de plein droit**, 344.
- **judiciaire**, 655, 673.
- **pour cause de cessation des paiements**, 207 et ss.,
- **pour inexécution**, 219, 223 et ss., 608, 647, 655 et ss.
- **préventive**, 668, 669.
- **unilatérale**, 346, 412, 670 et ss.

**Responsabilité**

- **assurance (de)**, 48 et ss., 240 et ss.
- **contractuelle**, 426 et ss., 554, 557, 606.
- **délictuelle**, 419, 425, 552, 553.
- **objective**, 52, 53, 556 et ss.
- **pour faute**, 430.
- **précontractuelle**, 541 et ss.

**Restitution**, 209, 576, 583, 688, 689, 690.

**Réticence dolosive**, v. dol.

**Retour à meilleure fortune**, v. clause.

**Rétroactivité**,

- **nullité (de la)**, 180, 541, 576.

- **Résolution (de la)**, 653, 686 et ss.

**Révision pour imprévision**, v. imprévision.

**Rupture abusive (des pourparlers)**, 557.

## **S**

**Sauvegarde de l'entreprise**, 186, 209, 213, 234..

**Sécurité juridique**, 13, 63, 88, 166, 167, 184 et ss., 201, 377, 465, 387, 505, 521 et ss., 678,691, 708.

### **Société**

- **contrat (de)**, 187.
- **Intérêt (de la)**, 187 et ss., 194 et ss.

**Solidarisme contractuel**, 239, 313 et ss., 331, 416, 479, 521 et ss.

**Sous-location**, 113, 117, 128, 348.

**Sûreté (réelle)**, 228, 229, 230.

**Suspension du contrat**, 332 et ss., 622 et ss.

## **T**

**Tacite reconduction**, 100, 104 et ss., 261.

**Transmission à cause de mort**, 89 et ss.

**Transparence (principe de)**, v. 368 et ss.

**Transport (contrat de)**, 268, 269, 290 et ss., 405.

## **V**

**Véhicule terrestre à moteur**, 48 et ss.

### **Vente**

- **à la consommation**, 26, 244 et ss.
- **commerciale**, 26, 202, 294, et ss., 316 et ss., 343, 353, 494, 610, 617, 623, 639 et ss.
- **vices cachés**, v. garantie des vices cachés

**Vices du consentement**, 277, 311, 312, 380 et ss., 433, 466, 546.

**Victimes (des accidents de la circulation)**, v. accident.

**Volonté (autonomie de la)**, 1, 4, 17, 34 et ss., 236, 324, 336, 355, 357, 358, 378, 384, 400, 417, 419, 442, 444, 496 et ss., 522 et ss., 560, 580, 601, 708, 710, 712, 715.

# *TABLE DES MATIERES*

|  |           |
|--|-----------|
| Dédicace.....  | ii        |
| Remerciements.....   | iii       |
| Liste des principales abréviations.....  | v         |
| Sommaire.....  | ix        |
| Résumé.....  | x         |
| Abstract.....  | xi        |
| INTRODUCTION GENERALE.....   | 1         |
| <b>PREMIERE PARTIE : LE DROIT DES CONTRATS PERTURBE PAR<br/>LE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>                | <b>28</b> |
| <b>TITRE I : LE REcul DU PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE.....</b>                                     | <b>33</b> |
| <b>CHAPITRE I : LE CONTRAT IMPOSE.....</b>   | <b>36</b> |
| <b>Section I : L'obligation d'entrer dans les relations contractuelles.....</b>                            | <b>37</b> |
| Paragraphe 1 : Les contrats obligatoires : L'exemple du<br>contrat d'assurance.....                        | 38        |
| A - Les fondements de l'obligation de souscrire une assurance.....   | 39        |
| B - La difficile détermination du domaine de l'assurance obligatoire.....                                  | 46        |
| 1 - <i>L'obligation d'assurance quant aux personnes</i> .....  | 46        |
| 2 - <i>L'obligation d'assurance quant aux véhicules</i> .....  | 49        |
| Paragraphe 2 : Les cocontractants imposés.....   | 51        |
| A - Le cocontractant imposé dès la formation du rapport contractuel.....                                   | 52        |
| 1- <i>Le droit de préemption</i> .....   | 52        |
| 2- <i>Le droit de surenchère</i> .....   | 56        |
| 3- <i>Le refus de vente</i> .....  | 58        |
| B - Le cocontractant imposé pour la poursuite d'une relation<br>contractuelle.....                         | 63        |
| 1 - <i>Les hypothèses de cession légale de contrat</i> .....   | 64        |
| a) <i>L'obligation de poursuivre le bail commercial imposée à<br/>l'acquéreur de l'immeuble cédé</i> ..... | 65        |
| b) <i>La cession forcée du contrat pour cause de mort</i> .....  | 67        |
| 2 - <i>Les effets des cessions forcées de contrats</i> .....   | 70        |

**Section II : La sortie contrôlée des relations contractuelles :**

|  |     |
|--|-----|
| <b>le renouvellement imposé</b> .....  | 73  |
| Paragraphe 1 : La notion de renouvellement du contrat.....   | 74  |
| A - La distinction du renouvellement du contrat avec<br>les notions voisines.....  | 75  |
| B - Le contenu du droit au renouvellement du bail commercial.....  | 80  |
| 1 - <i>Les titulaires du droit au renouvellement</i> .....   | 81  |
| 2 - <i>Les conditions de renouvellement du bail commercial</i> .....   | 85  |
| Paragraphe 2 : La sanction du refus de renouvellement.....   | 88  |
| A - L'octroi d'une indemnité d'éviction.....   | 88  |
| B - Le refus du renouvellement sans paiement d'indemnité d'éviction.....   | 90  |
| CHAPITRE II :LE CONTRAT INTERDIT.....  | 95  |
| <b>Section I : Les atteintes justifiées par la protection d'un intérêt<br/>général : l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles</b> ..... | 96  |
| Paragraphe 1 : Les pratiques anticoncurrentielles interdites.....  | 98  |
| A - L'énumération des pratiques interdites.....  | 98  |
| 1 - <i>Les ententes illicites</i> .....  | 99  |
| 2 - <i>L'abus de position dominante</i> .....  | 102 |
| 3 - <i>Les concentrations économiques</i> .....  | 104 |
| B - Les critères d'interdiction.....   | 105 |
| 1 - <i>L'objet ou l'effet anticoncurrentiel</i> .....  | 106 |
| 2 - <i>L'atteinte au seuil communautaire</i> .....   | 109 |
| a) <i>Le marché de référence : le marché commun</i> .....  | 109 |
| b) <i>La difficile détermination du seuil de sensibilité communautaire</i> .....   | 112 |
| Paragraphe 2 : La sanction des contrats ayant des effets<br>anticoncurrentiels.....  | 113 |
| A - La nullité de plein droit.....   | 113 |
| 1 - <i>Une nullité de plein droit hors du commun</i> .....   | 113 |
| 2 - <i>Les obstacles à sa mise en œuvre</i> .....  | 116 |
| B - Le droit de réformer le contrat.....   | 117 |
| 1 - <i>Le droit de supprimer les clauses anticoncurrentielles</i> .....  | 117 |
| 2 - <i>Le droit d'enjoindre les modifications de certaines clauses</i> .....   | 118 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Section II: Les atteintes justifiées par la protection des Intérêts catégoriels</b> .....                         | 120 |
| Paragraphe 1 : La protection des intérêts de la masse des créanciers.....  | 121 |
| A – L'inopposabilité des actes de la période suspecte.....   | 121 |
| B – L'insécurité juridique résultant de l'inopposabilité des actes de la période suspecte.....                       | 125 |
| Paragraphe 2 : La prise en compte de l'intérêt social.....   | 127 |
| A – Le contrôle de la cession des parts sociales.....  | 128 |
| 1 – L'incessibilité des parts sociales.....  | 128 |
| 2 – Les palliatifs au principe de l'incessibilité des parts sociales.....  | 130 |
| B – Les conventions interdites.....  | 131 |
| 1 – Les différentes conventions interdites.....  | 132 |
| 2 – La sanction des conventions interdites.....  | 133 |
| Conclusion du titre I.....   | 134 |
| <b>TITRE II : LE REcul DU PRINCIPE DE L'INTANGIBILITE DES CONTRATS</b> .....   | 135 |
| <b>CHAPITRE I : L'ANEANTISSEMENT DE CERTAINES CLAUSES CONTRACTUELLES</b> .....                                       | 138 |
| <b>SECTION I : L'ANEANTISSEMENT DANS LE CADRE DES PROCEDURES COLLECTIVES</b> .....                                   | 139 |
| Paragraphe 1 : Une atteinte réelle au principe de l'intangibilité des contrats.....                                  | 140 |
| A – La mise en échec des clauses résolutoires pour cause de cessation des paiements.....                             | 140 |
| 1 – <i>Principe</i> .....  | 141 |
| 2 – <i>Exception</i> .....   | 144 |
| B – La nullité de certaines clauses contenues dans le bail.....  | 146 |
| C – Le recul des principes propres aux contrats synallagmatiques.....  | 148 |
| 1 – <i>Les restrictions à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution en cas de cessation des paiements</i> .....  | 149 |
| 2 – <i>Les restrictions au jeu de la résolution pour cause d'inexécution en cas de cessation des paiements</i> ..... | 151 |
| Paragraphe 2 : Une atteinte mesurée .....  | 153 |



|   |            |
|---|------------|
| A – Le respect des sûretés consenties lors des cessions partielles d'actif....                                    | 154        |
| B – La validité des clauses de retour à meilleure fortune.....  | 157        |
| <b>Section II : L'anéantissement dû à l'émergence de la notion<br/>des clauses abusives.....</b>                  | <b>160</b> |
| Paragraphe 1 : L'absence d'une réglementation générale des<br>clauses abusives en droit communautaire.....        | 162        |
| A – Une interdiction des clauses abusives en droit camerounais méconnue par<br>la jurisprudence.....              | 162        |
| B – Les projets de réglementation des clauses abusives<br>par le droit communautaire.....                         | 167        |
| <i>1- Présentation de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif à<br/>la vente aux consommateurs.....</i>            | <i>168</i> |
| <i>2- Les obstacles à l'adoption d'un Acte uniforme<br/>sur la vente à la consommation.....</i>                   | <i>171</i> |
| C – Le secours du droit de la concurrence ?.....  | 173        |
| Paragraphe 2 : La protection des consommateurs à travers<br>des dispositions éparses.....                         | 177        |
| A – L'interdiction de certaines clauses abusives dans le code CIMA.....   | 177        |
| <i>1- Les clauses interdites dans les contrats d'assurance.....</i>   | <i>177</i> |
| <i>2- Une protection limitée.....</i>   | <i>181</i> |
| B – L'interdiction des clauses abusives dans certains actes<br>uniformes OHADA.....                               | 183        |
| <b>CHAPITRE II : L'AUGMENTATION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.....</b>   | <b>186</b> |
| <b>Section I : L'extension de la notion de bonne foi.....</b>   | <b>187</b> |
| Paragraphe 1 : L'exigence de la bonne foi lors de la formation<br>des contrats.....                               | 188        |
| A – Les fondements de l'obligation précontractuelle d'information.....  | 188        |
| B – Les obligations d'information, de renseignement et<br>de conseil exigées dans certains contrats spéciaux..... | 192        |
| <i>1- Une obligation d'information bilatérale dans le code CIMA.....</i>  | <i>194</i> |
| <i>2- L'obligation d'information dans les Actes uniformes OHADA.....</i>  | <i>198</i> |
| C – Des sanctions disparates pour le formalisme informatif.....   | 205        |
| <i>1 – La sanction du formalisme informatif dans le contrat</i>   |            |

|  |     |
|--|-----|
| <i>de transport routier des marchandises</i> .....   | 205 |
| 2 - <i>La sanction du formalisme informatif contenu dans le code CIMA</i> .....  | 208 |
| 3 - <i>La sanction du formalisme informatif dans la cession<br/>du fonds de commerce</i> .....                               | 210 |
| Paragraphe 2 : <i>L'exigence de la bonne foi pendant l'exécution du contrat</i> ...  | 212 |
| A - <i>L'obligation de collaboration</i> .....   | 214 |
| 1 - <i>Les contrats admettant une obligation de collaboration</i> .....  | 215 |
| 2 - <i>Des difficultés de détermination de la sanction du<br/>non respect de l'obligation de collaboration</i> .....         | 218 |
| B - <i>L'obligation de minimiser le préjudice</i> .....  | 220 |
| 1 - <i>Une obligation fondée sur la fonction économique des contrats</i> .....   | 221 |
| 2 - <i>Une obligation consacrée en droit de la vente commerciale OHADA</i> .....   | 225 |
| <b>Section II : L'augmentation des prérogatives d'une partie<br/>au contrat : l'humanisation du droit des contrats</b> ..... | 228 |
| Paragraphe 1 : <i>Le délai de grâce</i> .....  | 229 |
| A - <i>Les fondements du délai de grâce</i> .....  | 229 |
| B - <i>Le régime juridique du délai de grâce</i> .....   | 232 |
| C - <i>Les limites du délai de grâce dans la protection du débiteur</i> .....  | 234 |
| Paragraphe 2 : <i>Le rééquilibrage judiciaire du contrat</i> .....   | 236 |
| <b>Conclusion du titre II</b> .....  | 243 |
| <b>Conclusion de la première partie</b> .....  | 244 |
| <b>DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DES CONTRATS DYNAMISE PAR<br/>LE DROIT COMMUNAUTAIRE</b> .....                                 | 246 |
| <b>TITRE I : LA GENERALISATION DES PRINCIPES NOVATEURS</b> .....   | 250 |
| <b>CHAPITRE I : LA TRANSPARENCE DANS LES RELATIONS<br/>CONTRACTUELLES</b> .....  | 254 |
| <b>Section 1: La transparence lors de la formation du contrat</b> .....  | 256 |
| Paragraphe 1 : <i>La transparence issue des règles du code civil</i> .....   | 256 |
| A - <i>Les mécanismes de transparence issus du code civil</i> .....  | 257 |
| 1 - <i>L'exigence d'une connaissance effective de l'objet des prestations</i> .....  | 257 |
| 2 - <i>L'intégrité du consentement</i> .....   | 262 |
| B - <i>Les limites de la transparence issue du code civil</i> .....  | 265 |
| Paragraphe 2 : <i>Les nouveaux mécanismes de transparence</i> .....  | 268 |

|  |            |
|--|------------|
| A – L'information précontractuelle nécessaire.....   | 268        |
| 1 – La généralisation de l'obligation précontractuelle d'information.....  | 269        |
| 2 – Les limites nécessaires à l'exigence d'une information<br>précontractuelle.....                              | 273        |
| B – L'insertion de l'obligation d'information dans la théorie<br>générale des contrats.....                      | 274        |
| <b>Section 2 : La transparence lors de l'exécution du contrat.....</b>   | <b>281</b> |
| Paragraphe 1 : Le contenu de l'obligation de transparence dans<br>l'exécution du contrat.....                    | 282        |
| A – La transparence comme conséquence du devoir de loyauté.....  | 283        |
| B – La Transparence comme conséquence du devoir de coopération.....  | 287        |
| 1 – L'obligation de transparence pesant sur le débiteur.....   | 288        |
| 2 – L'obligation de transparence pesant sur le créancier.....  | 291        |
| Paragraphe 2 : La nature juridique de l'obligation de transparence.....  | 294        |
| A – Le caractère contractuel ou délictuel de l'obligation<br>de transparence.....                                | 295        |
| B – Obligation de moyens ou obligation de résultat.....  | 299        |
| <b>CHAPITRE II: LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE DANS<br/>LES RELATIONS CONTRACTUELLES.....</b>                       | <b>304</b> |
| <b>Section 1: L'équilibre du contrat imposé par la loi.....</b>  | <b>306</b> |
| Paragraphe 1 : Les faiblesses des mécanismes classiques<br>d'équilibrage du contrat.....                         | 306        |
| A – L'équilibre subjectif connu du code civil.....   | 306        |
| 1 – Principe.....  | 307        |
| 2 – Les palliatifs prévus par le code civil.....   | 309        |
| B – Le contrôle de la proportionnalité à travers la notion<br>de cause : une prouesse de la jurisprudence ?..... | 313        |
| 1 – Etat de la jurisprudence.....  | 313        |
| 2 – Limites d'une conception dynamique de la cause.....  | 320        |
| Paragraphe 2 : Les nouveaux moyens légaux d'équilibrage du contrat.....  | 323        |
| A – La recherche de l'équilibre global du contrat : la prise<br>en compte de la lésion.....                      | 324        |
| 1 – Les conditions d'admission de la lésion.....   | 325        |

|  |            |
|--|------------|
| 2 - L'effet réparateur de la lésion.....   | 328        |
| B - La recherche d'un équilibre ponctuel du contrat.....   | 330        |
| 1 - L'interdiction des clauses qui rendent le contrat déséquilibré.....                              | 331        |
| a) Les clauses abusives.....   | 331        |
| b) L'encadrement des clauses limitatives et exclusives de responsabilité.....                        | 333        |
| 2 - L'interdiction d'un usage abusif d'une clause contractuelle.....                                 | 337        |
| <b>Section 2: L'équilibre du contrat préservé par le juge.....</b>                                   | <b>341</b> |
| Paragraphe 1 : Le juge, régulateur de la relation contractuelle.....                                 | 342        |
| A - Le juge, gardien de l'économie du contrat dans<br>les circonstances normales d'exécution.....    | 343        |
| 1 - L'intervention judiciaire, conséquence d'une législation ouverte.....                            | 344        |
| 2 - L'intervention judiciaire pour suppléer aux carences du contrat.....                             | 348        |
| B - Le juge, gardien de l'intérêt du contrat en cas d'imprévision.....                               | 352        |
| 1 - Les controverses doctrinales.....  | 353        |
| a) Les justifications du refus de la révision pour imprévision.....                                  | 353        |
| b) Les critiques contre le refus de la théorie de l'imprévision.....                                 | 355        |
| 2 - La révision pour imprévision dans l'avant-projet<br>d'Acte uniforme sur les contrats.....        | 359        |
| a) Les conditions de la révision pour imprévision.....   | 360        |
| b) La révision conventionnelle.....  | 362        |
| c) La révision judiciaire.....   | 364        |
| Paragraphe 2 : Le juge, gardien de la sécurité juridique.....  | 365        |
| A - La sécurité juridique dans la conception classique du contrat.....                               | 366        |
| B - La sécurité juridique à l'aune de la conception sociale<br>du droit des contrats.....            | 368        |
| <b>Conclusion du titre I.....</b>  | <b>374</b> |
| <b>TITRE II : L'ASSOUPLISSEMENT DES SANCTIONS EN MATIERE<br/>CONTRACTUELLE.....</b>                  | <b>376</b> |
| <b>CHAPITRE I : LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES CONDITIONS<br/>DE FORMATION DES CONTRATS.....</b> | <b>379</b> |
| <b>Section I: Les sanctions réparatrices.....</b>  | <b>380</b> |
| Paragraphe 1 : L'indemnité compensatrice.....  | 381        |
| A - Les justifications de l'indemnité compensatrice.....   | 382        |

|  |            |
|--|------------|
| B - La nature juridique de l'indemnité compensatrice.....                          | 386        |
| 1 - Les controverses doctrinales.....  | 386        |
| 2 - Le caractère autonome de l'indemnité compensatrice.....                        | 388        |
| Paragraphe 2 : La régularisation du contrat contraire à l'ordre public.....        | 392        |
| A - La régularisation du contrat dans le code civil.....                           | 393        |
| 1 - La régularisation et les notions voisines.....                                 | 393        |
| a) La régularisation et la confirmation de l'acte nul.....                         | 393        |
| b) La régularisation et la réfection du contrat.....                               | 395        |
| 2 - Les cas de régularisation prévus par le code civil.....                        | 395        |
| B - La régularisation issue des Principes d'UNIDROIT.....                          | 397        |
| 1 - Conditions.....  | 397        |
| 2 - Domaine.....   | 399        |
| <b>Section 2: L'aménagement de la théorie des nullités.....</b>                    | <b>401</b> |
| Paragraphe 1 : L'allègement de la procédure de mise en œuvre<br>de la nullité..... | 404        |
| A - La nullité extrajudiciaire de principe.....                                    | 404        |
| B - Le contrôle <i>a posteriori</i> du juge.....                                   | 406        |
| Paragraphe 2 : La prévalence des nullités partielles.....                          | 408        |
| A - La suppression des clauses contraires à l'ordre public.....                    | 409        |
| 1 - Les clauses nulles.....  | 410        |
| 2 - Les clauses réputées non écrites.....  | 412        |
| B - La relative neutralisation du caractère substantiel<br>de la clause nulle..... | 415        |
| <b>CHAPITRE II : LA SANCTION DE L'INEXECUTION DU CONTRAT.....</b>                  | <b>419</b> |
| <b>Section 1: La recherche de la survie du contrat.....</b>                        | <b>421</b> |
| Paragraphe 1 : La priorité faite à la réparation en nature.....                    | 423        |
| A - En cas d'une exécution défectueuse.....  | 424        |
| B - En cas de retard dans l'exécution.....   | 429        |
| 1 - Le délai d'exécution supplémentaire.....                                       | 430        |
| a) Le délai d'exécution supplémentaire et le délai de grâce.....                   | 430        |
| b) Le régime juridique du délai supplémentaire d'exécution.....                    | 432        |
| 2 - L'exception d'inexécution.....   | 433        |
| Paragraphe 2 : La réfaction du contrat.....  | 437        |

|  |            |
|--|------------|
| A - Le régime juridique de la réfaction du contrat.....                                    | 438        |
| B - La nécessité d'une généralisation de la réfaction comme sanction de l'inexécution..... | 441        |
| <b>Section 2: Le réaménagement de la rupture du lien contractuel.....</b>                  | <b>445</b> |
| Paragraphe 1 : Un meilleur encadrement de la résolution pour Inexécution.....              | 447        |
| A - L'exigence d'une inexécution essentielle du contrat .....                              | 448        |
| 1 - <i>La notion d'inexécution essentielle.....</i>  | <i>448</i> |
| a) <i>Le respect de l'obligation comme valeur essentielle du contrat.....</i>              | <i>450</i> |
| b) <i>L'incidence de l'inexécution sur les attentes légitimes du créancier.....</i>        | <i>451</i> |
| c) <i>L'inexécution intentionnelle.....</i>  | <i>454</i> |
| 2 - <i>La possibilité d'une résolution préventive à la contravention essentielle.....</i>  | <i>456</i> |
| B - La résolution extrajudiciaire de principe.....   | 457        |
| 1 - <i>Le principe.....</i>  | <i>457</i> |
| a) <i>Les justifications.....</i>  | <i>459</i> |
| b) <i>La mise en œuvre de la résolution extrajudiciaire.....</i>                           | <i>461</i> |
| 2 - <i>Le contrôle a posteriori du juge.....</i>   | <i>466</i> |
| C - La non rétroactivité de la résolution.....   | 469        |
| Paragraphe 2 : La sanction des comportements dans l'évaluation du préjudice.....           | 472        |
| A - Le principe de la réparation intégrale.....  | 474        |
| B - Les palliatifs au principe de la réparation intégrale.....                             | 476        |
| 1 - <i>Le préjudice partiellement imputable au créancier.....</i>                          | <i>478</i> |
| 2 - <i>La conclusion d'un contrat de remplacement.....</i>                                 | <i>481</i> |
| <b>Conclusion de la deuxième partie.....</b>   | <b>484</b> |
| <b>CONCLUSION GENERALE.....</b>  | <b>487</b> |
| ANNEXE.....  | 493        |
| BIBLIOGRAPHIE .....  | 544        |
| INDEX ALPHABETIQUE.....  | 589        |
| TABLE DES MATIERES.....  | 601        |