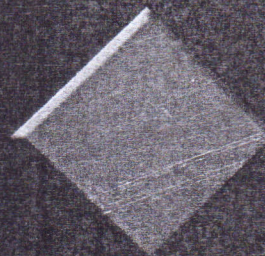


RTSJ



Revue Togolaise des Sciences Juridiques

Juillet - Décembre 2012
N° 0003

PRIX DE VENTE

Togo : 6000 F CFA
Afrique de l'ouest : 8000 F CFA
Autres : 15 euros

RECHERCHES

Interrogations sur l'entrepreneur Page 5

La mutation fonctionnelle du lien contractuel Page 29

Le *favor contractus* et le droit OHADA Page 42

La notion d'*affectio societatis* en droit des sociétés commerciales (OHADA) Page 69

Le Chef de l'Etat dans le constitutionnalisme du renouveau démocratique en Afrique Page 123

Décentralisation et démocratie en Afrique : Les cas du Bénin, du Togo, et du Sénégal Page 141

PRATIQUE

Le rôle du notaire dans la lutte contre le blanchiment des capitaux Page 197

CHRONIQUES

Droit social Page 202

Droit de la famille Page 207

LE FAVOR CONTRACTUS ET LE DROIT OHADA

INTRODUCTION

Le contrat « s'impose à l'ère de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques¹ ». On peut tout faire avec un contrat : promettre, échanger, établir des rapports de pouvoir, créer des êtres juridiques². Bref, le contrat est partout.

Le contrat était conçu par l'analyse classique comme une rencontre de deux intérêts antagonistes qui tentent de l'emporter l'un sur l'autre³. Cette analyse est battue en brèche et il est aujourd'hui question de « favor contractus ». Cette réalité est prise en compte par le législateur de l'OHADA⁴ qui a prévu le maintien du contrat tant que l'opération économique qu'il soutient est encore utile⁵. Cette réglementation privilégie le maintien du contrat et n'autorise son anéantissement que dans certaines hypothèses⁶. Ce faisant, le législateur

communautaire met en œuvre une notion qui connaît un succès sans cesse grandissant : le favor contractus en latin, "in favor of the contract"⁷ en anglais ; "faveur du contrat"⁸ ou "faveur pour le maintien du contrat"⁹ en français.

Le mot latin contractus, de son étymologie contrahere, désigne en français l'acte juridique défini par le code civil en son article 1101 comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire ou à ne pas faire quelque chose¹⁰ ». Pour la doctrine individualiste, le contrat est « un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets¹¹ ». Le contenu du contrat se dédouble¹². En effet, d'une part, le contrat représente l'ensemble des droits et obligations, permettant à l'échange économique de se réaliser. D'autre part, le contrat représente cet échange économique entre des prestations. Le contenu du contrat comprend donc plusieurs éléments qui sont en interaction les uns avec les autres¹³.

Selon les sociologies du droit, le contrat est un fait social qui est encadré par des normes sociales¹⁴. On a pu écrire que « la décision même de contracter est déjà une des matières favorites de la sociologie appliquée »¹⁵. Le contrat est donc révélateur des mécanismes sociaux à l'œuvre dans la gestion des intérêts privés, de la

1 HENNEBEL (L.), LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.), (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 221 ; voir aussi M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *Revue des contrats*, 2006/2, p. 298 : « Le contrat gagne toutes les sphères juridiques, que ce soit en se diffusant au sein du droit public ou en se banalisant au sein du droit privé, qu'il s'agisse du droit substantiel ou du droit processuel, qu'il soit question du discours juridique, politique ou économique ».

2 Pluralisme politique et juridique », in *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p.221. LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.), (dir.), op. cit., p. 1.

3 CABRILLAC (R.), « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription », in *Le contrat en Europe. Aujourd'hui et demain*, Colloque du 22 juin 2007, Société de Législation comparée, Paris, 2008, p. 83.

4 Le Traité portant création de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des affaires a été signée le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) quatorze Etats de l'Afrique francophone (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, République du Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo). Devenus seize (16) avec l'admission de la Guinée et de la Guinée Bissau, les Etats membres ont accueilli un nouveau membre: la République Démocratique du Congo en 2011. Le succès de cette organisation a fait écrire à des auteurs qu'elle était « le motif le plus important de fierté dans le cadre de la célébration du cinquantenaire des indépendances » : SOSSA (C. D.) et DJOGBENOU (J.), *Introduction à l'étude du droit. Perspectives africaines*, Cotonou, Les éditions du CREDI, 2012, p.160. Voir aussi, PAILLUSSEAU (J.), « Une révolution juridique en Afrique francophone : l'OHADA » in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999.

Il convient de faire observer que l'OHADA a un lointain prédécesseur, le Bureau africain et malgaches et d'études législatives (BAMREL), institué aussi à Port-Louis par la Convention de l'Organisation commune africaine et malgache (OCAM) du 5 juillet 1975. Le BAMREL a été abandonné faute de moyens. Cf. POUGOUÉ (P-G.), « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », in POUGOUÉ (P-G.) (dir.) *Encyclopédie juridique OHADA*, Lamy, 2011, pp. 1317 et s.

5 ALPA (G.), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ 2001, p.6.

6 Santos (P.A.) et TOE (J. Y.), *Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 658, p.408.

7 KELLER (B.), « Favor contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract », *Simmons et Hill* (2008), p.247.

8 MAZEAUD (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », in *Le contrat en Europe. Aujourd'hui et demain*, colloque du 27 juin 2007, Société de Législation comparée, Paris, 2008, pp. 97-114.

9 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », *La Revue du CERDIP*, vol. 2, n° 1, janvier-juin 2003, n° 3, p.5.

10 Pour une lecture critique de cette définition, cf. M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », art. précit., p. 299 : « ..., cette définition, comme beaucoup d'autres au sein du Code Napoléon, n'a pour seul but que d'éclairer le débat et non de le circonscrire ».

11 GHESTIN (J.), « La notion de contrat », D. 1990, Chr. XXVII, p.156 ; GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993, not. n. 4, p.3 et s. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, t.4, Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., §15, p.50 ; BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, n° 12, p.10 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n.17, p.27 et s., MALINVAUD (Ph.), *Droit des obligations*, Paris, Litec, 9^e éd. 2005, n.49, p.34.

12 FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002, p. 157.

13 Idem.

14 ALPE (Y.), *Lexique de sociologie*, Paris, Dalloz, 2010, p.61.

15 CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, p.259.

sujétion de celle-ci à la vie en société, de la recherche permanente de compatibilité avec l'intérêt général de la société¹⁶.

La théorie du droit distingue « le contrat en tant que fait créateur de droit et les normes créées par ce contrat »¹⁷. En effet, quand on parle de la conclusion du contrat, l'on entend par là les actes ou les actions qui constituent le fait créateur de droit. On évoque aussi la validité d'un contrat; il s'agit alors de normes créées par ce fait¹⁸. Les normes ainsi créées sont tantôt des normes individuelles¹⁹, tantôt des normes générales²⁰.

L'anthropologie juridique donne à penser que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines²¹.

Pour Hegel²², le contrat est le produit du libre arbitre ; la volonté identique qui devient existante dans le contrat n'est posée que par les deux parties contractantes. On ne s'est donc pas trompé en écrivant que le contrat était un pilier du droit²³.

La notion de contrat (au singulier), ou tout au moins celle de contrats (au pluriel), est relativement ancienne²⁴. Il constitue la plus importante source d'obligations²⁵.

La faveur ou favor en latin est une « décision indulgente qui avantage quelqu'un »²⁶. Pour le Vocabulaire juridique, la faveur désigne un avantage particulier, une marque de bienveillance, une protection spéciale, un bienfait accordé par la loi, au-delà du droit commun ou de la simple logique, à certaines catégories de personnes éminemment dignes d'intérêt.²⁷ Ces deux définitions ont en commun le mot « avantage » accordé à quelqu'un.

En droit international, le mot faveur apparaît dans la « clause de la nation la plus favorisée ». Il s'agit d'une

technique conventionnelle ancienne²⁸ par laquelle « un Etat s'engage à accorder à un autre Etat ou aux ressortissants de celui de traitement le plus avantageux qu'il a déjà accordé ou qu'il viendrait à accorder à un autre partenaire (Etat tiers ou ressortissant de celui-ci) »²⁹.

La faveur apparaît également en droit du travail et permet de désigner une règle dont la teneur varie suivant les occurrences. A minima, il s'agit de se référer à la règle signifiée par l'énoncé de l'article 7 Code du travail³⁰ aux termes de laquelle : « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ». Par induction amplifiante, on vise une règle qui peut aller jusqu'à considérer que lorsque deux règles de droit de source distincte portant sur le même objet ou ayant la même cause sont applicables à la relation de travail salariée ou aux rapports professionnels, il convient de faire application de la règle la plus favorable aux salariés³¹.

Le mot "faveur" présente des affinités avec celui de grâce. Dans le langage courant, le mot "grâce" désigne la « faveur que l'on fait sans y être obligé »³². Selon le Doyen Carbonnier, la grâce, « c'est ce dépassement de la force exécutoire par une fraternité invisible des contractants »³³. Ce mot est omniprésent en droit, notamment en matière pénale³⁴, en matière administrative³⁵ et en matière civile. Dans ce dernier cas, le « juge peut accorder au débiteur, au détriment du créancier, des délais pour s'exécuter, qu'il s'agisse d'une dette d'une somme d'argent ou, plus largement, d'une obligation quelconque, notamment d'une obligation

16 BOUDOU (R.) (dir.), Dictionnaire de la sociologie, Paris, Larousse, 1996, p.56.

17 Kelsen (H.), Théorie pure du droit, Traduit par Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999, p.257.

18 Idem.

19 Ont par exemple le caractère de normes individuelles, les clauses d'un contrat de vente qui oblige l'une des parties à livrer à l'autre par un acte unique un certain objet et l'autre partie à payer en une fois une certaine somme d'argent.

20 Les contrats ont le caractère de normes générales, lorsqu'ils n'obligent pas à une prestation unique, ou à une prestation et à une contre-prestation uniques, mais à un nombre indéterminé de prestations et de contre-prestations.

21 Rouland (N.), Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988, n° 158-159.

22 HEGEL (F.), Principes de la philosophie du droit, Paris, Gallimard, 1940, p.107-108.

23 CARBONNIER (J.), Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,

24 GHESTIN (J.), « La notion de contrat », Recueil Dalloz, 1990, p. 147.

25 ROBAYE (R.), Le droit romain, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.195.

26 Dictionnaire, Le petit Larousse illustré, 2008, p.411, V° faveur.

27 CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2004, p.399, V° faveur.

28 Sa pratique devient courante dans les capitulations des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, puis systématique dans les traités de commerce conclus depuis le XVIII^{ème} siècle. On la retrouve ensuite invariablement dans les conventions d'établissement et dans les traités de promotion et de protection des investissements étrangers apparus au XX^{ème} siècle. Cf. DAIGREMONTE (C. C.), La nation la plus favorisée, Thèse dont le résumé est disponible sur le site www.u-paris 2.fr/.../com.univ.collaboratif.utilis, consulté le 18 novembre 2011 à 12h50.

29 G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 596, v° 596. Voir notamment, DAILLER (P.) et PELLET (A.), Droit international public, Paris, LGDJ, 2002, p.245 ; MAYER (P.) et HEUZE (V.), Droit international privé, Paris, Montchrestien, 2001, p. 655.

30 Voir aussi article L.2251-1 du code du travail français.

31 GUILLEIN (R.) et Vincent (J.), Lexique de termes juridiques, Paris, Dalloz, 2010, p.565.

32 Dictionnaire, Le petit Larousse illustré, 2008, p.476, V° Grâce.

33 CARBONNIER (J.), Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, LGDJ, 2001, p. 337.

34 Le délinquant doit, en justice, subir la peine à laquelle ses juges l'ont condamné. Néanmoins, le Chef de l'Etat peut le dispenser, en tout ou partie, de l'exécuter. Voir sur ce point les articles 60 et 130 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Pour les modalités d'application, voir articles 21 et s. de la loi organique n° 94-027 du 15 juin 1999 relative au Conseil supérieur de la magistrature, JORB, n° 17 du 1^{er} septembre 1999, p. 668.

35 En matière de décisions administratives, avant d'en venir à la phase contentieuse, « l'administré demande aimablement à l'autorité administrative concernée de revenir sur sa position.(...) : ce que l'on demande à l'autorité, c'est une certaine indulgence qui, à la limite, peut la conduire à renoncer à faire valoir ses droits, même si, au fond, elle pense avoir raison » : SERIAUX (A.), « Réflexions sur les délais de grâce », R.T.D. Civ. (4), oct.-déc.1993, p.789.

de faire »³⁶. Les délais de grâce³⁷ se multiplient, ils constituent même aujourd'hui le droit commun en ce sens que, sauf prohibition légale expresse³⁸ ou tacite³⁹, d'ailleurs en régression⁴⁰, tout débiteur est en droit de demander au juge l'octroi de délai de grâce en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 39⁴¹ de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE)⁴².

On peut alors définir le favor contractus l'ensemble des solutions permettant de sauver le contrat utile. Le favor contractus participe de la flexibilité du droit qui a connu sa notoriété dès le début des années 1970 grâce à l'ouvrage du Doyen Carbonnier⁴³ avant d'être reprise par d'autres auteurs⁴⁴. être rattaché à la flexibilité. En droit des contrats, l'expression de favor contractus semble récente. Cette expression apparaît en doctrine au lendemain de l'adoption de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) du 11 avril 1981. Elle est utilisée par les auteurs pour mettre en exergue les dispositions de cette convention en matière de sauvetage du contrat.

L'étude du favor contractus dans le droit OHADA mérite d'être menée pour deux raisons. Il s'agit d'abord de contribuer à la réflexion sur le droit OHADA qui, faut-il le rappeler, a connu un renouveau à la faveur des assises

intervenues à Lomé en 2010⁴⁵. La seconde est que le sujet présente un lien certain avec le développement économique qui est l'un des objectifs du droit OHADA⁴⁶. En effet, le favor contractus est présenté comme un ensemble de mécanismes permettant d'éviter un gaspillage des ressources financières et de renforcer des liens dans un contexte où il est de plus en plus question de partenariat « gagnant-gagnant ».

Pour cerner la problématique du sujet, il faut prendre appui sur les travaux déjà consacrés au favor contractus. Pour M. Emmanuel S. DARANKOUM, le favor contractus « veille à privilégier la naissance du lien contractuel ainsi que la survie de ce dernier, et ce, en limitant les cas où la validité de ce lien contractuel pourrait être mise en cause comme ceux où il pourrait être résilié de manière précipitée ou peu justifiée... »⁴⁷ Dans une étude consacrée au droit européen, M. Denis MAZEAUD⁴⁸, traite aussi de la faveur du contrat à travers un certain nombre de solutions qui permettent de « sauver un contrat » susceptible d'être anéanti pour divers motifs. Le Professeur Marcel FONTAINE, quant à lui, soutient que le favor contractus imprègne de plus en plus les développements contemporains du droit des contrats⁴⁹. L'auteur soutient que cette notion est manifeste dans les Principes d'UNIDROIT et l'avant-projet OHADA sur les contrats. M. Achille André NGWANZA, en ce qui le concerne, part de l'étude d'un certain nombre de dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats pour aboutir à la conclusion que ces dispositions relèvent de la favor contractus et constituent des tempéraments au pouvoir unilatéral d'extinction du contrat⁵⁰. Pour Mme Luca G. CASTELLANI⁵¹, le principe de favor contractus devient de plus en plus populaire du

36 En ce sens, Paris, 28 nov. 1990, D. 1991, IR. 30.

37 Prévu dès le Code civil de 1804, le délai de grâce a fait l'objet de plusieurs révisions : Cf. SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n°186 ; du même auteur, « Réflexion sur les délais de grâce », *RTD civ.* (4), oct.-déc. 1993, pp.789 et s. ; GAVALDA (C.), « Le délai de grâce judiciaire de l'article 1244 et s. du Code civil... », *Droit et patrimoine*, numéro 48, avril 199, pp.62-63.

38 Par exemple, l'art.1244-1 al.4 c.civ. exclut tout délai de grâce pour le paiement des dettes d'aliments.

39 Ces prohibitions peuvent être inspirées par exemple du caractère impératif ou spécial de telle réglementation : en matière de cotisation de sécurité sociale, Soc.16 avr. 1992, *Bull.civ. V*, n° 266 ; en matière fiscale, Pau, 26 sept.1991, *Juris-Data*, n° 046735.

40 Un exemple, abrogation, par l'article 63 L.86-1290 du 23 déc., de l'article du D.-L. de 28 févr. -9 avr. 1852 sur les sociétés de crédit foncier aux termes duquel « les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement des annuités », cf. Lyon, 24 sept. 1987, *J.C.P.* 1988.II.20980 ; TGI Laon, 11 déc. 1986, *J.C.P.* 1987, *Bull. civ. II*, n° 181.

41 Aux termes de cet article, « 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 ». Pour quelques applications, voir : CA, Bouaké, n° 85-2000, 24 mai 2000 (inédit) ; N'Djamena n° 441/99, 7 octobre 1999 (inédit) ; Abidjan, Civ. N°683, 3 mai 2000 (inédit) ; Cotonou, n°163-2001, 21 juin 2001 (inédit).

42 J.O. OHADA, n°6, 01/06/98, p.1 et s. Pour une étude sur la question, voir par exemple, ESSAMA (J.A.), « Les délais de grâce avec l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant voies d'exécution », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 1, n° 3, 2003, pp. 149 et s.

43 Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.

44 Cf. notamment, SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*, 40 (4), oct.-déc. 1987, p. 457 ; LYON-CAEN (G.), « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p.802.

45 Les travaux de Lomé ont abouti le 15 décembre 2010 d'une part, à la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général et de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et d'autre part, à l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (JO/OHADA, 15^e année, n° 22, du 15 février 2011).

Sur le processus de révision et d'adoption de ces actes uniformes, voir POUGOUE (P.-G.) et alii, « Actes uniformes », in POUGOUE (P.-G.) (dir.) *Encyclopédie juridique OHADA*, op. cit., pp. 33 et s.

46 Le Traité instituant l'OHADA a pour objet « l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour règlement des différends contractuels ». (article 1^{er}).

47 Darankoum (E. S.), « 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 », *Rev. dr. unif.*, 2008, p.230.

48 MAZEAUD (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », in *Le contrat en Europe. Aujourd'hui et demain*, colloque du 27 juin 2007, Société de Législation comparée, Paris, 2008, pp. 97-114.

49 FONTAINE (M.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *Rev. dr. unif.* 2008, p.208.

50 NGWANZA (A. A.), « L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2008, pp.497-501.

51 CASTELLANI (L. G.), « Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI », *Communication écrite préparée pour les Actes du Colloque sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats*, *Rev. dr. unif.* 2008, p.107.

fait de sa capacité à refléter les réalités économiques. M. Etienne NSIE démontre que le législateur OHADA, s'inspirant de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, a retenu surtout en Droit commercial général des solutions originales qui permettent le « maintien du contrat chaque fois que son sauvetage est encore possible, c'est-à-dire quand il a encore une utilité économique »⁵².

Ces auteurs ont envisagé le favor contractus en droit de la vente commerciale qui constitue un domaine de prédilection de cette notion. L'analyse ne se limitera pas à cette matière, mais s'étendra au droit de l'arbitrage et au droit des sociétés, des champs investis par le favor contractus et qu'il convient d'explorer. De ce point de vue, le champ opératoire est plus large : la consécration du favor contractus est étendue (II). Ce choix du législateur est sans nul doute justifié par les vertus de ce concept.

Ce qui renvoie au contexte théorique et pratique de réception du favor contractus : la consécration du favor contractus était attendue (I).

I-UNE CONSÉCRATION ATTENDUE

Dans l'approche du contrat-instrument, « le contrat est conçu comme une simple technique de réalisation d'obligations »⁵³. C'est un « instrument d'échange économique »⁵⁴. Son exécution aboutit à la résolution⁵⁵ ou la résiliation⁵⁶ du contrat. En revanche, la consécration du favor contractus marque l'avènement de la conception du « contrat-relation » qui impose un devoir de collaboration aux parties. Il ne s'agit plus tant de sanctionner l'une des parties, que de relancer la dynamique contractuelle par une adaptation aux

circonstances⁵⁷. Cette option tire ses racines au double plan théorique (A) et pratique (B).

A- L'attente au plan théorique

L'attente du favor contractus a été marquée par le rayonnement des conceptions qui traduisent l'humanisation des rapports contractuels. A travers l'exigence de la coopération contractuelle (1) le triomphe de la théorie l'utilité du contrat (2), la doctrine a contribué à l'instauration d'un nouvel ordre contractuel.

1- L'exigence de coopération contractuelle

Le mot coopération désigne « l'action de participer à une œuvre commune »⁵⁸. Selon le Professeur Paul Gérard POUGOUE, l'exigence de coopération est désormais entrée définitivement dans le champ contractuel où elle a pu trouver une place distincte d'autres exigences contemporaines de plus en plus nombreuses en matière de contrat comme l'obligation de loyauté ou encore la solidarité contractuelle⁵⁹. La notion de coopération contractuelle tend à se substituer à celle de solidarité contractuel qui tire ses origines chez Emile DURKHEIM⁶⁰, a été particulièrement repris par Léon BOURGEOIS⁶¹ et a beaucoup inspiré René DEMOGUE qui a présenté le contrat comme « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »⁶². En effet, le terme solidarité implique la notion d'aide et de prise en charge, alors que la coopération implique un comportement actif de la part de chacun. Si la solidarité est réciproque dans son esprit, elle est unilatérale dans sa mise en œuvre. Elle s'exprime au moment de la défaillance. La solidarité impliquerait de la part du créancier une renonciation sans compensation à son endroit alors que la coopération traduit ce qu'il est coutume de désigner aujourd'hui par l'expression « Gagnant-gagnant ».

52 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », La Revue du CERDIP, vol. 2, n° 1, janvier-juin 2003, n° 3, p.5.

53 ROCHFELD (J.), « La rupture efficace », in JAMIN (C.), (dir.), Droit et économie des contrats, Paris, LGDJ, 2008, p. 171.

54 Sur cette conception et ses soubassements historiques, PUGHON (J.-M.), Historique doctrinale de l'échange, préf. J.-P. BAUD, LGDJ, 1987.

55 Les rédacteurs du Code civil avaient en tête, pour la conception et la mise en œuvre de la résolution, deux impératifs. Un souci de moralité, d'une part, au sens où, la parole ayant été donnée par chacune des parties à son partenaire et la force obligatoire du contrat s'appliquant aux obligations convenues, il n'était guère envisageable que le contrat meurt sans avoir été exécuté. Dès lors, sauf manquement grave de la part de l'une des parties qui justifierait que l'on reconnaisse la faillite de l'accord, l'exécution du contrat ne pourrait être interrompue, la résolution s'imposant comme un ultime recours. Un souci d'humanité, d'autre part, au sens où, même dans le cas d'une inexécution et, partant, d'un manquement de l'un des contractants, il revient au juge, à la suite d'une balance des intérêts et par le biais de son pouvoir modérateur, de déterminer si la sanction radicale de la résolution doit s'abattre ou s'il n'y a pas lieu de modérer la demande de sanction du créancier insatisfait. Cf. ROCHFELD (J.), « La rupture efficace », in JAMIN (C.), (dir.), op. cit., p. 172.

56 En ce qui concerne la résiliation, elle s'est d'abord trouvée justifiée par la prohibition des engagements perpétuels : nul ne pourrait être contraint de rester dans un contrat sans terme ; tout contrat à durée indéterminée offre ainsi une faculté d'en sortir. Elle se fonderait aujourd'hui sur le respect de la liberté individuelle. Cf. ROCHFELD (J.), « La rupture efficace », art. précit., p.173.

57 LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », Rev. des sociétés 1995, p.437.

58 Dictionnaire Le Petit Robert, Paris, 2000, p. 526, V° coopération.

59 POUGOUE (P.-G.), « Notion de droit OHADA », art. précit., n° 47, p. 1216.

60 De la division du travail social, Paris, PUF, 1998.

61 Solidarité, Edition universitaire du Septentrion, 5^e édition, 1998

62 Traité des obligations en général, t. 6, Paris, 1911, n° 3. A sa suite, un courant d'auteurs, prônant le solidarisme contractuel, considère le contrat comme une œuvre de coopération entre partenaires, réclamant notamment un renforcement du devoir de loyauté entre contractants : Mazeaud (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges F. TERRE, PUF-Juris-Classeur-Dalloz, 1999, p.603 et « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p.295 ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441. Ad. : JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.) La nouvelle crise du contrat, Paris, Dalloz, 2003 ; GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), Le solidarisme contractuel, Paris, Economica, 2004 ; CEDRAS (J.), « Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation 2003 », La documentation française, 2004, p. 215 et s. Comp. LEQUETTE (Y.), « Le bilan des solidarismes contractuels », in Etudes de droit privé, Mélanges P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247.

Au-delà de ces considérations, la coopération tout comme le solidarisme déplace l'angle d'observation du contrat. On appréhende le contrat à l'aune des droits fondamentaux. Dans ce cas, c'est l'individu qui est mis en avant. Par conséquent, au lieu de se focaliser sur le contrat, on va s'intéresser à la personne du contractant⁶³. Traduire dans le contrat les exigences imposées par les droits fondamentaux va favoriser l'émergence de nouvelles normes comportementales pour les contractants. Il est alors permis de croire en l'avènement de droits fondamentaux du contractant, qu'on a également pu identifier sous l'expression de « droits de la personnalité du contractant »⁶⁴. On pourrait, par exemple, reconnaître le droit fondamental à la proportionnalité de la relation contractuelle qui pourrait mener au rééquilibrage du contrat. On sait que les Principes de droit européens des contrats⁶⁵ et le projet de Code européen des contrats⁶⁶ consacrent déjà la possibilité de rééquilibrage en cas de changement de circonstances. Mais on peut ne considérer cela que comme un premier pas⁶⁷. Tout ce possible n'est envisageable que si le contrat est utile.

2- L'utilité du contrat

L'utilité s'entend comme « le caractère de ce qui est utile »⁶⁸ c'est-à-dire ce dont « l'usage, l'emploi est ou peut être avantageux »⁶⁹. L'utilité est une notion clef dans toute relation contractuelle puisque le contrat n'est qu'un moyen pour les parties de satisfaire un intérêt⁷⁰. C'est un critère essentiel de mis en œuvre du favor contractus. Si une personne contracte, c'est parce qu'elle y trouve un intérêt, préexistant au contrat lui-même, que la conclusion ne que réaliser. Cet intérêt, cette utilité recherchée par le contrat, peut être comparé à la fusion des causes objective et subjective dans la théorie des contrats: la première motivation de contracter, dans les contrats synallagmatiques, est la recherche de l'objet de l'obligation de l'autre partie (transfert de propriété d'un matériel quelconque, d'un appartement, la jouissance d'un logement, l'assurance contre un risque, etc.). Cette cause objective n'est en fait que le moyen choisi par le contractant pour atteindre l'objectif qu'il poursuit,

cause subjective ou mobile du contrat, lequel varie avec chaque contractant.

Le Doyen GHESTIN⁷¹ distingue l'utilité particulière qui s'apprécie par rapport à chaque des parties contractantes de l'utilité publique très proche de l'intérêt général et qui permet notamment de réaliser des opérations socialement utiles⁷². Tant l'une de ces utilités serait en jeu, le contrat gagnerait à être sauvé. A contrario, lorsque le contrat cesse d'être utile, sa disparition ne devrait souffrir d'aucune hésitation.

Ces considérations théoriques ne sauraient être dissociées des aspects pratiques de la consécration du favor contractus.

B- L'attente au plan pratique

La création de l'OHADA correspond à une réaction salutaire et concertée à l'obsolescence et à l'inadéquation du droit commercial de nombreux Etats d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale. Le souci du législateur de l'OHADA est de créer un environnement juridique propice au développement des Etats membres de cette organisation. A cet effet, il a fortement tenu compte du contexte international qui était marqué par l'adoption d'un certain nombre d'instruments propres au commerce international (1). De son côté, la jurisprudence a adopté des solutions favorables au maintien du contrat (2).

1- Le contexte du commerce international

La faveur pour le contrat apparaît comme l'un des principes fondamentaux du commerce international⁷³. Dans une économie largement mondialisée, le législateur de l'OHADA ne pouvait que se montrer réceptif des règles du commerce international. Il a été pris en compte à des degrés divers aussi bien dans les Actes uniformes déjà adoptés que dans ceux en cours d'adoption⁷⁴. Madame Delmas-Marty avait prévenu que: « en dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition de normes

63 PELISSIER (A.), « La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats », in *Le contrat en Europe*, op. cit., p. 35.

64 PIGNARRE (L-F.), note ss. *Civ.1^{ère}*, 7 févr. 2006 et *Soc.*, 12 juill. 2005, *Les petites affiches*, n°187 du 19 sept. 2006, p.7 et s.

65 Article 6.111.

66 Article 157.

67 PELISSIER (A.), art. précit., p. 35.

68 Dictionnaire le Petit Robert, op. cit., p.2628, V° utilité.

69 Ibidem, V° utile.

70 Querdane-Aubert de Vincelles (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, p.56.

71 GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, L'utile et le juste, 1981, p.41.

72 Voir aussi AUBERT (J.-L.), *Le contrat*, Coll. « Connaissance du droit », 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 20.

73 NGUIHIE KANTE (P.), « La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA » in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, PUAM, Vol. 1, 2010, p. 238 : « Cette orientation semble justifiée dans le contexte du commerce international et intra-communautaire en Afrique : dès lors que les marchandises ont été livrées, la résolution du contrat justifierait leur rapatriement avec des coûts et risques supplémentaires de transport et d'assurances, voire leur vente sur place à un prix souvent soldé ».

74 Cf. KENFACK DOUANJI (G.), « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », *Penant*, n° 851, avril-juin 2005, p. 174 ; SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), *Droit commercial général*, op. cit., n°7, p. 4.

nationales, régionales, et mondiales ni la surabondance d'institutions et de juges nationaux et internationaux à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus qu'une défaite du droit, c'est peut-être d'une mutation qu'il s'agit, une mutation de la conception même de l'ordre juridique⁷⁵. Plus concrètement, les rédacteurs des différents Actes uniformes se sont inspirés de textes internationaux majeurs tels que la Convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises (CVIM)⁷⁶ dont on retrouve les traces dans les règles relatives à la vente commerciale OHADA organisée par l'Acte uniforme portant Droit commercial général⁷⁷, les règles de la Chambre du commerce international, les textes de la CNUDCI⁷⁸ présente en matière d'arbitrage ou de procédure collective. Une telle option ne surprend guère lorsque l'on sait qu'à travers le Traité OHADA, les Etats africains poursuivent essentiellement l'instauration d'un environnement favorable au développement économique⁷⁹. Les autorités ont en effet compris que la sécurité juridique et judiciaire inspire la confiance, l'esprit d'entreprise, de conquête et la croissance⁸⁰. Il s'agit donc de moderniser le droit des affaires dans les Etats membres de l'OHADA afin de permettre à ces Etats de prendre une part active à la mondialisation.

La présence de ces normes du droit international privé dans les règles matérielles de l'OHADA présente un avantage certain. Elle facilite les transactions internationales. Ainsi les investisseurs étrangers qui souhaitent contracter avec des entreprises situées sur le territoire de l'OHADA auront, lorsque cela s'impose,

75 Extrait de la leçon inaugurale de la chaire Etudes juridiques comparative et internationalisation du droit, Du désordre mondial à la force du droit international, 20 mars 2003, Collège de France, Fayard, 2003.

76 La CVIM a été conçue pour remplacer les conventions de 1964 (la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI) et la loi uniforme sur la formation du contrat de vente internationale des objets mobiliers corporels (LUFV)). Dans l'ensemble, il était reproché à ces conventions un excès de dogmatisme et de complexité, tant pour le juriste que pour le profane ; et surtout, les pays non-occidentaux ressentent le fait de n'avoir pas été suffisamment représentés lors de leur élaboration. Cf. AUDIT (B.), La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris, LGDJ, 1990, p.7. ; « Présentation de la Convention », in La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989, Paris, LGDJ, 1990, p.15.

77 POUGOUE (P.-G.), « Notion de droit OHADA », art. précit, n° 7, p. 1205.

78 La Conférence des Nations Unies pour le Droit Commercial International est un organe subsidiaire des Nations unies créé à la suite de la conférence de Genève de 1964. Il a pour objectif d'établir un régime général de commerce international intégrant les intérêts des Etats en développement.

79 Selon Martin KIRSCH, la situation qui prévalait pouvait se résumer par la formule suivante : insécurité juridique et judiciaire. L'insécurité juridique s'explique notamment par la vétusté, dans certains Etats, des textes juridiques en vigueur : la plupart d'entre eux datent du temps de la colonisation. Il suffit de citer 1807 pour le Code de commerce et 1925 pour les SARL pour comprendre que ces textes ne correspondent plus au tissu économique actuel... L'insécurité judiciaire découle d'une dégradation reconnue par tous, de la façon dont est rendue la justice. Elle a pour source notamment, un manque de moyens matériels, une formation insuffisante des magistrats et des auxiliaires de justice : Martin KIRSCH, « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », Penant, n°827, 1998, p.130.

80 ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES - OBLE (J.), OHADA, Harmonisation du droit des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.92.

à appliquer des normes et concepts qui ne leur sont pas totalement nouveaux parce qu'ils correspondent à ceux utilisés habituellement dans d'autres relations commerciales⁸¹. Par ailleurs, au sein même des Etats membres, les règles de l'OHADA bien que nouvelles ne seront pas totalement étrangères aux acteurs économiques, encore moins à la jurisprudence.

2- La réponse jurisprudentielle

La vocation de la jurisprudence à constituer une source de droit trouve une autre illustration dans l'avènement du favor contractus. Il serait prétentieux d'envisager ici les multiples solutions consacrées dans ce sens. Il est cependant possible de s'attarder sur quelques exemples tirés du droit de la vente commerciale (l'admission de la résolution partielle) et du droit des sociétés (le recours à la notion d'intérêt social pour infléchir plusieurs règles et solutions consacrées).

Prenant conscience de l'effet particulièrement énergétique de la résolution, les tribunaux, approuvés par la doctrine, ont cherché à la limiter. Ils ont donc prononcé des résolutions partielles. Pour justifier leur décision, ils invoquent l'équité qui se veut modératrice et, par-là, créatrice⁸². Modératrice, parce que la résolution partielle se veut un assouplissement à la résolution de l'article 1184. Créatrice, parce que la résolution partielle est née de la pratique⁸³. Ainsi, saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, le juge doit procéder à la balance des intérêts en présence, parce qu'« il faut à la fois débarrasser le circuit économique des mécanismes morts et favoriser la survie de ceux qui peuvent encore jouer leur rôle, fut-il partiel, sans pour autant faire la part trop belle au débiteur tout de même défaillant, ni causer une gêne excessive au créancier, déjà victime des attermolements de son partenaire⁸⁴. La résolution partielle se veut un compromis dans la mesure où il n'y a ni perdant ni gagnant. Elle n'a pas de coloration punitive. Le juge ne désigne pas un débiteur coupable, il recherche l'exécution des obligations, même en deçà des prévisions des parties⁸⁵. Le juge éprouve une compassion à l'égard du débiteur défaillant de bonne foi. Il exige du créancier qu'il fasse preuve de loyauté contractuelle, voire de solidarité, en restant lié à son cocontractant. Parce que le contrat présente encore une utilité, parce que le créancier a été partiellement satisfait, le débiteur

81 POUGOUE (P.-G.), « Notion de droit OHADA », art. précit. n° 47, p. 1205.

82 KAYSER (P.), « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », R.R.J., 1999-1, p.13 et s.

83 RIGALLE-DUMETZ (C.), La résolution partielle du contrat, Paris, Dalloz, 2003, p.101.

84 DEPREZ (J.), Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, rapp. préc., p.46.

85 RIGALLE-DUMETZ (C.), La résolution partielle du contrat, Paris, Dalloz, 2003, p.100.

ne doit pas subir une sanction disproportionnée⁸⁶. Un arrêt rendu le 25 mars 1997 par la première Chambre civile de la Cour de cassation en est une illustration. Les faits de l'espèce sont les suivants. Un particulier avait reçu livraison de piquets de clôture comportant un défaut de percement. Le juge d'instance a cependant condamné l'acquéreur au paiement de la facture de livraison au motif que ni la résolution ni la réduction de prix n'étaient demandées. La Cour de cassation⁸⁷ censura cette décision, car si l'acquéreur avait accepté de conserver la marchandise défectueuse, il contestait en devoir le prix. Le tribunal n'avait donc pas déduit les conséquences légales de ces constatations au regard de l'article 1604 du Code civil. Dans le commentaire de cet arrêt, M. Paisant fait appel à l'évidence. Il estime que si l'acheteur accepte de conserver une marchandise d'une qualité inférieure à celle commandée, « ce ne peut être, à l'évidence, que moyennant une diminution du prix initialement convenu⁸⁸. » L'évidence est ici synonyme de juste commutatif. M. Sériaux souligne également que « dans son inspiration fondamentale, le droit des obligations est un droit des commutations. Ce qu'il recherche, c'est le juste dans les échanges de biens⁸⁹. »

En droit des sociétés, la jurisprudence a joué un rôle considérable dans l'infléchissement des normes et des principes en atténuant les inconvénients tenant à un respect trop rigide de ces règles⁹⁰. Les tribunaux se sont servis notamment de l'intérêt social, notion à contenu variable⁹¹. En effet, ayant repéré toute la souplesse que permettait l'appel à ce concept flou, les juges en ont fait un usage plus important dans d'autres hypothèses non visées par les textes⁹². A titre illustratif, l'intérêt social intervient pour l'appréciation de la validité des conventions de vote. Certes, l'intérêt social n'est pas l'unique critère de validité, mais il y intervient pour donner encore plus de souplesse à la solution prétorienne⁹³.

Par ailleurs, il est classiquement admis par la jurisprudence que la nullité des sociétés peut être

couverte⁹⁴. Par diverses décisions en ce sens, les juridictions ont eu à affirmer que lorsque la cause de nullité a cessé avant l'introduction de la demande en nullité, la société échappe à l'annulation⁹⁵. Lorsque le contrat échappe à l'annulation, il est exécuté. Ce qui participe de l'esprit de protection contractuelle qui anime le favor contractus dont le champ d'application va grandissant.

II- UNE CONSÉCRATION ÉTENDUE

Le favor contractus imprègne tout le droit OHADA. Ses manifestations se cristallisent non seulement en droit positif à travers le droit de la vente commerciale⁹⁶, de l'arbitrage⁹⁷ et des sociétés commerciales⁹⁸, mais également dans l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats⁹⁹. De toute évidence, il s'agit d'assurer le sauvetage du contrat tant qu'il présente encore une utilité pour les parties. Ainsi, le favor contractus se traduit par l'éviction de la nullité (A) et un contournement de la résolution (B) du contrat.

A- L'EXTENSION TENANT À L'ÉVICTION DE LA NULLITÉ

La théorie générale est encadrée par les règles du consensualisme, de la liberté contractuelle et de la force obligatoire qui, sans être remises en cause par le favor contractus, sont fortement assouplies. Cette rigueur favorisait l'anéantissement du contrat : « que du néant rien ne puisse sortir »¹⁰⁰.

A l'étape de la formation, le contrat est inefficace s'il manque l'une des conditions qui lui sont essentielles, ou si telle de ces conditions se trouve viciée¹⁰¹. On distingue

86 Ibidem., cit., p.101

87 Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1997, Michel c/ SARL Ets Hurinville, JCP 1997, éd. E, pan. 534, et éd. G. IV. 1106 ; D.1997, I.R., p.110, somm., p.345, note G. PAISANT.

88 PAISANT (G.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 1997, Michel c/SARL Ets Hurinville, D. 1997, somm., p. 345.

89 SERIAUX (A.), Droit civil, Droit des obligations, 2^e éd., Collection droit fondamental, PUF, p. 761, n° 228.

90 Cf. SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », art. précit., n°78, p. 486.

91 Sur la notion, voir notamment, PERELMAN (Ch.) et VAN DER ELST (R.) (dir.), Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984 ; Stéphane RIALS, Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Paris, LGDJ, 1980 ; du même auteur, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN (Ch.) et VAN DER ELST (R.) (dir.), op. cit., p. 39.

92 SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », art. précit., n°69, p. 483.

93 Ibidem, n°73, p. 484

94 ANOUKAHA (F.) et alii, op. cit., p.114.

95 Voir par exemple, Trib. Civ. Seine, 14 juin 1906, Rev. soc., 1906, 391.

96 Acte uniforme portant Droit commercial général. Adopté en 1999, il a fait l'objet d'une révision à Lomé le 15 décembre 2010, cf. JO OHADA, n° 23, 15 février 2011, pp. 5 et s.

97 Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage du 11 mars 1999, compété par le règlement d'arbitrage de la même date (voir J.O. OHADA, 15 mai 1999).

98 Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997, (J.O. OHADA, n° 2, 01/10/97, p.1 et s.).

99 Composé de 213 articles dotés de numérotation provisoire, l'Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats s'est inspiré des Principes d'Unidroit. Il a été rédigé par le Professeur Marcel FONTAINE. Le texte de l'Avant-projet, ainsi que la note explicative qui l'accompagne ont fait l'objet d'une large diffusion, et ont été remis au Secrétaire permanent de l'OHADA, lequel les a transmis aux Etats début 2005 pour examen par les commissions nationales. Dès lors, le texte fait l'objet de sérieuses difficultés quant à son aboutissement. Cf. par exemple, POUGOUE (G.) et alii, « Actes uniformes », in POUGOUE (G.) (dir.), Encyclopédie OHADA, op. cit., pp. 148 et s. Voir aussi, FONTAINE (M.), « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », Rev. dr. unif., 2004-2, pp. 253 et s ; DARANKOUM (E. S.), « 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 », art. précit., p. 230 : « L'idée de favor contractus mise en avant par le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats accentue, en quelque sorte, une logique déjà entérinée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général... »

100 CARBONNIER (J.), Droit civil Tome 4 : Les obligations, Paris, PUF, 1995, p. 177.

101 Ibidem, p. 181.

alors-trois degrés d'inefficacité dans un « decrescendo d'énergie »¹⁰²: l'inexistence¹⁰³, la nullité absolue¹⁰⁴ et la nullité relative¹⁰⁵. La théorie classique des nullités est un peu à base de métaphore: elle conçoit le contrat comme un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit, et la nullité comme une qualité juridique du contrat¹⁰⁶. Cette solution semble largement dépassée dans ce contexte de mondialisation.

A l'étape de la formation du contrat, le favor contratus se traduit par une nouvelle conception du sort du contrat entaché d'un vice de formation. C'est l'inefficacité de la nullité (1) qui connaît des applications dans certaines matières (2).

1- L'éviction de la nullité

La nullité est la sanction encourue par un acte pour inobservation des conditions de formation. Aussi le législateur a-t-il tempéré cette sanction dans certains cas en vue de favoriser la signature du contrat.

La place grandissante qui est accordée à la pérennité du lien contractuel, fut-ce au prix d'un réaménagement de la prestation financière du créancier, atteste la prise de conscience de la valeur intrinsèque du contrat et de ses utilités économiques. Pour que la nullité soit efficacement mise en œuvre, elle doit être au plus près du contexte économique, social et politique¹⁰⁷.

Le système du tout ou rien, instauré par le législateur à l'article 1184 du Code civil, ne serait pas satisfaisant pour l'ordre économique. Ripert l'affirmait à propos de la nullité. Selon lui, « il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et le faire servir à l'ordre économique »¹⁰⁸. Il est désormais question du « pragmatisme substantiel de la nullité »¹⁰⁹. Ce pragmatisme est une démarche au service d'un but. Ce

but est le dynamisme de l'activité économique¹¹⁰. Pragmatisme de la nullité revêt deux aspects. D'une part la nullité du contrat n'est désormais prononcée qu'à condition qu'il y ait un effet préjudiciable (pas de nullité sans grief¹¹¹). Le grief renvoie d'une manière générale un préjudice d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial¹¹². D'autre part, on tient compte de la proportionnalité pour envisager la nullité « pas de nullité sans disproportion ». Dans cette optique, le contrat n'est nul que si ses effets sont disproportionnés¹¹³.

Les considérations économiques influent sur le droit des obligations, leur relation se veut une interaction¹¹⁴. La nullité du contrat va révéler son inefficacité lorsque l'intérêt recherché par la conclusion du contrat subsiste pour la victime malgré la violation de la règle protectrice du consentement. Ces situations, dans lesquelles persiste l'utilité du contrat pour la victime, sont en réalité les plus nombreuses et les plus fréquentes¹¹⁵.

En droit comparé, il existe bien d'autres solutions pour le sauvetage du contrat annulable. En effet, selon les Principes du droit européen du contrat (PDEC), lorsque le contrat est vicié pour erreur, son adaptation peut être substituée à son anéantissement. D'une part, la partie à laquelle la nullité est opposée peut y faire échec soit en indiquant qu'elle désire exécuter le contrat conformément aux attentes de la victime de l'erreur¹¹⁶. D'autre part, en cas d'erreur partagée par les deux contractants lors de la conclusion du contrat, le juge peut, à la requête d'un des contractants, « mettre le contrat en accord avec ce qui aurait pu raisonnablement être convenu si il n'y avait point eu erreur »¹¹⁷. De même, lorsque le contrat est annulable parce que la partie en situation de domination en a profité pour s'octroyer un profit excessif ou un avantage déloyal, le juge peut, soit à la requête de la partie lésée, soit à celle du contractant auquel profite le déséquilibre contractuel, adapter le contrat « de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi »¹¹⁸. Autant de solutions qui expriment « une tendance générale dans les Principes européens qui est celle de sauver le contrat aussi souvent que cela paraît

102 Selon l'expression du Doyen Jean CARBONNIER, *Droit civil Tome 4* : op. cit., p. 104.

103 L'inexistence ou nullité absolue pour la doctrine qui n'admet pas cette notion est applicable notamment en cas d'absence de consentement, d'objet, de cause (ou de fausse cause), ou d'absence de forme dans les contrats solennels.

104 La nullité absolue ou nullité d'ordre public intervient pour objet impossible, interminable, illicite ou immoral ; cause illicite ou immorale ; non-conformité du contrat à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

105 On applique la nullité relative pour insanité d'esprit, l'erreur, le dol, la violence l'incapacité et la lésion.

106 CARBONNIER (J.), *Droit civil Tome 4 : Les obligations*, Paris, PUF, 1995, n° 109, p. 184.

107 MEKKI (M.), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006/3, p. 684.

108 RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit*, en l'honneur de François GENY, t. II, Sirey, 1934, p.353, n° 9.

109 MEKKI (M.), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », art. précit., p. 686.

110 Idem.

111 Il s'agit d'un adage habituellement appliqué en droit judiciaire privé.

112 MEKKI (M.), art. précit., p. 686.

113 Idem.

114 SOURIOUX (J. L.), « Introduction au cours de droit des obligations », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 510, n° 624.

115 OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., p.57.

116 Article 4: 105 (1) PDEC.

117 Article 4: 105 (3) PDEC.

118 Article 4: 109 (2) PDEC.

utile aux parties»¹¹⁹. L'adaptation du contrat apparaît ainsi comme une opportune alternative à la nullité du contrat qui permet de garantir la pérennité d'un contrat dont l'intérêt pour les contractants est avéré, en dépit de l'erreur initialement commise ou du déséquilibre contractuel excessif originel. Par faveur pour le contrat, l'adaptation permet que son exécution perdure en dépit de l'erreur qu'elle neutralise ou en raison de l'équilibre contractuel qu'elle restaure¹²⁰.

Les multiples facettes de régularisation s'observent à travers la diversité des cas d'application.

2-Le champ d'application de l'éviction

L'éviction de la nullité du contrat trouve son application notamment en droit de l'arbitrage et des sociétés.

En droit de l'arbitrage, le favor contractus se manifeste en ce qui concerne l'autonomie matérielle¹²¹ de la convention d'arbitrage¹²². L'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage est posée par l'article 4 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage et repris par le Règlement arbitral en son article 10.4. Selon les dispositions de l'article 4 ci-dessus cité, « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat » et « sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat... »¹²³. Il s'agit en d'autres termes d'une exception du principe de l'accessoire qui veut que le contenu connaisse le même sort que le contenant. Plusieurs justifications permettent de soutenir cette autonomie. D'abord, au plan juridique, la convention d'arbitrage a un objet procédural qui a des effets sur l'ensemble du contrat dans lequel il s'inscrit¹²⁴. Ensuite, sur un plan pratique, la solution qui consisterait à priver d'efficacité l'accord compromissaire, en cas de nullité alléguée du contrat nuirait gravement à la fiabilité du mécanisme arbitral. Une telle solution aurait pour effet de paralyser le mécanisme arbitral sur la simple

nullité prétendue du contrat.

Il existe toutefois quelques limites à cette règle. La première résulte d'une volonté expresse des parties. Si les parties ont entendu, expressément, exclure du mécanisme arbitral les litiges découlant de la nullité du contrat principal, il est évident qu'une telle volonté doit être respectée¹²⁵. La deuxième tient à certaines causes de nullité affectant le contrat principal, et en même temps, la convention d'arbitrage. Si par exemple, l'une des parties n'avait pas le pouvoir de passer le contrat principal, ce défaut de pouvoir devrait affecter tant la convention d'arbitrage que le contrat principal. La troisième limite tient au défaut de consentement¹²⁶.

En droit des sociétés, le régime général de la nullité des sociétés commerciales est constitué des articles 242 à 256 de l'Acte uniforme sur le Droit des sociétés commerciales et du GIE. Les causes des nullités peuvent être particulièrement dévastatrices¹²⁷ pour le contrat de société. Aussi le législateur a-t-il consacré des solutions qui visent « à purger la société des irrégularités pouvant l'entacher et éviter ainsi son annulation ». Il s'agit de la régularisation¹²⁸. Le mécanisme de la régularisation assure l'assouplissement du jeu de la sanction en écartant son caractère inéluctable¹²⁹. D'abord, pour ce qui des irrégularités de fond, il est prévu un régime spécifique des nullités en matière de consentement et de capacité. Ainsi, aux termes de l'article 243 de l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique (AUDSCGIE), « ... la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un associé, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs ». Dans tous les cas, l'article 248 oblige la personne intéressée à demander à l'incapable ou à l'associé dont le consentement a été vicié à régulariser ou à agir en nullité dans un délai de six (06) mois sous peine de forclusion¹³⁰. Ensuite, s'agissant des conditions de forme, l'Acte uniforme tend à sauver à travers plusieurs mécanismes le contrat de société. En effet, selon les dispositions de l'article 75 de l'AUDSCGIE, « Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées (...) ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement

119 PRIETO (C.), « Une culture contractuelle commune en Europe », in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p.267 et s., sp. n° 7.

120 MAZEAUD (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », op. cit. p.113.

121 On distingue aussi l'autonomie juridique qui vise le régime juridique de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire les règles qui la gouvernent : voir sur ce point, MEYER (P.), *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.86 ; TCHAKOUA (J.M.), « La convention d'arbitrage », in POUGOUE (P-G) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., n° 50, p.581.

122 La convention d'arbitrage est une convention par laquelle des parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà. Elle peut revêtir la forme d'une clause compromissaire ou d'un compromis. cf. MEYER (Pierre), *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.77.

123 Cette solution est largement admise en droit comparé. Par exemple, en droit français, l'autonomie matérielle a été énoncée par la Cour de cassation dans un attendu de l'arrêt GOSSET (Cass., 7 mai 1963, Gosset, JCP, 1963, II, 13405, note GOLDMAN ; Rev. Arb., 1963, p.60, D., 1963, p.545, note J. Robert). Voir aussi article 16, paragraphe 1er, de la loi type de la CNUDCI

124 MEYER (P.), *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.82.

125 Ibidem, p. 85.

126 Idem.

127 DIEYE (A.), *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, Dakar, Ed. Cabinet Aziz Dièye, p. 84.

128 On entend par régularisation, la « mise en confirmation d'un acte juridique ou d'un acte de procédure avec les prescriptions légales, opérant validation de l'acte originellement entaché de nullité ». : GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), op. cit., p.615.

129 SAINTOURENS (B.), art. précit., n° 37, p.471.

130 TOE (Y.J.), *Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (dans l'espace OHADA)*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 50. ; DIEYE (A.), op. cit., p.88.

accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins». Même lorsque le tribunal est saisi, la nullité peut être couverte pour la cause édictée à l'article 246 susvisé. Celui-ci peut fixer un délai même d'office pour permettre de couvrir cette nullité. Ce délai ne peut être inférieur de deux (02) mois à compter de la date de l'exploit introductif de l'instance. Et pour couvrir la nullité, une réunion des associés est nécessaire, le tribunal par jugement accorde le délai à ce sujet. En fin de compte, le tribunal ne statuera sur la demande de nullité après toutes ces faveurs qu'à la demande de la partie la plus diligente¹³¹.

Le favor contratus appréhende également les cas où le cas court le risque d'un anéantissement au moyen de la résolution.

B- L'EXTENSION TENANT AU CONTOURNEMENT DE LA RÉSOLUTION

Dans le droit des contrats issu du Code civil napoléonien, derrière tout incident d'exécution, était présumée se cacher la mauvaise volonté du débiteur. Le créancier cherchait à « briser le comportement du débiteur »¹³² et les mécanismes mis à sa disposition étaient dotés d'une forte charge sanctionnatrice¹³³. Cette perception des choses n'est plus vraie aujourd'hui. Comme le souligne Jean-Marc MOUSSERON, « si les parties sont, aujourd'hui, de plus en plus conscientes des cahots qui pourront secouer leurs relations, le souci de leur origine s'atténue, transformant sensiblement la réplique à de telles perturbations »¹³⁴. Dans la conception du contrat-relation, en cas d'inexécution des prestations par le débiteur, on ne songe pas ipso facto à la fin des relations contractuelles. L'inexécution ne constitue pas un changement du contenu du contrat mais uniquement un non-respect de cet équilibre par le débiteur¹³⁵. Dans un élan de solidarité, il est fait appel à des mécanismes de sauvetage du contrat qui tiennent compte de la gravité de l'inexécution. Le contournement de la sanction varie selon qu'il s'agisse de la non-conformité de la marchandise (1) ou de l'inexécution totale du contrat (2).

131 Article 247 AUDSCGIE.

132 MOUSSERON (J.-M.), « Responsable mais pas coupable », La gestion des risques d'inexécution du contrat, Mélanges CH. MOULY, Litec 1998, p. 142, n°2.

133 RIGALLE-DUMETZ (C.), op. cit., p. 103.

134 MOUSSERON (J.-M.), op. cit., p.142, n°3.

135 FIN-LAGER (L.), L'équilibre contractuel, Paris, LGDJ, 2002, p.183.

1-Le contournement pour non-conformité de la marchandise

La conformité est la « qualité de ce qui est conforme »¹³⁶. Conformément aux dispositions de l'article 255 de l'AU/DCG, la conformité revêt un double aspect matériel et fonctionnel. La conformité est matérielle en ce sens que la chose livrée doit correspondre aux stipulations. La conformité fonctionnelle est l'aptitude de la chose à la fonction pour laquelle elle a été achetée¹³⁷. La conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la prise de livraison, même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement. En cas de défaut de conformité, le législateur de l'OHADA préfère le maintien du contrat à son anéantissement. Ce maintien se concrétise par le remplacement des marchandises défectueuses ou la mise en conformité. En cas de non-conformité de la marchandise, le contrat peut être sauvé au moyen du remplacement de la marchandise non conforme (a) ou de la réfaction du prix (b).

a-Le contournement au moyen du remplacement de la marchandise

Le remplacement de marchandise est un usage dont les origines remontent au droit romain¹³⁸. La notion n'est pas définie par les textes. Elle consiste à substituer les marchandises non conformes par celles convenues par les parties. La différence entre la résolution et le remplacement est diversement analysée par les auteurs¹³⁹. Pour une partie de la doctrine, les deux institutions sont diamétralement opposées ; on soutient que la résolution vise l'anéantissement du contrat initial, alors que le remplacement entraîne l'exécution forcée en nature du contrat¹⁴⁰. Une autre partie de la doctrine considère le remplacement comme un procédé de réparation en nature¹⁴¹ dont la mise en œuvre suppose que le contrat initial soit préalablement résolu. Ainsi, si ce procédé se distingue de la résolution, il est parfaitement compatible avec elle¹⁴². Un autre courant

136 CORNU (G.), Vocabulaire juridique, op. cit., p. 205. Voir aussi Cass. civ. I, 20 mars 1989 : Bull. civ. I, n. 140 ; D. 1989, inf. rap. 178 : la Cour de cassation affirme que l'obligation de délivrance consiste « à mettre à disposition (de l'acheteur) une chose qui corresponde en tout point au but recherché par lui ».

137 Cf. SANTOS (A. P.) et TOE (Y. J.), op. cit., p. 392. Voir aussi WOLOU (K.), « La notion de conformité dans la vente commerciale selon l'Acte uniforme (OHADA) », Ann. Univ. Bénin. Sér. Droit. Econ., Tome XIX, 2000, pp.61 et s.

138 PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D., 2000, chron., p.244.

139 Cf. TAOK (M.), La résolution des contrats dans l'arbitrage de commercial international, Bruxelles, Bruylant, 2009, n°346.

140 DEBILLY (E.), L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, thèse dactyl., Poitiers 2002, n°268.

141 SERIAUX (A.), Les obligations, Paris, PUF, 1992, n°62.

142 C'est également la position de la Cour de cassation française. V. Cass. civ. 1, 8 octobre 1962, Bull. civ., I, n°400.

doctrinal parle indifféremment du remplacement et de la résolution¹⁴³.

Le remplacement de la marchandise a été envisagé autrement par le nouvel AUDCG¹⁴⁴. Selon l'article 283 alinéa 1 du nouvel AU/DCG, en cas de défaut de conformité invoquée par l'acheteur dans les délais prescrits, c'est le vendeur, et non plus l'acheteur, qui a la faculté d'imposer à ce dernier, à ses frais exclusifs et sans délai, le remplacement des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. Une autre différence avec le droit antérieur est la disparition de la condition selon laquelle le défaut doit constituer un manquement essentiel¹⁴⁵. Au cas où le vendeur n'agit pas de toute urgence, l'alinéa 2 du même article prévoit que l'acheteur peut convenir avec le vendeur d'un délai supplémentaire pour le remplacement, toujours aux frais exclusifs du vendeur, des marchandises défectueuses. En ce qui concerne la mise en conformité, elle est consacrée par l'article 284 de l'AUDCG qui reconnaît au vendeur la faculté de réparer à ses frais exclusifs tout manquement à ses obligations, même après expiration des délais prévus pour procéder au remplacement par les alinéas 2 et 3 de l'article 284 de l'AUDCG. Le critère de manquement essentiel¹⁴⁶ qui permettait de distinguer l'hypothèse d'admission du remplacement de celle de la réparation ayant disparu. Ce n'est qu'à l'expiration des délais prévus pour procéder au remplacement que le vendeur peut procéder à la mise en conformité¹⁴⁷. Un remède au défaut de conformité consiste à procéder à la réfaction du prix.

b- Le contournement par la réfaction du prix

La réfaction est une réduction du prix des marchandises opérée lorsque leur quantité ou qualité n'est pas conforme aux prévisions contractuelles¹⁴⁸. Initialement prévue par l'article par l'article 260¹⁴⁹, elle est reprise par le nouvel article 288 de l'AUDCG.

143 Cf. par exemple, GROSSER (P.), Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, thèse dactyl., Paris I, 2000, n°90.

144 Selon les dispositions de l'ancien article 250 al. 2, le remplacement est effectué par le vendeur qui s'est rendu coupable d'un manquement essentiel tel qu'il est défini par l'ancien article 248. Il s'agit d'un manquement qui prive l'acheteur de la satisfaction qu'il était en droit d'attendre du contrat. Pour des développements, sur cette notion, voir par exemple, NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », Revue Afrique et Politique, vol. II, n° 1, janv.-juin 2003, p. 27

145 JIOGUE (G.), « Vente commerciale en droit OHADA », op. cit., p. 2133.

146 Sur la notion, voir SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), op. cit., p.412. ; NSIE (E.), art. précit., p.3 ; Cf. AUDIT (B.), La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris, LGDJ, 1990, p.119. ; « Présentation de la Convention », in La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Paris, LGDJ, 1990, p.107.

147 Voir JIOGUE (G.), « Vente commerciale en droit OHADA », op. cit., p. 2134.

148 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », art. précit., p. 20.

149 Voir aussi l'article 50 de la CVIM et l'article 4.401 paragraphe 1er des Principes du droit européen des contrats.

La réfaction est utilisée dans la vente commerciale lorsque, sans être conforme aux stipulations contractuelles, la chose livrée présente encore une utilité économique pour l'acheteur¹⁵⁰. Le vendeur a certes satisfait à son obligation de livraison, mais la marchandise qu'il livre n'est pas quantitativement ou qualitativement celle prévue au contrat¹⁵¹. En aménageant le contrat pour rendre équivalentes les prestations réciproques des parties, la réfaction conduit à rétablir l'équilibre de ces prestations. Elle permet, en conséquence, de sanctionner le vendeur fautif sans pour autant anéantir le lien contractuel¹⁵². La réfaction est appliquée par l'acheteur de sa propre autorité, sans recours préalable au juge. Un contrôle judiciaire a posteriori est envisageable en cas de contestation par le vendeur.

Les considérations économiques sont également mises en avant pour justifier le choix de la réfaction à la place de la résolution. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 29 septembre 1995¹⁵³, les conséquences économiques des sanctions ont influencé la décision des juges. En l'espèce, un contrat de vente de matériel informatique et de logiciels a été conclu entre la société Lesaege (acheteur) et la société ICL (vendeur). Après l'installation du matériel, des défauts sont apparus. Un rapport d'expertise a relevé « quatre éléments pouvant constituer une inexécution partielle de la part d'ICL, n'en retenant que deux à sa charge ». L'acheteur a donc réclamé la résolution du contrat aux torts du vendeur, 100 000 F de dommages-intérêts. Le vendeur avait proposé de modifier le logiciel et de former les utilisateurs pour un coût de 90 000 F. La Cour d'appel a retenu cette dernière proposition. Elle a estimé que « dans ces conditions, eu égard au prix du marché initial¹⁵⁴ et au coût des remèdes, il n'y a pas lieu de prononcer la résolution du contrat, mais de procéder à la réfaction du prix, ainsi que l'a proposé l'expert ».

L'intérêt du débiteur est donc largement pris en compte par le juge. La nature de ces mécanismes l'y invite. Dominés par l'esprit de proportionnalité et de mesure, ils permettent au vendeur de garder le prix payé réduit en lui évitant les inconvénients d'une reprise de la marchandise, conséquence du remplacement ou de la

150 ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », Mélanges offerts à M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p.3.

151 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », art. précit. pp.20-21.

152 Ibidem, p.21.

153 C.A. Paris, 29 sept. 1995, Expertises avr. 1996, p. 158, note N. BENNICKS.

154 Le contrat portait sur l'acquisition d'un système informatique comportant un matériel DRS 300/80 au prix de 237 336,39 F ainsi que la mise à disposition des logiciels Cobel Level 2, RT Ingres et Unigest moyennant le paiement d'une redevance initiale de 91 210,23 F et d'une redevance annuelle de 17 489, 94 F.

résolution¹⁵⁵. C'est pourquoi, le débiteur qui a manqué partiellement à son obligation accueille ces mesures « comme une véritable bouée de sauvetage »¹⁵⁶. Ce constat est valable même s'il s'agit d'une inexécution.

2-Le contournement pour inexécution du contrat

En cas d'inexécution totale, le souci de préserver le contrat amène les parties à envisager le recours à l'exception d'inexécution ou l'octroi d'un délai supplémentaire. L'avant-projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats prévoit par ailleurs le droit pour le débiteur défaillant de "corriger" son manquement¹⁵⁷. Les lignes qui suivent se limiteront à l'exception d'inexécution(a) et à l'octroi du délai supplémentaire (b).

a- Le contournement par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée

Ce qui caractérise les contrats synallagmatiques, c'est l'interdépendance des obligations des parties qui doivent s'exécuter simultanément « trait pour trait »¹⁵⁸. Dès lors, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre ne sera plus tenue d'exécuter la sienne: elle pourra opposer au cocontractant qui exigerait l'exécution de sa prestation, une exception de contrat non accompli ou *exceptio non adimpleti contractus*¹⁵⁹. C'est une solution traditionnelle qui connaît des affinements¹⁶⁰.

Dans l'ancien AUDCG, l'exception d'inexécution était prévue dans l'article 245 qui était commun à l'acheteur et au vendeur. La réforme de Lomé l'envisage séparément pour chacune de ces parties: l'article 282¹⁶¹ (pour le

vendeur) et l'article 285¹⁶² (pour l'acheteur). Lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat de vente, qu'une des parties n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations, du fait d'une grave insuffisance dans sa capacité d'exécution, de son insolvabilité, ou encore de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat, l'autre partie peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses propres obligations. La fonction de cette exception est alors d'anticiper une éventuelle inexécution ou exécution défectueuse, dans le but de sauver la relation contractuelle¹⁶³. Il s'agit en quelque sorte d'une exception d'inexécution anticipée et c'est sans doute pourquoi l'intervention du juge est requise¹⁶⁴.

Dans les deux cas, cette mesure n'est pas laissée à la libre discrétion du créancier¹⁶⁵. En effet, contrairement à l'article 71 de la convention de Vienne¹⁶⁶, l'Acte uniforme soumet l'application de la règle de l'exception d'inexécution à l'autorisation préalable du juge des référés. Le recours au juge semble justifié par le fait que l'inexécution n'est pas encore avérée¹⁶⁷. Le créancier ne peut de sa propre autorité suspendre l'exécution de ses obligations. Il doit motiver sa demande en apportant la preuve de l'insuffisance des capacités de fabrication du débiteur ou d'une inadaptation de ses moyens de production. Ainsi, l'exception d'inexécution apparaît comme une menace cantonnée aussi bien quant à la défaillance du débiteur qu'à la nécessaire intervention du juge qui doit l'autoriser¹⁶⁸.

Ces conditions paraissent moins drastiques que celles

155 RIGALLE-DUMETZ (C.), La résolution partielle du contrat, Paris, Dalloz, 2003, p.96.

156 ALTER (M.), note sous Cass. com., 23 mars 1971, D. 1974, J. p. 41.

157 Article 7/4.

158 Voir BUFFELAN-LANORE (Y.), Droit civil, 2^e année, op.cit., n° 677, p.239.

159 Cf. par exemple, BUFFELAN-LANORE (Y.), Droit civil, 2^e année, op.cit., n° 677, p.239.

160 Les différents projets européens visant l'élaboration d'un droit commun des contrats en Europe, admettent ce principe dès lors que la suspension du contrat n'est pas contraire à la bonne foi (Pavie, Article 108), et lorsqu'elle est raisonnable par rapport aux circonstances (Principes droit européen du contrat -PDEC-, articles 9.201 ; UNIDROIT, article 7.1.3). Les Principes Lando et les Principes d'Unidroit vont plus loin et consacrent une sorte d'exception d'inexécution anticipée. En effet, une partie a la possibilité de suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est « manifeste qu'il y aura inexécution à l'échéance » (PDEC, article 9.201 ; UNIDROIT, article 7.1.3). En outre, lorsqu'une inexécution essentielle peut être raisonnablement soupçonnée, le créancier peut exiger des « assurances suffisantes de bonne exécution » et suspendre l'exécution de ses obligations jusqu'à la fourniture de telles assurances (PDEC, article 8.105 ; UNIDROIT, article 7.3.4).

161 L'article 282 énonce : « Si le vendeur ne paraît pas en mesure d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises, en raison d'une insuffisance de ses capacités de fabrication ou d'une inadaptation de ses moyens de production, l'acheteur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de son obligation de payer. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner tout ou partie du prix ».

162 Aux termes de l'article 285, « Si l'acheteur ne paraît pas en mesure de payer l'intégralité du prix, en raison de son insolvabilité ou de la cessation de ses paiements ou encore de ses retards dans les échéances convenues, le vendeur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations de livraison. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner les marchandises à ses frais avancés ».

163 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », art. précit., p.16.

164 MARTOR (B.) et al., Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Paris, Litec, 2004, n° 272, p.63.

165 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », art. précit., p.14.

166 Aux termes de cet article :

« 1- Une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait :

a) d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution de cette partie ou sa solvabilité ; ou
b) de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat.

(...)

2- La partie qui diffère l'exécution, avant ou après l'expédition des marchandises, doit adresser immédiatement une notification à cet effet à l'autre partie, et elle doit procéder à l'exécution si l'autre partie donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations ».

167 JIOGUE (G.), « Vente commerciale en droit OHADA », art. précit., p.2132.

168 NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale », art. précit., p.15.

de l'ancien droit¹⁶⁹ où il était question d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution du débiteur, de son insolvabilité ou de la manière dont il s'apprête à exécuter ou exécute le contrat. Par rapport à la première condition, elle est maintenue, mais adoucie. En effet, une simple insuffisance des capacités est prise en compte dès lors qu'elle est en mesure d'empêcher le vendeur d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises¹⁷⁰. Les indices de l'insuffisance des capacités de fabrication du vendeur pourraient être les retards répétés, les différends du vendeur avec ses fournisseurs et les difficultés de fabrications dues à la pénurie des matières premières¹⁷¹. La deuxième est maintenue alors que la troisième est supprimée.

L'exceptio non adimpleti contractus ainsi est conçue comme un moyen de pression devant ramener le débiteur à de meilleurs sentiments et le conduire à exécuter ses obligations. Il en va de même de l'octroi du délai supplémentaire pour le paiement du prix.

b- Le contournement par l'octroi d'un délai supplémentaire

Le mécanisme du délai supplémentaire tire ses origines du droit allemand où il est désigné sous le nom de *Nachfrist*¹⁷². A la suite des instruments du droit uniforme¹⁷³, le droit OHADA s'est approprié le mécanisme. Sous l'empire de l'AUDCG de 1997, chacune des parties pouvaient impartir à l'autre un délai supplémentaire de durée raisonnable afin de lui permettre d'exécuter ses obligations ».

De son côté, le vendeur peut impartir ce délai à l'acheteur pour le paiement du prix. Le délai supplémentaire

accordé à l'acheteur doit être respecté par l'initiateur. Par conséquent, il ne peut, avant le terme de ce nouveau délai, invoquer l'inexécution des obligations de l'acheteur. Du côté de l'acheteur, il peut convenir d'un délai supplémentaire avec le vendeur pour le remplacement des marchandises non conformes¹⁷⁴. Contrairement au droit antérieur, la formulation des dispositions de l'Acte uniforme révisé qui consacrent le délai supplémentaire ne précisent pas qu'il doit être de durée raisonnable. Le législateur a sans doute tiré leçon des « dérives constatées »¹⁷⁵ dans l'appréciation de cette notion par les juridictions surtout dans le cadre de la Convention de Vienne.

L'octroi d'un délai supplémentaire profite en réalité aux deux parties. Le débiteur recevant une nouvelle chance d'honorer ses obligations contractuelles, put ainsi éviter la résolution du contrat susceptible de lui causer un préjudice important du fait des dépenses d'exécution, engagées en pure perte. De son côté, le créancier se voit accorder un moyen de pression sur le débiteur lui permettant de repousser une éventuelle résolution du contrat. A travers l'institution de ce délai, le législateur a entendu favoriser le maintien du contrat alors même que son anéantissement était encouru: il faut « sauver le contrat »¹⁷⁶ dans l'intérêt de chacune des parties.

CONCLUSION

L'étude qui vient d'être faite montre que le favor contractus est un ensemble de mécanismes qui traduisent le glissement du "contrat instrument" vers le "contrat-relation". En d'autres termes, le favor contractus offre des solutions pour le maintien du contrat utile pour les parties. Si l'on convient que l'utilité est l'un des « principes fondamentaux de la théorie générale du contrat »¹⁷⁷, il est permis de soutenir que le favor contractus enrichit la théorie générale des contrats. A l'utilité économique et sociale de l'anéantissement du contrat correspond aujourd'hui l'utilité économique et sociale du maintien du contrat.

En consacrant le favor contractus, le droit OHADA permet de saisir le contrat dans sa dimension économique. La fonction principale du contrat étant d'offrir un cadre juridique à l'activité économique, il n'est que justice d'en organiser le maintien tant que l'opération économique

169 L'article 245 de l'AU/DCG de 1997 dispose : « Une partie peut demander à la Juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait :

1°) d'une grave insuffisance dans sa capacité d'exécution, ou

2°) de son insolvabilité, ou

3°) de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat ».

170 JIOGUE (G.), « Vente commerciale en droit OHADA », op. cit., p. 2132.

171 Voir SANTOS (A.P.) et TOE (Y.T.), op. cit., p. 2132.

172 Selon le nouveau § 323 BGB, lorsque dans un contrat synallagmatique, le débiteur n'apporte pas la prestation due, ou en apporte une différente de celle convenue dans le contrat, le créancier peut résilier celui-ci s'il a sans succès accordé au débiteur un délai raisonnable pour effectuer ou compléter la prestation. Cf. entre autres DIPALMA (M.), « Nachfrist under National Law, the CISG and the UNI DROIT and European Principles : A comparison » in *International Contact Adviser*, Kluwer, vol. 5, n° 1, 1999 28 ; GHESTIN (J.), *Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 2001, n° 463, p.531; Vincent HEUZE, op.cit., p.361, n° 412 ; Philippe DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations. Responsabilité civile-Contrat*, op.cit., p. 154. ; PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, Paris, LGDJ, 1993, p. 154 ; Christian MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », op.cit., p. 79. Pour une historique du Nachfrist, par exemple, MYOUNG (S.-K.), « La formalité "délai supplémentaire" dans la résolution du contrat » in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, n° 6, p.705.

173 Voir aussi article 49 (1) b et 64 (1) b de la CVIM ; article 9 : 301 (2) PDEC et article 7.3.1 PUD.

174 Article 283 alinéa 2 de l'AUDCG

175 DARANKOUM (E.S.), *La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale : Analyse et rédaction des clauses*, art. précit., p. 504. Sur la notion de délai raisonnable, voir MONTCHO AGBASSA (E.), *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé*, Thèse de Doctorat, Abomey Calavi, UAC, 2009.

176 WEISZBERG (G.), thèse précit., n° 548 ; MYONG (S.-K.), op. cit., p. 713.

177 GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », op. cit., p. 41.

qu'il soutient est encore utile¹⁷⁸. Le favor contractus contribue ainsi à démolir le mur qui sépare le droit de l'économie.

Il reste à espérer que le droit OHADA poursuive la réception du favor contractus afin de permettre aux Etats membres de l'organisation d'être mieux outillés pour prendre une part active à la mondialisation.

178 ALPA (G.), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in Le contrat au début du XXIe, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p.6.