



UNIVERSITE D'ABOMEY - CALAVI



@@@@@

ECOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES POLITIQUES ET  
ADMINISTRATIVES

@@@@@

THESE DE DOCTORAT EN DROIT PRIVE

*SUJET :*

**L'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA cas du Bénin et Sénégal**

Présentée par :

GOUDJO Traouré Durve Mathieu Red

JURY

PRESIDENT: Pr. Filiga Michel SAWADOGO, professeur titulaire de droit privé. Université de Ouagadougou II. Burkina Faso

DIRECTEUR DE THESE : Pr. Dorothé Cossi SOSSA, Professeur titulaire de droit privé. Université d'Abomey-Calavi. Bénin

CODIRECTEUR DE THESE : Pr Mohamed Bachir NIANG, Agrégé des Facultés de droit à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar. Sénégal

RAPPORTEURS :

Pr. Koffi Mawunyo AGBENOTO, Agrégé des Facultés de droit à l'Université de Lomé. Togo

Pr. Aboudramane OUATTARA, Agrégé des Facultés de droit à l'Université de Cocodi. Côte-d'Ivoire

Pr. Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE, Agrégé des Facultés de droit à l'Université d'Abomey-Calavi. Bénin

*Vu  
Bon à déposer  
Cotonou le 12/04/20  
Pr. Goudjo  
Cossi-Dorothé  
SOSSA*

## **AVERTISSEMENT**

« L'Ecole doctorale n'entend donner ni approbation ni improbation  
aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être  
considérées comme propres à leur auteur ».

## **DEDICACE**

*A ma feuè mère KANGNI Dédé Joséphine épouse GOUDJO*

## REMERCIEMENTS

D'abord,

Je remercie en premier lieu mes directeurs de thèse :

**Professeurs Dorothé Cossi SOSSA**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire de droit privé, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer ce travail doctoral ainsi que pour ses divers soutiens.

**Mohamed Bachir NIANG**, Agrégé des Facultés de Droit, pour la disponibilité dont il a fait preuve lors de mes nombreuses sollicitations. Son implication éclairée, les conseils avisés qu'il m'a prodigués tout au long de mes recherches et sa patience ont pleinement contribué à l'aboutissement de ce travail de recherche.

Ensuite,

**Vous tous** qui, d'une manière ou d'une autre, avez agi dans l'ombre et concouru à ce qu'en ce jour, les lumières soient tournées vers moi. Je vous dis en toute humilité, MERCI.

# LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABREVIATIONS

<b>CADH</b>	: Cour africaine des droits de l'homme
<b>Al.</b>	: Alinéa
<b>Ali.</b>	: et autres
<b>Ann.</b>	: Annales
<b>Art.</b>	: Article
<b>AU</b>	: Acte Uniforme
<b>AUA</b>	: Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage
<b>AUDCG</b>	: Acte Uniforme relatif au droit Commercial Général
<b>AUPCAP</b>	: Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif
<b>AUPSRVE</b>	: Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution
<b>AUSCGIE</b>	: Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique
<b>AUSCOOP</b>	: Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Coopératives
<b>Bull.civ.</b>	: Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation française
<b>c.</b>	: Contre
<b>C. Cass.</b>	: Cour de cassation (France)
<b>C.civ.</b>	: Code civil français
<b>C.com</b>	: Code de commerce français
<b>C/S ou CS</b>	: Cour Suprême
<b>CA</b>	: Cour d'appel
<b>CADHP</b>	: Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
<b>Cass. Ass. Plén.</b>	: Assemblée Plénière de la cour de cassation
<b>Cass. Civ.</b>	: Cour de cassation française, chambre civile
<b>Cass. Com.</b>	: Cour de cassation française, chambre commerciale
<b>CCJA.</b>	: Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
<b>CEDEAO.</b>	: Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
<b>CEDH</b>	: Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés
<b>Chr.</b>	: Chroniques

<b>CIRDI</b>	: Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
<b>CNUDCI</b>	: Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
<b>COCC</b>	: Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal
<b>Coll.</b>	: Collection
<b>Comp.</b>	: Comparer
<b>Cour EDH</b>	: Cour européenne des Droits de l'Homme
<b>CPC</b>	: Code de Procédure Civile (français)
<b>CPP</b>	: Code de Procédure Pénale
<b>D.</b>	: Dalloz
<b>Dir.</b>	: Direction (sous la direction de)
<b>DUDH</b>	: Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
<b>Éd</b>	: Edition
<b>Ed.</b>	: Éditions
<b>Etc.</b>	: Et cætera
<b>Ex.</b>	: Exemple
<b>GP</b>	: Gazette du Palais
<b>Ibid.</b>	: Ibidem
<b>Id.</b>	: Idem
<b>JCP éd. G</b>	: Semaine Juridique, édition générale
<b>JCP</b>	: Jurisclasseur périodique
<b>JOF</b>	: Journal Officiel Français
<b>L.G.D.J.</b>	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (France)
<b>LPA</b>	: Les Petites Affiches
<b>MARC</b>	: Modes Alternatifs de Règlement des Conflits
<b>MARD</b>	: Mode Amiable de Règlement des Différends
<b>MARL</b>	: Mode Amiable de Règlement des litiges
<b>N.C.C.</b>	: Nouveau Code civil français
<b>N°</b>	: Numéro
<b>Obs.</b>	: Observations
<b>OHADA</b>	: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<b>ONU</b>	: Organisation des Nations Unies
<b>Op. Cit.</b>	: Opere citato ouvrage précité
<b>OUA</b>	: Organisation de l'Unité Africaine

<b>p.</b>	: Page
<b>PECL</b>	: Principles of European Contract Law
<b>PEDC</b>	: Principes Européen du Droit des Contrats
<b>PU</b>	: Principes UNIDROIT
<b>PUF</b>	: Presses Universitaires de France
<b>R.D.A.I.</b>	: Revue de Droit des Affaires Internationales
<b>R.I.D.C.</b>	: Revue Internationale de Droit Comparé
<b>RBSJA</b>	: Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives,
<b>RCDA</b>	: Revue Camerounaise du Droit des Affaires
<b>RCDIP</b>	: Revue Critique de Droit International Privé
<b>RDC</b>	: Revue des Contrats
<b>Réf.</b>	: Références
<b>RIDC</b>	: Revue Internationale de Droit Comparé
<b>RJDA</b>	: Revue Juridique du Droit des Affaires
<b>RTD civ</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>RTD Com.</b>	: Revue trimestrielle de droit commercial
<b>s.</b>	: Suivant
<b>SA</b>	: Société Anonyme
<b>SARL</b>	: Société à Responsabilité Limitée
<b>SNC</b>	: Société en Nom Collectif
<b>ss.</b>	: Sous
<b>t.</b>	: Tome
<b>TGI</b>	: Tribunal de Grande Instance
<b>TPI</b>	: Tribunal de Première Instance
<b>UEMOA</b>	: Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine
<b>UNIDROIT</b>	: Institut international pour l'unification du droit privé
<b>V.</b>	: Voir
<b>Vol.</b>	: Volume

# SOMMAIRE

Introduction générale.....	1
Première partie : L'existence d'un droit à l'exécution forcée d'essence étrangère .....	26
Titre 1 : Un droit à l'exécution à l'origine admis par construction.....	27
Chapitre 1 : Un droit absent dans la lettre de la loi .....	28
Chapitre 2 : Un droit construit entravé .....	48
Titre 2 : Une construction reprise dans l'espace OHADA avec des essais de démarcation .....	80
Chapitre 1 : La démarcation inachevée du COCC.....	81
Chapitre 2 : Le législateur OHADA entre mimétisme et innovation .....	108
Conclusion première partie.....	137
Seconde partie : La nécessité du recours à un droit à l'exécution forcée légitimé par les valeurs africaines .....	140
Titre 1 : L'élimination des concepts nuisibles au droit à l'exécution forcée .....	142
Chapitre 1 : La suppression des faux concepts.....	143
Chapitre 2 : La limitation du suivisme de la jurisprudence occidentale.....	174
Titre 2 : La quête d'un droit à l'exécution forcée en adéquation avec les objectifs de l'OHADA ...	200
Chapitre 1 : La réduction de l'attrait des systèmes exogènes sur le droit des obligations dans l'espace OHADA.....	201
Chapitre 2 : L'institution d'un genre nouveau d'exécution forcée en nature dans l'espace OHADA .....	227
Conclusion seconde partie .....	256
Conclusion générale .....	258

# Introduction générale

1. « Si chacun est libre de ne plus vouloir être libre, personne n'est libre de ne plus vouloir être lié »<sup>1</sup>. Cette privation volontaire de liberté se manifeste par l'adhésion à la société ou à une échelle beaucoup plus réduite, à un contrat. Une fois le contrat conclu, il est de son essence que les obligations qu'il contient soient exécutées<sup>2</sup>.

Nous vivons de plus en plus contractuellement<sup>3</sup>, disait Josserand. Cette pensée, toujours d'actualité<sup>4</sup>, traduit la pullulation et la diversification des contrats.

De par le passé, les relations entre les hommes étaient basées sur des prescriptions morales, éthiques, voire sur le droit naturel, où on n'avait besoin ni de loi pour agir en conformité avec la société, ni de contrat pour agir en conformité avec l'intérêt de ses partenaires<sup>5</sup>. Avec l'industrialisation et le capitalisme qui ont fait souffler sur le monde un vent de libéralisme, la majeure partie des relations entre les Hommes est désormais régie par des conventions qu'ils nouent entre eux. L'Afrique n'est pas épargnée par ce phénomène. Montée du libéralisme, du capitalisme et du socialisme et avec le constat que les engagements contractuels pris pour réguler les relations entre les Hommes sont de moins en moins respectés. Les obligations contractuelles n'obligent plus véritablement. La force obligatoire du contrat et le caractère contraignant de l'obligation perdent de leur superbe, d'où la présente réflexion qui porte sur *L'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA*.

2. L'idée d'obligation appartient à un droit relativement évolué, à une époque où l'individu a acquis une certaine indépendance, où existent des relations normales d'affaires et où la monnaie est couramment employée<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Y.M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, force obligatoire et exécution forcée du contrat*, LGDJ, Thèse, Paris, 2004, p.55.

<sup>2</sup> E.DARANKOUM, « 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 », *Revue de droit uniforme*, 2008, p.239.

<sup>3</sup> J-P. CHAZAL, « Louis JOSSERAND et le nouvel ordre contractuel », *RDCO*, décembre 2003, p.325.

<sup>4</sup> Cette pensée traduit l'idée que la nouvelle conception du contrat est certainement mieux adaptée aux besoins de son temps et contient plus de « *juricité* » que celle héritée du droit romain via le Code civil. Elle est écartelée entre, d'une part, la foi dans le principe moral du respect de la parole donnée et dans les bienfaits de l'ordre républicain et, d'autre part, l'aspiration à la justice sociale et la conviction que le droit évolue avec la société. Loin d'être individualiste et libéral, le volontarisme de Louis JOSSERAND est tempéré par un constant souci d'assurer la primauté du social et du collectif sur les égoïsmes particuliers.

<sup>5</sup> R. POUND, « La place et la finalité de la théorie du droit sociologique », 1911, [www.cliothemis.com/Roscoe-Pound](http://www.cliothemis.com/Roscoe-Pound), consulté ce 02 Juillet 2018 à 21h02.

<sup>6</sup> P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, PUF, 2<sup>ème</sup> éd, 1969, 441p.

Comme son étymologie l'indique, l'obligation<sup>7</sup> est un lien entre plusieurs personnes. On distingue habituellement, l'obligation morale<sup>8</sup> et l'obligation juridique. Dans la terminologie juridique civiliste, le mot obligation a un sens précis même s'il est par ailleurs susceptible de plusieurs acceptions<sup>9</sup> : c'est le lien de droit par lequel une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'exécuter une prestation consistant à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose sous la menace d'une sanction<sup>10</sup>. Ce lien juridique entre deux personnes, par rapport à une chose, suppose donc comme base : un créancier, un débiteur et un objet. Pour le débiteur, l'obligation est une cause d'appauvrissement de son patrimoine. Pour le créancier, c'est une cause d'enrichissement patrimonial.

Les obligations juridiques peuvent naître de plusieurs sources. Ainsi, l'obligation peut être directement imposée par la loi : on parle d'obligation légale<sup>11</sup>. L'obligation peut aussi découler d'un délit ou d'un quasi délit, c'est-à-dire d'un fait illicite volontaire ou non qui a causé un dommage ; on parle alors d'obligation délictuelle ou quasi délictuelle. L'obligation peut encore découler d'un contrat ou d'un quasi contrat ; on parle alors d'obligation contractuelle ou quasi contractuelle. L'obligation contractuelle est donc le lien de droit unissant les parties à un contrat.

3. Dans le rapport juridique que constitue l'obligation, c'est le débiteur qui est engagé envers le créancier ; ceci nous permet de déduire que le débiteur d'une obligation y est assujéti. A ce titre, il doit exécuter son obligation tout en adoptant un comportement qui lui permette de produire son plein effet. C'est ce qui ressort des *Institutes* de Justinien qui définissaient l'obligation comme « un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer

---

<sup>7</sup>ligare : lier.

<sup>8</sup> L'obligation morale est celle qui relève de la conscience individuelle. Sa validité et son exécution ne sauraient être connues d'un juge. Il s'agit, par exemple, de l'obligation d'honorer l'invitation que l'on a acceptée d'aller chez un ami.

<sup>9</sup> Dans la langue populaire, être obligé, avoir une obligation, a un sens large : c'est être astreint à faire ou à ne pas faire quelque chose (obligation d'être poli, obligation d'être sociable, obligation d'aider son prochain ou de ne pas lui nuire). On voit que ce n'est pas l'obligation au sens juridique du terme, parce que d'une part, elle ne s'analyse pas comme un rapport de droit entre deux individus et d'autre part, la sanction de cette obligation n'est pas juridique mais simplement morale ou sociale. Dans le droit des affaires, le mot obligation a un sens très précis. C'est un titre mobilier émis par une collectivité sur un emprunt financier, généralement à long terme, remboursable avec intérêt sur une certaine période de temps. C'est là un sens juridique mais particulier et technique du mot obligation.

<sup>10</sup> L'obligation de faire contraint le débiteur à l'accomplissement d'une prestation (autre qu'une dation). Ainsi en est-il du salarié qui s'oblige à accomplir un travail ou de l'auteur d'un accident qui s'oblige à réparer le dommage causé. L'obligation de ne pas faire engage le débiteur à une abstention : ne pas construire, ne pas troubler le voisinage, ne pas faire concurrence qui résulte de la volonté exprimée des parties ou de la réglementation légale du contrat. Les obligations de donner sont mobilières ou immobilières selon leur objet, alors que les obligations de faire ou de ne pas faire sont toujours mobilières même si leur exécution concerne un immeuble (obligation de ne pas construire).

<sup>11</sup> C'est, par exemple, le cas de la loi qui oblige tous les employeurs à garantir la sécurité de leurs salariés.

quelque chose conformément au droit de notre cité »<sup>12</sup>. L'assujettissement<sup>13</sup> du débiteur au respect de ses engagements a été appréhendé par la doctrine à travers deux courants principaux : l'analyse moniste et l'analyse dualiste.

JHERING a été le premier à identifier les effets actifs et les effets passifs d'un droit<sup>14</sup>. Par la suite, et dans le cadre de la conception moniste de l'obligation, cette distinction proposée par JHERING a été adoptée et approfondie par WICKER<sup>15</sup>.

Selon l'analyse moniste de l'obligation, cette dernière se caractérise essentiellement par le droit qui appartient au créancier d'exiger du débiteur l'accomplissement de la prestation promise. Ainsi, bien que l'obligation soit un lien de droit entre le créancier et le débiteur, son contenu est défini par une majorité de la doctrine<sup>16</sup> en tenant compte de la seule personne du créancier. Ce contenu « se résume aux prérogatives par lesquelles lui est assurée l'exécution directe de la dette, c'est-à-dire son paiement »<sup>17</sup>, dans la mesure où l'obligation est appréhendée uniquement dans son aspect actif, en tant que droit au paiement. Sans ce droit au paiement, l'obligation n'a plus de contenu.

Face aux limites de cette conception, WICKER a proposé d'envisager le lien d'obligation non seulement du point de vue du sujet actif qu'est le créancier<sup>18</sup>, mais également du point de vue du débiteur pris en tant que sujet passif. En effet, l'analyse de la situation du débiteur montre que, pour lui, le respect de la force obligatoire du contrat implique que l'obligation d'exécution se double d'une obligation d'abstention. Cette obligation d'abstention correspond à la dimension comportementale<sup>19</sup> du contrat. Elle se manifeste par une restriction de l'autonomie

---

<sup>12</sup> Institutes de Justinien, III, 13, pr. cité par Y. PICOD, *Obligations*, Rép. civ. Dalloz, V, 2009, n° 3.

<sup>13</sup> Il constitue un état d'aliénation de la personne ou de la chose objet de l'obligation, au but poursuivi par l'obligation.

<sup>14</sup> L'auteur explique que les effets passifs d'un droit résident dans « l'état vinculé dans lequel le droit place la personne ou la chose, et qui se caractérise vis-à-vis de l'ayant droit comme subordination juridique et vis-à-vis de toutes les autres personnes comme exclusion juridique » R. V. IHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain* : trad. O. De MEULENAERE, Paris, Marescq, 1903, p. 331 à 498.

<sup>15</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Thèse Perpignan, LGDJ, 1996, n° 157 s.

<sup>16</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 250 et 264 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3ème éd., LGDJ, 1990, n° 191 ; C. LARROUMET et S. BROS, F. Terré, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11ème éd., Paris, Précis Dalloz, 2013, n° 2 ; contra. V. J. L. Aubert et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15ème éd., Sirey, 2014, n° 203 qui évoquent les aspects positif et négatif du rapport d'obligation.

<sup>17</sup> G. WICKER, « *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique* », *op.cit.*, n° 158.

<sup>18</sup> Dans son cas, l'obligation correspond toujours au pouvoir d'exiger la prestation promise, autrement dit au droit au paiement

<sup>19</sup> G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* : dir. de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, collection Actes, 2003, p. 151 s., n° 14.

juridique du débiteur qui ne doit rien faire qui soit susceptible d'entraver ou de rendre impossible l'exécution du contrat<sup>20</sup>.

Il résulte de ce raisonnement qu'à l'obligation correspondent deux aspects distincts mais complémentaires : d'une part, le rapport obligatoire envisagé comme le droit au paiement, qui correspond à l'effet actif de l'obligation et, d'autre part, le rapport obligatoire envisagé comme l'assujettissement du débiteur au but contractuel, qui correspond à l'effet passif de l'obligation.

4. Ce qu'il faut souligner, c'est que l'obligation contractuelle n'a pas d'intérêt en elle-même. L'obligation n'est pas une fin en soi mais un moyen technique. En d'autres termes, l'obligation est une notion fonctionnelle ; c'est une notion qui existe pour remplir une fonction. Cette fonction consiste à donner une satisfaction au créancier<sup>21</sup>. Si l'obligation existe, c'est pour procurer au créancier l'avantage qui découle du type de contrat conclu. Le contrat n'est pas seulement source de dettes et de créances. Il est promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le champ contractuel<sup>22</sup>. On peut donc affirmer que l'exécution de l'obligation est la raison d'être du contrat. C'est dire l'importance de l'exécution.
5. Au sens étroit, l'exécution signifie l'acte ou le fait qui réalise l'obligation. Au sens large, l'exécution englobe les mesures de contrainte que le créancier impayé peut diligenter pour obtenir son dû. Elle ne désigne plus alors un événement, mais un processus : celui de l'exécution forcée<sup>23</sup>.

L'exécution volontaire d'une obligation entendue comme son paiement est le mode normal d'extinction des dettes, quel qu'en soit l'objet<sup>24</sup>. Le paiement n'est pas seulement un résultat abstrait, le dénouement de l'obligation. Il est aussi l'activité concrète qui produit ce dénouement, les gestes et les efforts du débiteur. Ces deux aspects sont complémentaires mais, dans une certaine mesure, indépendants, parce qu'une même obligation est susceptible d'être dénouée par des activités différentes<sup>25</sup>. L'obligation ne préjuge donc pas des modalités d'exécution. Le Code civil français de 1804 contient à ce propos des dispositions éparpillées qui

---

<sup>20</sup> S. BOUREIMA SOUMANA, *La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des Sociétés*, Thèse, université de Bordeaux, 2015.

<sup>21</sup> Par exemple, le vendeur conclut un contrat de vente pour obtenir une somme d'argent (un prix).

<sup>22</sup> L. AYNES, note sous cass. civ. 1<sup>er</sup> 28 octobre 2003, *Revue des contrats*, 01 avril 2004, n°3.p.273.

<sup>23</sup> B. A. NGANDO, « *L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946)* », in *L'obligation : Etudes offertes au professeur P. G. POUGOUE* », (dir) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, pp 565 à 587.

<sup>24</sup> F. GRUA, « *L'obligation et son paiement, Aspects actuels du droit des affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, n° 2, p. 480.

<sup>25</sup> Par exemple, que les gestes de paiement soient accomplis aujourd'hui ou demain, l'obligation sera également éteinte. Que l'argent soit remis en une fois ou par paiement échelonné, au créancier ou à un tiers désigné par celui-ci, que les frais du paiement soient à la charge de l'une ou l'autre des parties, qu'on recourt au chèque, au virement ou aux espèces, le débiteur sera toujours libéré.

régissent le paiement en tant qu'activité, en précisant un certain nombre d'obligations quant à la manière de l'effectuer<sup>26</sup>. Mais ces dispositions ne signifient pas qu'à un type d'obligations s'attachent mécaniquement certaines modalités d'exécution. Les textes sont presque tous supplétifs. Les parties fixent les modalités du paiement à leur guise, car elles participent de la satisfaction du créancier, qui est une affaire de convenance.

L'obligation est du devoir être et son exécution est le passage à l'être, donc un retour au fait<sup>27</sup>. Mais exécuter est aussi une initiative, une décision, un choix, donc un acte, car le débiteur peut toujours préférer l'inertie à l'exécution spontanée.

6. Dans la pureté des principes, seul l'accomplissement spontané, par le débiteur, d'obligations identiques à celles qu'il avait annoncées s'analyse en une véritable exécution puisque le lien contractuel disparaît en ayant atteint son but : l'adéquation des engagements honorés aux promesses souscrites<sup>28</sup>. Le recours à la coercition étatique dénature l'opération car ce n'est pas le processus normal de satisfaction du créancier<sup>29</sup>. Du point de vue fonctionnel cependant, l'exécution sous contrainte présente une analogie avec le paiement régulier : son bénéficiaire est désintéressé après avoir reçu l'avantage matériel qu'il attendait<sup>30</sup>.
7. Lorsqu'elle est volontaire, l'exécution en nature, c'est-à-dire qui correspond exactement à l'objet de l'obligation (faire, ne pas faire ou donner), est de principe. Elle est la seule à donner pleinement satisfaction au créancier. Son étude relève logiquement du droit des obligations. L'exécution qui a pour cause l'impayé ou le risque d'impayé est pathologique, accidentelle et est au cœur du droit des obligations mais aussi des voies d'exécution. Cette exécution est une exécution forcée et consiste à mettre à la disposition du créancier l'usage légitime de droit et de la force en lui permettant, au besoin, de contraindre son débiteur à l'exécution de l'objet même du contrat. L'exécution forcée en nature suppose une inexécution volontaire par le débiteur de son obligation, excluant de son domaine d'application les hypothèses d'exécution spontanée ou d'inexécution excusées puisque provenant d'une cause étrangère. Elle englobe a contrario les hypothèses où, manquant à sa parole, le débiteur n'accomplit pas ou accomplit de manière

---

<sup>26</sup> Paiement doit être fait en principe au créancier ; il est parfois portable ; il faut fournir la chose même qui est due ; c'est au débiteur de faire l'appoint ; les sommes d'argent sont à remettre dans la monnaie qui a cours légal, etc. Voir les articles 1239, 1243 du Code Civil de 1804.

<sup>27</sup> L'obligation trouve son origine dans son effet. F.GRUA, « L'obligation et son paiement, Aspects actuels du droit des affaires », *op. cit.*, p. 480.

<sup>28</sup> Revue Lamy Droit civil-2011-n°376-4- une fonction de paiement.

<sup>29</sup> N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961, p. 19.

<sup>30</sup> D'où une sauvegarde de la concordance nécessaire entre l'objet de l'obligation et la chose remise, comme l'impose l'article 1243 du Code civil de 1804 qui, sauf commun accord des parties, interdit au débiteur de se libérer en offrant une prestation différente, même de plus grande valeur.

défectueuse l'obligation contractée. L'exécution forcée en nature recouvre, ensuite, plusieurs mécanismes avec pour commun objectif d'intimer au débiteur l'ordre de fournir la prestation due<sup>31</sup>.

8. Dans toutes les sociétés où s'établissent les rapports juridiques, l'efficacité des droits subjectifs implique l'exécution forcée en cas d'irrespect des obligations.

D'une manière générale, l'on admet que toute obligation a vocation à s'éteindre dans un temps raisonnable une fois que l'intérêt du créancier ait été satisfait, c'est-à-dire lorsque le débiteur a exécuté spontanément son engagement. Mais face à une défaillance caractérisée et persistante du débiteur, la procédure civile propose une solution de substitution : l'exécution judiciaire ou exécution forcée qui se manifeste par l'utilisation de moyen de contraintes exercées contre le débiteur pour lui imposer l'exécution de ses obligations. L'exécution forcée matérialise la dimension de l'obligation en tant qu'élément intrinsèque du contrat, celui-ci étant en occident l'expression d'une idéologie volontariste des rapports humains<sup>32</sup>. Former une convention, revient a priori à se mettre d'accord sur quelque chose. Instrument privilégié des échanges de biens ou de services à titre onéreux, le contrat est le pilier des relations entre les personnes dans une société non statutaire et économiquement ouverte.

---

<sup>31</sup> J. P. GRIDEL et Y. M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, 2008, n°21, I, 143, n°3.

<sup>32</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », *op.cit.* p 575.

L'OHADA<sup>33</sup>, champ de la présente étude n'est pas éloigné des préoccupations d'intégration<sup>34</sup> des Etats africains face à la tendance au regroupement des systèmes juridiques de par le monde<sup>35</sup>. Elle n'est ni une union politique ni une communauté économique. L'OHADA se rapproche beaucoup plus d'un ordre juridique<sup>36</sup>.

Le mot « espace », désigne une aire géographique interétatique au sein de laquelle se développe sous certains rapports une collaboration des autorités inspirée par une politique commune<sup>37</sup>. L'OHADA constitue de ce point de vue un espace<sup>38</sup>. L'espace peut être qualifié de juridique si l'on a en vue le champ de normes applicables, et de judiciaire, si l'on met en exergue la collaboration entre les autorités judiciaires pour l'application des normes.

---

<sup>33</sup> L'OHADA ; Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a vu le jour le 17 octobre 1993 à Port-Louis en île Maurice. Les objectifs de l'OHADA apparaissent très vite dès le préambule du Traité de 1993. La finalité de l'OHADA est l'unification du droit pour « faire de l'Afrique un pôle de développement ». Ainsi, la sécurité juridique et judiciaire est l'objectif immédiat, tandis que le développement économique de l'Afrique est l'objectif à long terme.

Sur le plan spatial, l'OHADA englobe les pays d'anciennes colonies françaises, espagnoles et belges de l'Afrique noire, aussi bien en Afrique de l'Ouest que de l'Afrique centrale. Il compte actuellement 17 pays à savoir : le Cameroun, la République centrafricaine, le Gabon, le Congo, la Guinée-équatoriale, la Guinée Bissau, le Tchad, le Niger, le Sénégal, le Mali, la Côte-d'Ivoire, le Togo, le Bénin, la République islamique des Comores, le Burkina-Faso, la République démocratique du Congo, la Guinée et la dernière adhésion du Congo. Sur le plan matériel, l'OHADA vise à uniformiser le droit des affaires dans l'ensemble de ces pays. Les contours de ce droit des affaires ayant fait l'objet de plusieurs tergiversations restent encore à définir. Sa spécificité résulte de ce que l'accent a été mis sur la supranationalité, qui permet d'introduire directement les normes dans l'ordre juridique interne des Etats parties sous la forme d'Actes uniformes. Les Actes uniformes sont directement applicables dans les Etats et abrogent toute disposition antérieure ou postérieure contraire. A ce jour, neuf Actes uniformes ont été élaborés et d'autres sont en voie de préparation. L'adoption d'Actes uniformes de l'espace OHADA, est l'œuvre du conseil des ministres de la justice et des finances.

<sup>34</sup> L'intégration selon P.F. GONIDEC, est « un processus et une situation qui, à partir d'une société internationale morcelée en unités indépendantes les unes des autres, tendent à leur substituer de nouvelles unités plus ou moins vastes, dotées au minimum du pouvoir de décision soit dans un ou plusieurs domaines, soit dans l'ensemble des domaines relevant de la compétence des unités intégrées ... » in, *Les organisations internationales africaines*, Harmattan, Paris 1987, p. 54 ;V° également. A. DIOUF, Propos introductifs lors de la troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA, Dakar 4, 5, 6 mai 2010.

<sup>35</sup> Sur l'état du droit en Afrique noire francophone avant l'OHADA, voir K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites Affiches* n° 205, 2004, p. 4 ; P.-G. POUGOUE, préface à l'ouvrage de Mme A. F. NGOMO, *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, Yaoundé, 1<sup>ère</sup> PUA, 1996.

<sup>36</sup> P. G POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial, Nov-Déc 2011, p.12.

<sup>37</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op.cit* p. 412.

<sup>38</sup> V. C. NGONO, « Réflexions sur l'Espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, N°6 Janvier 2016, pp. 197-224.

9. L'ordre normatif OHADA est constitué d'un ensemble de normes issues des Actes Uniformes. Dans l'espace OHADA cohabitent les Actes Uniformes ainsi que le droit positif de chaque Etat dans les domaines autres que le droit des affaires.

En lui-même, le système OHADA à travers ses différentes normes se constitue en un système juridique qui entretient des rapports plus ou moins étroits avec les différents systèmes de droit dont il s'inspire, bien qu'il s'agisse d'un modèle juridique assez particulier. Il existe une source majeure du droit OHADA qui est le système romano-germanique et des sources secondaires constituées par les autres systèmes de droit<sup>39</sup>.

Le système romano-germanique fait partie des quatre systèmes connus dont les trois autres sont : le système de la *Common Law*, le système des droits socialistes et autres systèmes<sup>40</sup>. Ce système encore appelé système de droit civil s'applique dans plusieurs pays dits continentaux parmi lesquels on a l'Allemagne, l'Italie et bien évidemment la France. Même si certains auteurs assimilent le droit romano-germanique au seul droit français et affirment que l'OHADA est d'inspiration française, les liens historiques de la majeure partie des Etats membres de l'OHADA ainsi que la langue française largement utilisée renforcent cette conviction<sup>41</sup>. Si on admet cette thèse, il faut se demander de quel droit français il s'agit ; celui-ci ayant subi plusieurs transformations. De même, le droit français ayant servi de source au droit OHADA a, lui-même, plusieurs sources formelles avec la prédominance de la loi<sup>42</sup> sur les autres sources, à savoir la jurisprudence, la coutume et la doctrine<sup>43</sup>.

Les autres sources d'inspiration du droit OHADA sont le droit international<sup>44</sup>, la *Common-Law*<sup>45</sup> et l'inspiration africaine. Cette dernière se traduit par certaines spécificités de certains Etats membres de l'OHADA comme le Sénégal<sup>46</sup>, le Cameroun<sup>47</sup>, la Guinée<sup>48</sup>.

---

<sup>39</sup> P. G. POUGOUE, « Notion de droit Ohada », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Lamy, 2011, p.1203.

<sup>40</sup> Droit musulman, hindou et juif ; droit de l'Afrique et de Madagascar

<sup>41</sup> P. G. POUGOUE, « Notion de droit Ohada », op.cit.

<sup>42</sup> Textes de loi contenus dans la plupart du temps dans des Codes.

<sup>43</sup> La doctrine est considérée beaucoup plus comme une autorité.

<sup>44</sup> Convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises, les règles de la CCI, les textes de la CNUDCI, principes d'UNIDROIT.

<sup>45</sup> Certaines règles de la *Common-Law* se retrouvent déjà indirectement dans le droit OHADA à travers le droit international ; l'intérêt de l'OHADA pour ce système réside aussi dans le fait que l'un des Etats partie applique du moins partiellement ce droit : il s'agit du Cameroun même s'il reste beaucoup à faire pour une intégration parfaite entre l'OHADA et les Etats africains non francophone.

<sup>46</sup> Avec la COCC.

<sup>47</sup> Procédure d'injonction de payer ; procédure d'inscription des sûretés au RCCM, droit de rétention considéré comme une sûreté autonome.

<sup>48</sup> Règles régissant le droit des sociétés commerciales.

10. L'OHADA procède depuis sa création à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Ce processus d'harmonisation à succès, avec dix Actes Uniformes déjà adoptés couvrant le domaine des matières définies à l'article 2 du traité n'a pas pu faire l'impasse sur l'importante discipline du droit des contrats. En effet, usant de son pouvoir d'inclure dans le champ du droit des affaires toute matière dont elle déciderait à l'unanimité, par le conseil des ministres, l'organe législatif de la communauté, l'OHADA a clairement et formellement<sup>49</sup> inclus le droit des contrats au nombre des matières à harmoniser. Cette extension du champ de compétence de l'OHADA s'est faite conformément à l'article 2 du traité de l'OHADA<sup>50</sup>. Cette décision est fort significative au regard des liens étroits et multiformes du droit des contrats avec l'activité économique des entreprises qui préoccupe le droit OHADA. Ainsi, à côté des initiatives foisonnantes d'harmonisation du droit des contrats à l'échelle européenne et internationale<sup>51</sup>, l'OHADA a envisagé déjà par deux fois des projets d'harmonisation du droit des contrats. Ces projets ont même été qualifiés de plus abouti par certains auteurs<sup>52</sup>. Au-delà des divers projets d'harmonisation du droit des obligations, l'OHADA a déjà réalisé de par son droit dérivé l'harmonisation de nombre de matières qui entretiennent des liens très étroits avec le droit des obligations<sup>53</sup>. Une théorie générale des obligations dans les contrats commerciaux pointe à l'horizon dans cet espace<sup>54</sup>. De plus chaque Etat membre de l'OHADA a son propre droit des obligations contenu soit dans le Code reçu de la période coloniale<sup>55</sup> et qui est resté inchangé, soit dans un Code postcolonial<sup>56</sup>.

---

<sup>49</sup> Décision 002/2001/CM du conseil des Ministres de la justice et des finances de l'OHADA tenu à Bangui en Centrafrique en mars 2001.

<sup>50</sup> Pour l'application du présent traité, entre dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçant, 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>51</sup> Travaux de la commission LANDO et les « Principles of European Contract Law » ; le projet de Cadre Commun de Référence (Common Frame of Reference) ; le projet GANDOLFI de Code européen des contrats, les travaux du groupe Von BAR portant sur un Code civil européen ; les travaux du projet « cas books or a common law for Europe » dirigé par le professeur VAN GERVEN ; les directives et demandes de commentaires suscitées par le livre vert de la Commission européenne, etc.

<sup>52</sup> J. MESTRE, « Regards contractuels sur l'OHADA », Actes du colloque sur La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : *Le droit OHADA*, organisé par le Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne, d'Aix-Marseille le 20 mars, Revue LAMY, Droit civil, n°67, janvier 2010, p.72.

<sup>53</sup> Vente commerciale par exemple.

<sup>54</sup> F. O. ETOUNDI, « Les linéaments d'une théorie générale des obligations nées des contrats commerciaux du droit OHADA », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, pp 749 à 773.

<sup>55</sup> Cas du Bénin.

<sup>56</sup> Cas du Sénégal, du Mali ou encore de la Guinée.

Dans le système juridique civiliste, la famille juridique de l'espace OHADA se déploie avec ses marques propres caractérisées par des sources aussi hétéroclites pour un même système pouvant aboutir à des résultats incohérents et contradictoires. Dans l'espace OHADA, on assiste à une sorte de métissage juridique, sans pour autant que chaque système juridique perde son identité propre. C'est dans ce système juridique que la présente étude, portant sur la question cruciale, essentielle, voire unique de l'exécution forcée en nature des obligations se déploie.

11. Aussi loin que remontent les sources relatives à l'écriture de l'histoire du continent africain sur les échanges commerciaux et antérieures à l'arrivée des européens<sup>57</sup>, l'économie de subsistance règne à peu près seule ; chaque groupe humain produit lui-même tout ce dont il a besoin : nourriture, case, vêtements, ustensile<sup>58</sup>. Cette thèse considère alors le Noir Africain comme détenteur de toutes les techniques d'acquisition et nient *ipso facto* la notion de la division sociale du travail et celle de la formation des castes. S'il peut être admis que chacun cultive sa propre terre et pêche pour ses propres besoins, cela ne peut être pour ce qui touchait à l'artisanat. Dans l'artisanat ménager, par exemple, l'industrie du tissage des nattes, des corbeilles, des filets de chasse, était très peu maîtrisée par l'ensemble des sociétés ce qui rendait les échanges commerciaux entre elles inévitables. C'était le cas également des autres types d'artisanat (forgerons, potiers). Celui qui ne connaissait pas ces métiers et qui voulait se procurer un pagne de raphia, un couteau, une machette, un panier devait nécessairement recourir au troc pour satisfaire ses besoins. La différence dans la maîtrise des techniques et dans les modes de vie sédentaire ou nomade des agriculteurs ou des pasteurs imposait par nécessité une certaine complémentarité en la matière entre les peuples.

Dans ces conditions, il apparaît qu'avant l'arrivée des explorateurs occidentaux, l'Afrique précoloniale connaissait déjà les échanges commerciaux. Cette activité commerciale, basée sur

---

<sup>57</sup> La période précoloniale choisie comme référence se situe dans l'intervalle qui part du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire de 1500 à 1889, bien que les sources orales ne permettent forcément pas de remonter facilement à la première extrémité. En effet, la première borne (XVI<sup>e</sup> siècle) s'applique en réalité au quart de siècle écoulé entre 1492 et 1518 pendant lequel de nombreux changements politiques ont eu lieu à l'intérieur de l'Afrique et sur ses côtes à l'heure même ou débutait la prodigieuse expansion économique et culturelle de l'Europe occidentale. La seconde borne (XIX<sup>e</sup> siècle) qui s'étend jusqu'en 1889 correspond à l'arrivée massive des Européens en Afrique. Elle correspond à la période de la mise en place de la traite, à son évolution, à celle des explorations, des implantations des missions chrétiennes du commerce légal sur la côte atlantique, des rivalités entre puissances européennes jusqu'à la conférence de Berlin de 1884 pour le partage et la conquête de l'Afrique.

<sup>58</sup> L. C. MBOYI-MOUKANDA, *La pratique des échanges commerciaux dans la société précoloniale du Gabon : XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, Histoire. Université Michel de Montaigne Bordeaux III, 2013, HAL Id: tel-00984318 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00984318>.

ce que l'on appelait le troc, remonte aux abysses de la préhistoire et se pratiquait dans ce cadre couramment. Les peuples trouvaient là une possibilité de pallier leurs insuffisances en échangeant entre eux des produits, des biens, voire des services<sup>59</sup>. Ce commerce est qualifié de troc parce que les produits s'échangeaient contre les marchandises, et non contre de la monnaie, entendu comme étalon de valeur et valeur de référence. Toutes les transactions ne se référaient pas, précisément à un étalon de mesure. Elle avait pour fin la satisfaction des besoins modestes, personnels, familiaux, lignagers, claniques ou au plus de la communauté culturelle en question.

12. L'amélioration de la qualité de vie, la recherche des produits rares et des objets précieux avaient fini par donner à l'économie d'autoconsommation un caractère plus important.

C'est d'abord la division du travail et son corollaire, l'échange, qui caractérisaient le système socio-économique négro-africain précolonial. Comme l'a montré le professeur DIOP<sup>60</sup>, les activités économiques précoloniales étaient organisées sur la base du système de caste qui caractérisait alors toute la structure sociale. S'étant appuyé sur l'exemple du Sénégal et de l'Egypte Antique, il montra que dans l'Afrique précoloniale, la société était structurée en castes que l'on pouvait distinguer en une catégorie supérieure et en une catégorie inférieure<sup>61</sup>.

L'échange en milieu local qui se pratiquait à l'échelon villageois et urbain. Sa sphère d'influence ne dépassait pas les chefferies et les royaumes. Il se faisait surtout par l'intermédiaire des marchés où l'on venait présenter les marchandises d'origine agricole, quelques produits manufacturés et en particulier les produits d'importation comme le sel, la potasse, les épices, etc.

L'échange avec les zones éloignées qui se faisait à travers un important réseau de routes caravanières ayant deux grandes directions nord-sud et est-ouest, à partir desquelles d'importants axes de circulation dépassaient de très loin le réseau routier actuel. Les échanges

---

<sup>59</sup> H. DESCHAMPS, *Histoire générale de l'Afrique noire. De Madagascar et des Archipels*, Tome I : Des origines à 1800, Presses Universitaires de France, Paris, 1970 p. 264.

<sup>60</sup> Le professeur Cheikh Anta DIOP est un historien, anthropologue, égyptologue et homme politique sénégalais.

<sup>61</sup> La caste supérieure regroupait selon lui, les agriculteurs et les grands chefs. Il faut dire que la supériorité de cette caste provenait sans doute de ce que l'agriculture, dans le monde précolonial, était considérée comme une activité sacrée. Ici, la terre était une divinité, symbole de fécondité, de régénération et source de vie ; elle s'identifiait à la Mère de l'humanité. Dans ce système d'échange, les artisans dépendaient des paysans.

La seconde grande catégorie de caste fut celle des autres métiers. Elle se scindait en diverses sous-castes correspondant aux diverses professions telles que forgerons, cordonniers, pêcheurs, éleveurs, chasseurs, orfèvres, vanniers, tisserands, potiers. Cette organisation selon le système de caste impliquait l'hérédité des professions qui recouvrait un sens mystique selon lequel un individu, même s'il assimilait toute la technique et la science liées à une profession qui n'était pas celle de sa famille, ne saurait l'exercer efficacement parce que ses ancêtres n'avaient pas passé le contrat initial avec la divinité qui l'avait communiquée à l'humanité.

Du point de vue organisationnel, trois types d'activités commerciales ont pu être distingués au sein de cette société.

entre régions débordaient l'espace des territoires et donc leurs frontières actuelles<sup>62</sup>. Enfin, il y avait aussi le commerce de traite, c'est-à-dire le commerce des comptoirs européens. C'est dire que l'Afrique avant la colonisation connaissait bien le monde des affaires qu'on peut qualifier aujourd'hui de local, de régional ou d'international.

13. Si, dans le droit contemporain, l'exécution sur les biens est le moyen le plus usuel pour faire face à l'inexécution, les époques antérieures ont largement pratiqué l'exécution sur la personne pour obliger le débiteur à s'acquitter de ses dettes<sup>63</sup>. Ainsi retrouve-t-on la contrainte par corps dans les plus anciens textes législatifs, qu'il s'agisse de la Bible<sup>64</sup>, du Code d'Hammurabi, mais aussi des anciennes lois égyptiennes, grecques ou romaines<sup>65</sup>. L'obligation était considérée comme un lien par lequel le débiteur se trouve enchaîné. Dans cette conception primitive, c'est donc la personne du débiteur qui répond de la dette. Ainsi dans le droit romain des origines, la procédure de *manus injectio* permet au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation, de priver son obligé de liberté et de le vendre comme esclave afin de se payer sur le prix de la vente. Le débiteur qui ne payait pas sa dette était réduit en esclavage, sa liberté offerte comme sûreté de sa créance. Le patrimoine était alors considéré comme l'accessoire de la personne, et pour arriver presque aux biens, il était nécessaire de s'emparer au préalable du débiteur lui-même. Cette conception ancienne de la contrainte par corps se traduit sous la forme de la mise en gage des personnes dans le droit traditionnel africain<sup>66</sup>. En effet, en droit traditionnel africain, on distingue d'une part les esclaves qui ont été capturés au cours des guerres intertribales, et de l'autre ceux qui, à cause de dettes non payées contractées par eux ou par un membre de leur famille, sont devenus esclaves de leurs créanciers<sup>67</sup>. Dans les sociétés islamisées, il était

---

<sup>62</sup> R. CORNEVIN, *Histoire de L'Afrique T2 : L'Afrique précoloniale du tournant du XVIe au tournant du XXe siècle*, Payot, Paris, 1966, p. 8.

<sup>63</sup> J. P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

<sup>64</sup> Matthieu 18 verset 25.

<sup>65</sup> L. DEYMES, *L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps*, Thèse, Université de Toulouse, Faculté de droit, LAVAUUR- Librairie M. BONAAFOUS, 1942.

<sup>66</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p.580.

<sup>67</sup> Chez les Bulu par exemple, le débiteur pouvait mettre en gage des esclaves ou des parents, à l'exception de ses père et mère, ou ascendant et des garçons ; c'étaient surtout des filles ou des femmes qui étaient mises en gage. La coutume bulu reconnaissait au créancier le droit de se saisir de la personne de son débiteur et de le garder aussi longtemps qu'il le voulait ou le pouvait, à condition de le nourrir et de le traiter avec humanité. Le gage ne conférait pas la propriété de la personne mise en gage. Le créancier gagiste ne pouvait théoriquement, ni en user ni en disposer. Ses obligations et ses droits étaient analogues à ceux d'un dépositaire. Il devait veiller sur la personne et la restituer dès que son débiteur l'avait désintéressé. La personne cautionnée ne subissait aucune diminution du fait de sa mise en gage ; elle continuait, dans la famille dans laquelle elle était donnée, une vie semblable à celle qu'elle menait dans sa famille d'origine et pouvait, à tout moment, recouvrer sa liberté par le paiement de la dette contractée.

fréquent, avant l'installation des Européens, que des personnes de condition libre soient mises en gage et rachètent par leur travail la faute que commettait le débiteur en ne s'acquittant point de ses obligations<sup>68</sup>.

14. En prenant possession des pays africains, la France y trouve une multitude d'ethnies<sup>69</sup> dotées, chacune, d'une organisation sociopolitique, et a fortiori, de systèmes juridiques reposant soit sur le droit musulman, soit sur les coutumes animistes, mais ayant des caractéristiques propres au droit africain qui est un droit « paysan », « collectiviste », « inégalitaire », « sacré », « oral ». Les notions de réciprocité des obligations, de respect de la parole donnée, de précautions contre la fraude ou de violence déterminaient le régime des contrats et des obligations<sup>70</sup>. Comme partout ailleurs en Afrique noire<sup>71</sup>, la responsabilité civile était liée à une conception de la société, qui loin de faire prévaloir les individus sur les groupes, était dominée par des relations statutaires et collectivistes. En matière d'exécution forcée, la mise en gage des personnes à des fins d'exécution effective des obligations souscrites était la pratique courante en droit traditionnel africain<sup>72</sup>.

L'on sait qu'en Occident les relations contractuelles se développent de préférence dans les sociétés faisant prévaloir les individus sur les groupes. Pour cela, il faut au préalable que la personnalité et les libertés individuelles soient garanties, le contrat étant, au sens du droit romain, un accord de volontés générateur d'obligations. Or, ce n'est qu'après 1946, que les indigènes commenceront véritablement à bénéficier des libertés publiques et individuelles dans le cadre de l'Union Française<sup>73</sup>. D'où l'intérêt de la période du mandat français dans les colonies<sup>74</sup> pendant laquelle la France introduit peu à peu la conception romaine du contrat dans

---

<sup>68</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », *op.cit.*, p. 584.

<sup>69</sup> Esquisse ethnologique pour servir à l'étude des principales tribus des Territoires du Cameroun sous mandat français, Bulletin de la Société d'Etudes camerounaises, juillet 1943 2<sup>e</sup> éd. ; IFAN, Centre local Cameroun Douala.

<sup>70</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », *op.cit.* p.581.

<sup>71</sup> T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1961, p.186.

<sup>72</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », *op.cit.*, p.567.

<sup>73</sup> L'article 82 de la constitution française du 27 octobre 1946 dispose que « les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé », que « ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits attachés à la qualité de citoyen français ». Par conséquent, aucune modification n'intervient dans le statut civil personnel des originaires du Cameroun et du Togo (Territoire sous tutelle ou Territoires associés) ne possédant ni la nationalité française, ni la qualité de citoyen français. Mais la qualité de citoyens de l'Union française confère aux indigènes camerounais la jouissance de tous les droits et libertés proclamés par le préambule de la constitution de la République française et dont ils bénéficient au même titre que les nationaux français. G.BOUVENET et R.BOURDIN, Codes et lois du Cameroun, tome 1, Haut-Commissariat de la République française au Cameroun, 1956-1958.

<sup>74</sup> De 1922-1946 pour certains Etats comme le Cameroun.

l'esprit des indigènes en même temps que paradoxalement elle restreint fortement leurs libertés pourtant indispensables à la pleine validité des obligations contractuelles<sup>75</sup>.

15. Au moment où débute la colonisation, à l'orée du XXe siècle, l'emprisonnement pour dettes est devenu une voie d'exécution résiduelle en Occident. La contrainte par corps qui y était à l'origine une véritable voie d'exécution s'est transformée en un moyen de pression<sup>76</sup>. En Allemagne par exemple, c'est l'emprisonnement subsidiaire qui tient une grande place dans la législation<sup>77</sup>, en Grande-Bretagne l'emprisonnement pour dettes n'est envisagé qu'en désespoir de cause<sup>78</sup>. En France, la loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps en matière civile, commerciale et contre les étrangers, et ne l'a maintenue qu'en matière pénale<sup>79</sup>.

Pour obliger les indigènes à respecter leurs engagements et devant les difficultés d'introduire l'exécution sur les biens<sup>80</sup> dans les sociétés indigènes en cas de non-respect des obligations souscrites, la France, tout en interdisant formellement la mise en gage des personnes qu'elle assimile à l'esclavage<sup>81</sup> n'a pas hésité dans le cadre de la justice indigène, à règlementer spécialement la contrainte par corps qui avait pourtant été supprimée en matière civile et commerciale par la loi métropolitaine du 1867<sup>82</sup>.

---

<sup>75</sup> B. A. NGANDO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles entre indigènes et européens au Cameroun sous mandat français (1922-1946) », *op.cit.*, p.567.

<sup>76</sup> L. DEYMES, « L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps », *op.cit.* ; J. P.LEVY, A. CASTALDO, Histoire du droit civil, loc.cit.

<sup>77</sup>A.PAIRE, *De la contrainte par corps*, Thèse, Université de Lyon, Faculté de droit, Lyon, 1934.

<sup>78</sup> J.AMOUROUX-MENARD, *Des divers modes de réalisation des droits du "jugement creditor" (créancier nanti de jugement) en droit anglais (voies d'exécution)*, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Faculté de droit, Librairie Arthur Rousseau, 1930.

<sup>79</sup> La loi du 22 juillet 1867 interdit expressément la contrainte par corps pour obtenir l'exécution forcée du débiteur en matière civile (la contrainte par corps demeure cependant en droit pénal (elle se nomme désormais contrainte judiciaire), car le paiement de la dette concerne l'intérêt public et non l'intérêt privé d'un créancier). Voir N. LEVRATTO, « Abolition de la contrainte par corps et évolution du capitalisme au XIX<sup>e</sup> siècle », *Économie et institutions*, 10-11, 2007, p.230.

<sup>80</sup> En France, la suite donnée à l'inexécution s'est déplacée de la personne à ses biens, ce qui correspond à un adoucissement de la contrainte en même temps qu'à une conception renouvelée de l'obligation. « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » dispose l'article 2284 du Code civil français. C'est l'affirmation de l'existence du droit de gage général, en tant que garantie naturelle de l'obligation<sup>80</sup>. Le patrimoine de la personne répond de toutes ses dettes. En conséquence, le créancier impayé, même chirographaire peut, sous certaines conditions, saisir les biens de son débiteur, meubles ou immeubles, les faire vendre et se payer sur le prix. V. C. BRENNER, « Voies d'exécution », *Revue Henri CAPITANT*, N°3, Décembre 2011, p.46.

<sup>81</sup> M. BERTAUT, *Le droit coutumier des Boulous-monographie d'une tribu du sud Cameroun*, Editions Domat-Montchrestien. F. Loviton et Co, Paris, 1935.

<sup>82</sup> Extrait d'un journal officiel français de 1893 : La disposition de la loi du 22 juillet 1867 portant suppression de la contrainte par corps en matière commerciale, civile et contre les étrangers ne sera appliquée en Indochine qu'aux Français, Européens et assimilés. Il n'est en rien modifié [...] contre les indigènes et les diverses catégories d'asiatiques énumérées par décret. Exemple de durées prévues en 1957 : De deux à 10 jours pour une amende inférieure à 10 000 francs, De un à deux ans pour une amende supérieure à 800 000 francs. Voir <http://chrysatcho.free.fr/avantprp.php>.

Dans la doctrine coloniale française, on considère que dans les pays où les garanties réelles sont insuffisantes et où l'état civil est imparfait, la contrainte par corps est un frein contre la mauvaise foi<sup>83</sup>. C'est pourquoi elle est maintenue dans les colonies françaises<sup>84</sup> malgré le décret du 12 Août 1891 qui, pourtant, y déclarait applicable la loi du 22 juillet 1867 portant abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

16. Dans le Code Civil de 1804 lui-même héritage du droit et des valeurs romaines, les suites données à l'inexécution contractuelle ne sont pas d'une grande clarté, d'une part et d'autre part ne se laisse pas découvrir aisément dans la présentation du code. En effet l'article 1101 énonce que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à faire à ne pas faire ou à donner quelque chose » précisant ainsi les obligations selon leurs objets : faire, ne pas faire ou donner. L'article 1134 alinéa 1 vient préciser la force obligatoire de ces contrats en énonçant que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». De son côté, l'article 1142 vient jeter un pavé dans la marre en énonçant que : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » déchainant du coup les passions de la doctrine et des raisonnements jurisprudentiels allant dans tous les sens. Il a été convenu que cet article ne remet pas en cause la force obligatoire des contrats contenant des obligations de faire ou de ne pas faire. Qu'il faut lire cet article avec d'autres articles du code civil comme par exemple l'article 1184<sup>85</sup>. La jurisprudence a essayé de contenir la limite (pourtant générale) édictée dans cet article à des obligations à caractère personnel. Les valeurs propres au droit romain et français ont été utilisées pour rechercher une cohérence à l'ensemble des solutions proposées par le Code ou aux solutions dégagées à partir du Code<sup>86</sup>. Le droit des obligations la *Common Law* est appelé à la rescousse ou pour contrarier les positions dégagées. Mais le débat au sujet des suites à donner à l'inexécution semble intarissable. Il existe des positions doctrinales et jurisprudentielles isolées qui sont néanmoins consacrées par la Cour de cassation française<sup>87</sup>. D'autres sont abandonnées pour être reprises sur la base d'autres

---

<sup>83</sup> P. LÉBOUCQ, « De la contrainte par corps dans les colonies », *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation coloniale*, Paris, 1902, volume XI, pp. 11-16 et 29-37 (Doctrine).

<sup>84</sup> H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé. Colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat*, Paris, Sirey, 1927. ; B. DURANG, « Le juge colonial et la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Comment faire semblant de ne pas comprendre le législateur ? », in *Le juge et l'outre-mer, Les roches bleues de l'Empire colonial*, (dir) B. DURAND et M. FABRE, Lille, Publication du Centre d'Histoire judiciaire éditeur, 2004, pp. 421-456.

<sup>85</sup> « ... 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 et intérêts ».

<sup>86</sup> Des valeurs comme la bonne foi, l'utilité, le juste etc.

<sup>87</sup> Voir la fluctuante jurisprudence sur les promesses de contrats.

fondements<sup>88</sup>. En un mot, le droit des obligations français à l'origine présentait un tableau pas totalement reluisant en matière d'exécution des obligations.

17. C'est un tel droit qui, au lendemain de la période coloniale est passé aux Etats nouvellement indépendant en Afrique. Trois principes permettaient de déterminer le droit applicable dans ces Etats<sup>89</sup> : le principe de la spécialité législative, le principe de l'autonomie législative et le principe de la continuité législative.

D'après le principe de la spécialité législative, les lois adoptées par l'Assemblée nationale française avaient également vocation à s'appliquer dans la colonie du Dahomey. Mais, pour ce faire, un texte devrait le requérir expressément ; soit la loi elle-même, soit un décret.

Au sujet du principe de l'autonomie, on retient que le parlement français perdait normalement la compétence de légiférer pour les colonies ; la Constitution dite de la Communauté française du 14 octobre 1958 ayant créé pour ce faire des assemblées territoriales dans les colonies. Les lois adoptées après cette date ne pouvaient plus être introduites dans les colonies.

Enfin le principe de la continuité législative. C'est la réception du droit antérieur. Pour éviter un vide juridique, les Etats nouvellement indépendants ont décidé de maintenir l'ordre juridique antérieur. Cette réception du droit antérieur a été opérée par des clauses de réception du droit antérieur contenues dans les différentes constitutions de ces Etats. Mais, le droit antérieur réceptionné par le nouvel État indépendant ne peut être que celui pour lequel le parlement local n'avait pas compétence législative. C'est dans cette logique que le Code civil français de 1958 qui était applicable dans la période coloniale est entré en vigueur dans les Etats africains et régit entre autre matière, les obligations contractuelles. Ce code promulgué au Sénégal par arrêté du gouverneur du 5 novembre 1830, a été étendu à toute l'Afrique occidentale française par le décret du 6 Août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, au Dahomey et en Côte d'Ivoire<sup>90</sup>. Ces trois colonies, avec le Sénégal, se répartissaient alors tout le territoire de l'AOF.

Les Etats qui n'ont pas adopté un droit des obligations propre après l'accession à l'indépendance ont donc confirmé dans leur ordonnancement juridique le droit des obligations

---

<sup>88</sup> C'est le cas dans les promesses de contrat de l'abandon de la condamnation à les dommages-intérêt en cas de violation de la promesse pour cause d'impossibilité d'exécution forcée des obligation de faire, pour la condamnation toujours à des dommages-intérêts en cas de violation de la promesse pour absence de consentement.

<sup>89</sup> A. N. GBAGUIDI, « Les principes fondamentaux de détermination du droit positif béninois », *in Droit applicable et application du droit*, Bulletin de Droit et d'information de la cour suprême, n° 001, 1997, p. 18 et s.

<sup>90</sup> D. KABORE, S. KABORE, B. A. KOUYATE, « Formation et ressources pour l'évaluation éthique de la recherche, module burkinabè », <http://elearning.trree.org/mod/folder/view.php?id=96>.

tel qu'hérité du colonisateur. C'est ainsi qu'au jour d'aujourd'hui certains Etats membres de l'OHADA comme le Bénin continue d'utiliser en matière d'obligation le Code civil français de 1958 tel que rendu applicable dans les colonies françaises. Les dispositions sus indiqués de ce code, avec tout ce qu'elles comportent comme contreperformance constituent donc le droit commun des obligations dans ces Etats quoique l'environnement social, politique et économique ne soit pas le même que celui ayant prévalu à l'adoption du Code Civil en France. Le champ d'application de ce code a été un peu réduit avec l'entrée en vigueur des Actes Uniformes de l'OHADA<sup>91</sup>.

Les arguments avancés pour expliquer la survie et même l'épanouissement des droits d'inspirations européennes dans ces Etats sont multiples : qu'il s'agisse de nécessité de maintenir le système colonial pour éviter de provoquer le vide juridique<sup>92</sup> ; de l'insuffisance des moyens humains et matériels pour africaniser le droit dès le lendemain de l'indépendance ; de la formation des juristes africain ; de l'absence de recours par les Etats africains au droit comparé comme source d'inspiration sans parler de l'absence d'échange d'information ; de la perception du développement du droit moderne après les indépendances comme un facteur de cohésion nationale pour neutraliser les ethnies et les communautés disparates ; de la perception du développement du droit moderne comme un facteur de progrès économique<sup>93</sup>.

18. Par ailleurs, l'Afrique a connu aussi l'introduction de la *Common Law* à la fin du 19<sup>ème</sup> et au début 20<sup>ème</sup> siècle. Comme ailleurs, la colonisation britannique en Afrique a respecté la très

---

<sup>91</sup> Exemple de l'acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés. Aux termes de son art. 150 al. 1 « Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent acte uniforme. Celui-ci n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur. Les sûretés consenties ou constituées ou créées antérieurement au présent acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction. » En outre, selon le professeur J.ISSA-SAYEGH, l'acte uniforme portant organisation des sûretés abroge tous les textes antérieurs ayant le même objet que lui, à savoir : le cautionnement ; la lettre de garantie à première demande ; le droit de rétention ; le gage ; le nantissement des titres sociaux, du fonds de commerce ; le privilège du vendeur de fonds de commerce ; le nantissement du matériel professionnel, des véhicules automobiles, des stocks de matières premières et de marchandises ; les hypothèques conventionnelles et les hypothèques forcées ayant les mêmes titulaires et le même objet ; les privilèges généraux et spéciaux ayant les mêmes titulaires et le même objet ; les classements antérieurs des sûretés. Pour plus d'information, v. les commentaires du professeur J.ISSA-SAYEGH concernant l'acte uniforme portant organisation des sûretés in, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002, pp. 619 et s.

<sup>92</sup> L'ordre économique ancien n'ayant pas changé de façon radicale, le besoin ne s'est pas fait sentir de modifier la législation correspondante, en particulier le droit des affaires. Compte tenu de la faiblesse de l'encadrement africain, il était nécessaire de maintenir en fonction les techniciens étrangers, qui étaient le plus souvent d'anciens cadres de la colonisation.

<sup>93</sup> Pour moderniser, il était souvent nécessaire de donner la préférence aux droits étrangers sur les coutumes nationales.

célèbre doctrine connue sous le nom de l'affaire Calvin<sup>94</sup> ou postnatus<sup>95</sup>, une des décisions de justice historique ayant ponctué l'évolution de la *Common Law* en Grande-Bretagne et dans le monde.

Au moment où surviennent les indépendances, les colonisés prennent le pouvoir dans leurs pays et la *Common Law* anglaise devient la *Common Law* ghanéenne, kényane, nigériane tanzanienne, etc. sous l'administration des magistrats africains<sup>96</sup>. Cette *Common Law* va donc se développer en Afrique et faire naître les *Common Law* africaines. La substance du nouveau droit reste largement inspirée de la *Common Law* anglaise. En effet, le droit des affaires, en particulier, est depuis lors régi par le droit anglais de *Common Law* reçu à savoir : les principes de la *Common Law*, la doctrine de l'équité et les lois et règlements d'application générale ainsi que les procédures et les pratiques en vigueur, inspirées des juridictions britanniques<sup>97</sup>. En général, le droit reçu a été adapté au contexte de chaque pays. La plupart des pays ont adopté la loi anglaise relative au contrat de vente de marchandise<sup>98</sup> et certains autres ont codifié les principes de base de la *Common Law*<sup>99</sup>.

Après avoir obtenu le pouvoir entier d'administrer sa partie du Cameroun, la Grande Bretagne décida d'administrer le Cameroun Britannique comme une partie intégrante du Nigéria, un protectorat britannique. Toutes les ordonnances promulguées au Nigéria après février 1924 étaient applicables 'aux Camerouns'<sup>100</sup> sous mandat britannique. C'est ainsi que la Common Law se retrouve présente dans l'espace OHADA. Mais sa présence se fait aussi remarquée

---

<sup>94</sup>(1608) 7 Coke Report 1a, 77 ER 377 ; Cour du Banc Roi: 1608, affaire Calvin, ER, King's Bench, vol. 77, pp. 377 à 411, le juge en chef Lord Edward Coke rédacteur de l'arrêt.

<sup>95</sup> Selon le roi Jacques Ier tous les sujets nés après le début de son règne en 1603 ne peuvent être considérés comme des étrangers dans aucun de ses royaumes, qu'ils possèdent donc la double-nationalité anglaise et écossaise.

<sup>96</sup> J. VANDERLINDEN, *Histoire de la Common Law*. (1996). Bruyant, données de catalogue avant publication (Canada), p. 43.

<sup>97</sup>Ces principes sont introduits dans les colonies Britanniques qui adoptent toutes les lois applicables en Angleterre avant la date de leur réception : Kenya (12 octobre 1897) ; le Ghana (24 juillet 1874) le Nigeria (1 janvier 1900), la Tanzanie (22 juillet 1920) ; Aubrey L. Diamond, *Sale of Goods in East Africa* (2008) 16 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 1045-1085, p. 7.

<sup>98</sup> Voir Ghana SGA 1962, Act 137; Kenya SGA 1893, Chapter 31; Nigeria SGA 1893; Malawi SGA 1893 Cap. 48; Tanzanie SGA 1931, Cap. 433; Uganda SGA 1932, Chapter 32; Zambie SGA 1893; Zimbabwe SGA 1893.

<sup>99</sup> S.FULLERTON JOIREMAN, *Inherited Legal Systems and Effective Rule of Law: Africa and the Colonial Legacy* (2001), 39 *Journal of Modern African Studies* pp. 571-596, p. 583; Tanzania Contract Law Act 345; Kenya Law of Contract Ordinance, 1960 (N° 43 de 1960) entrée en vigueur en janvier 1961 et abrogeant le Indian Contract Act, 1872 tel qu'il était en application et remplaçant «la Common Law en vigueur en l'Angleterre du droit des contrats tel que modifié par la doctrine de l'équité ». Au Ghana, Contracts Act de 1960 (Act 25) est entré en vigueur la même année et a fait d'importantes réformes dans le sens des réformes plus récentes adoptées ou proposées en Angleterre.

<sup>100</sup> Selon l'appellation de l'époque.

indirectement dans les Actes Uniformes de l'OHADA puisque ces derniers puisent à la source des instruments juridiques internationaux<sup>101</sup> auxquels la *Common Law* n'est pas étrangère.

19. Les Etats membres de l'OHADA ont donc été majoritairement sous l'influence du droit romano germanique à travers le droit français mais aussi sous l'influence de la *Common Law* à travers le droit anglais. Manifestement, le droit français relatif à la sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, dont beaucoup d'Etats Africains ont hérité, est porteur de nombreuses oppositions conceptuelles, à commencer par les oppositions du point de vue terminologique. Ainsi, distingue-t-on d'une part l'exécution forcée en nature et l'exécution par équivalent. Egalement, l'exécution par équivalent et la réparation par équivalent. Encore, l'exécution par équivalent et la réparation en nature, la réparation en nature et l'exécution en nature. Les termes récurrents qui s'opposent systématiquement « réparation » et « exécution », reflètent l'incertitude théorique inhérente à la notion de responsabilité contractuelle et sous-jacente à la distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle<sup>102</sup>.

L'existence, la justification, le domaine et la portée du principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles sont encore discutés en doctrine dans les systèmes de référence du droit OHADA. Dans le droit anglais l'exécution *in specie* relève des juridictions d'*Equity* qui jugent à l'aune des principes de bonne foi et d'équité. Ce « remède équitable » n'est accordé qu'à titre exceptionnel et fait chaque fois l'objet de discussions relatives à son opportunité. Dans le droit français, le droit à l'exécution est affirmé toujours avec des hésitations et réserves. Par-delà la diversité des techniques usitées, l'analogie ou la contrariété des solutions, il faut s'interroger sur les choix de politique juridique dont elles procèdent, sur les valeurs qu'elles sont supposées défendre, sur l'axiologie des sanctions<sup>103</sup>.

20. L'orientation à donner aux obligations contractuelles est tellement vitale pour l'espace OHADA que le premier projet d'harmonisation du droit des contrats<sup>104</sup> dans cet espace a échoué pour des raisons aussi bien politique que technique<sup>105</sup>. Le second projet d'harmonisation<sup>106</sup>,

---

<sup>101</sup> Comme les principes UNIDROIT.

<sup>102</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ* 1994, p. 223 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », *Mélanges CORNU*, PUF 1994. 429 ; P. REMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p.323 ; N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 2005, n°1, p.37.

<sup>103</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2002, cité par Y.M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ., Coll. Thèse, 2004, p.17.

<sup>104</sup> Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

<sup>105</sup> Dépouillement de la compétence des juridictions suprême nationale d'une grande partie des contentieux, choix des contrats à harmoniser, articulation avec les instruments juridique existant...

<sup>106</sup> Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA.

pour ne pas connaître le même sort que le premier, a renié la forme législative de départ du droit dérivé de l'OHADA. En effet le texte a été adopté comme un instrument juridique de référence auquel les Etats membres peuvent avoir recours afin de moderniser leurs droits des obligations. On est bien loin de l'effet immédiat, de l'applicabilité directe et de la primauté des Actes Uniforme de l'OHADA. Les contrats d'affaires déjà réglementés dans les actes uniformes et qui sont plus ou moins des contrats classiques<sup>107</sup> alimentent toujours les débats de la doctrine dans l'espace OHADA. Les contrats d'affaires qui n'ont pas fait l'objet d'un Acte Uniforme alimentent tout autant les débats doctrinaux quant à leur entrée dans le domaine matériel de l'OHADA. C'est le cas du contrat de crédit-bail, de l'affacturage, de la sous-traitance et de la distribution<sup>108</sup>. Enfin les contrats de droit public économique tel que l'affermage, la concession et les contrats de commande publique tels les BOT<sup>109</sup> et PPP<sup>110</sup> s'invitent dans les débats. Ceci témoigne de l'intervention de plus en plus accrue de l'Etat par le biais du contrat dans le champ économique et d'une conception de ces rapports avec les acteurs économiques privés.

En dehors de l'espace OHADA, les récentes réformes du droit des obligations font couler beaucoup d'encre et de salive au sujet des choix effectués. C'est le cas de l'ordonnance française de 2016<sup>111</sup> qui est venue en France modifier les dispositions du code civil en matière d'obligation. Les critiques doctrinales et jurisprudentielles émises pour ou contre le Code civil français d'avant la réforme dans ces différentes versions modifiées faisaient attendre les réformateurs dans un sens bien déterminé. La réforme a comblé beaucoup d'attentes comme elle a également surpris de part certaines positions ; précisément sur la possibilité ou non d'accorder l'exécution forcée en nature au créancier de l'obligation inexécutée.

---

<sup>107</sup> Vente commerciale, bail commercial, bail commercial devenu bail à usage professionnel, transport de marchandises par route, location gérance...

<sup>108</sup> P.- G. POUGOUE, Présentation thématique du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, p. 11.

<sup>109</sup> Le contrat "*build operate transfer*" est un contrat administratif d'origine anglo-saxonne. Il s'agit d'un des contrats centraux des opérations de Partenariats public-privé (PPP). Il permet à l'autorité publique de demander d'abord à une entreprise privée de construire à ses frais une structure destinée au service public. Ensuite, l'entreprise privée est chargée d'exploiter cette construction pendant un certain nombre d'années, ce qui lui permet d'amortir son investissement. Enfin, l'entreprise privée concède au pouvoir public la propriété de l'exploitation à la fin d'une période préétablie. Le pouvoir public obtient ainsi la jouissance de la structure, avec le personnel formé pour exploiter le service

<sup>110</sup> Partenariats Public-Privé.

<sup>111</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

21. Pour la *Civil Law*, la force obligatoire du contrat naît de l'échange des volontés tandis que pour la *Common Law*, la force obligatoire du contrat naît de la transaction engendrée par le contrat.

Le système d'exécution forcée dans la *Civil Law*<sup>112</sup> est basé sur des fondements bien déterminés comme le respect de la parole donnée parce qu'ayant gardé pendant longtemps l'influence du droit romano germanique empreint de morale. L'appel au respect de la loi contractuelle autrement dit l'exécution en nature semble prédominer.

Le système de la *Common Law*<sup>113</sup> est aussi basé sur des fondements bien assis ; des *writ*<sup>114</sup> aux juridictions statuant en equity<sup>115</sup>. La force obligatoire du contrat y trouve son fondement dans les transactions économiques plutôt que dans le respect de la parole donnée. L'exécution par équivalent sous forme d'octroi de dommages et intérêts prédomine.

Dans l'espace OHADA, on peut se demander ce qu'offre au créancier d'une obligation inexécutée le droit des obligations. Le constat en réponse à cette interrogation est que quand la prestation promise au contrat n'est pas exécutée à temps et conformément aux stipulations du contrat, on assiste à des succédanées d'exécution. L'exécution par équivalent<sup>116</sup> ou les dommages et intérêts prennent le pas sur la possibilité de forcer le débiteur de la prestation à exécuter en nature ce qu'il a promis. Dans les Etats membres de l'OHADA, nul n'ignore la teneur de ceux qui ont voix au chapitre : articles 1134, 1142, 1143, 1144 1184... Le professeur SOSSA écrivait que s'attaquer à certains principes ou articles de tradition civiliste tel que les articles 6, 1134, 1142 du Code civil (de 1804) quoique légitime puisse paraître l'entreprise, ne semble pas très avisé dans un environnement de juristes civilistes de culture française<sup>117</sup>.

22. Derrière le tour technique, souvent empreint d'une subtilité excessive, qu'emprunte le débat sur les suites de l'inexécution contractuelle, se dissimulent diverses préoccupations, toutes

---

<sup>112</sup> Beaucoup plus le droit français.

<sup>113</sup> Le droit anglais en particulier.

<sup>114</sup> Assignation par l'effet duquel les juridictions royales vont pouvoir être saisies, moyennant le paiement de droits à la chancellerie.

<sup>115</sup> L'Equity est un ensemble de Règles de droit dégagées et appliquées en Angleterre, à partir du XV<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1875, par la *Court of Chancery*, par opposition aux règles de la Common Law. «l'equity était devenue, depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, un corps de véritables règles juridiques, administrées par la Cour de la Chancellerie selon une procédure et dans des conditions qui ne le cédaient en rien, en formalisme et en minutie, aux procédures et conditions d'application de la Common Law ». Voir David, *Grands systèmes*, n° 303, p. 352. <https://nimbus.mcgill.ca/>.

<sup>116</sup> L'exécution par équivalent correspond à l'estimation de ce que le créancier aurait gagné si le contrat avait été exécuté par le débiteur. Il s'oppose aux dommages et intérêts qui correspondent à la réparation du préjudice né de l'inexécution. Il obéit au droit commun de la responsabilité : faute, préjudice, lien de causalité sous réserve du principe du non cumul de la responsabilité civile et de la responsabilité contractuelle.

<sup>117</sup> D.SOSSA, « Le champ d'application de l'Avant-Projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général/contrat commerciaux/contrat de consommation », *Revue de droit uniforme*, n°1 et 2, 2008, p.350.

essentielles pour le monde des affaires couvert par espace OHADA. Elles portent sur la notion même de contrat. L'obligation intègre-t-elle les suites de son inexécution ; le contrat, qui crée une obligation à la charge du débiteur, comporte-t-il en lui-même une obligation à l'exécution forcée en nature, au cas d'inexécution de son obligation par le débiteur ? Elles renvoient également au rôle du juge face au lien contractuel. Est-il asservi par le lien contractuel au point de devoir automatiquement prêter son imperium au contrat, pour contraindre à son exécution ? Au contraire, doit-il toujours rester maître des conséquences à tirer de l'inexécution du contrat, sous prétexte qu'il lui appartient de trouver la ou les sanctions les plus appropriées au cas d'inexécution ? Elles tiennent également à la notion même de force obligatoire du contrat. Celle-ci est-elle méconnue par une réparation par équivalent ou en est-elle la cause ? Elles portent encore sur les limites mêmes du contrat. Faut-il traiter à l'identique les obligations expressément stipulées par les parties et celles que la jurisprudence a découvertes dans le contrat ? Elles se nourrissent aussi du conflit entre la protection de la liberté individuelle<sup>118</sup>, et l'objectif de sécurité juridique ou contractuelle<sup>119</sup>.

23. Réfléchir sur un sujet tel que l'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA permet d'aller à la recherche de ce droit dans cet espace, d'analyser les suites données à l'inexécution des obligations nouées dans cet espace ainsi que les fondements de ces suites. L'identification de ces fondements permettra de confirmer ou d'infirmer la conformité des solutions retenues par rapport aux réalités endogènes africaines.

Plus spécifiquement, le but est d'aller, dans l'espace OHADA, à la recherche du droit à l'exécution forcée en nature, seul mode d'exécution à notre sens permettant d'octroyer au créancier l'utilité économique du contrat. Ce mode est également le seul pouvant établir une véritable confiance dans les affaires et est conforme à la force obligatoire du contrat. Il s'agira aussi d'identifier les obstacles à ce droit du créancier et de suggérer le cas échéant, une solution conforme aux valeurs et réalités africaines à forte charge éthique et idéalistes<sup>120</sup>. L'idéologie qui structure les sociétés et les droits traditionnels africains étant très fortement empreinte de concepts à dimension essentialiste comme la fraternité, le respect de la parole donnée, la solidarité.

Au vu des développements précédents, la question de droit qu'il infère de se poser est la suivante :

---

<sup>118</sup> Qui constitue le bouclier offert au débiteur défaillant pour ne pas être contraint à l'exécution forcée.

<sup>119</sup> Qui serait l'arme offerte au créancier pour imposer l'exécution.

<sup>120</sup> A. CISSE, « Introduction générale pour une approche plurale du droit africain », in *L'obligation, Etude offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun, 2015, p.23.

Existe-t-il un véritable droit à l'exécution forcée en nature des obligations en adéquation avec les valeurs africaines dans l'espace OHADA?

24. Profitant des balbutiements législatifs, la jurisprudence renvoie dans des directions différentes selon les problèmes, les juridictions, les époques au point parfois de sembler dépourvue de toute cohérence ou d'unité. Ces incertitudes trouvent au surplus un engrais fertile dans la diversité des schémas contractuels et la variété des conséquences qu'emporte l'inexécution, par un débiteur, de son obligation. Les litiges auxquels ils donnent lieu rendent la systématisation très incertaine<sup>121</sup>. L'inexécution d'un contrat a des effets pluriels, pouvant atteindre les prévisions du créancier ou dépasser très nettement ce qui aurait pu être anticipé. De toutes ces hypothèses, il paraît difficile de dégager un principe unique de solution.

La littérature juridique sur ce thème est particulièrement abondante. La diversité des opinions soutenues dans la doctrine est impressionnante, par son ampleur comme par sa richesse. La plupart des civilistes se sont prononcés sur cette question soit directement, soit indirectement. Le régime de l'inexécution est loin de se présenter à nous sous l'architecture rassurante d'un jardin à la française, dont les allées, parce que bien dessinées et nettement tracées, permettraient de suivre des voies bien distinctes. Il n'y a à l'évidence pas une position mais des solutions diverses, parfois contraires et contradictoires, qui s'entremêlent et font naître la controverse<sup>122</sup>. La réponse à la préoccupation principale soulevée sera à chercher en théorie générale dans le droit commun des obligations des Etats de l'espace OHADA. Elle sera également à rechercher dans les Actes Uniformes, droit dérivé de l'OHADA et composante du droit positif des Etats membres, à cause des liens très étroits entre le droit des obligations des Etats membres et le droit des affaires objet de l'intégration.

Il s'agit donc du droit interne des Etats membres de cet espace et plus particulièrement de la théorie générale des obligations contenues dans les Codes se rapportant aux obligations dans ces Etats. Ensuite, du droit OHADA en tant que droit uniforme. La législation comparée ne sera pas aussi du reste.

Un tel projet ne peut se réaliser que par une approche à la fois historique, sociologique et politique des systèmes juridiques africains et de ceux ayant inspiré l'Afrique car le sujet, embrasse le droit de l'exécution d'hier à aujourd'hui.

---

<sup>121</sup> Il faut compter avec des inexécutions fautives qui font naître un dommage, les inexécutions sans dommage ou encore les dommages qui ne sont pas la suite d'une inexécution fautive.

<sup>122</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op.cit.*, p. 37.

25. L'obligation, d'après les *Institutes* de Justinien est un lien de droit par lequel nous sommes astreint à la nécessité de payer quelque chose conformément au droit de notre cité. Les prérogatives des parties sont donc fonction de ce que la cité permet ou ne permet pas. D'où la recherche fondamentale de ces prérogatives et des valeurs qui fondent ces prérogatives dans un espace donné. Les Etats de référence dans l'espace OHADA choisis pour notre étude sont le Bénin et le Sénégal.

Le Bénin pour la raison que, depuis la période coloniale, cet Etat fait partie de ceux qui ne sont pas dotés d'une législation propre en matière d'obligation. Les dispositions de la législation béninoise en matière d'obligation sont donc celles du code civil français de 1804 tel que rendu applicable dans les colonies françaises en 1958. Cette législation constitue en outre le droit commun en matière d'obligation dans l'espace OHADA<sup>123</sup>. Les dispositions restées inchangé de cette législation depuis l'époque sont très peu favorables à l'exécution forcée en nature et continuent de s'appliquer aux relations contemporaines en matière d'obligation. L'adéquation de cette tendance avec les aspirations, les réalités, les objectifs et les valeurs recherchés par les droits africains et le droit OHADA est douteuse.

Le Sénégal pour la raison qu'il fait partie des Etats qui, au lendemain des indépendances, se sont dotés d'un Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC)<sup>124</sup>. On y retrouvera donc les tendances modernes du droit des obligations africain. A bien des égards, le législateur sénégalais s'est départi de la législation coloniale reçu et donc des contreperformances du droit commun dans l'espace OHADA. Il a, entre autres, affirmé la caducité de l'offre en cas d'incapacité ultérieure ou de décès du pollicitant<sup>125</sup>, le transfert de propriété solo consensus<sup>126</sup>, la consécration de la liberté contractuelle<sup>127</sup>, l'exception d'inexécution<sup>128</sup>, la possibilité de demander au juge de réduire l'obligation du créancier à sa demande suite à un manquement grave du cocontractant<sup>129</sup>, de la cession du contrat<sup>130</sup>. Mais dans le même temps, il n'a pas manqué de reprendre des solutions qui ne sont pas tout à fait en faveur de l'exécution en nature des obligations<sup>131</sup>.

---

<sup>123</sup> La réforme française de 2016 sur le droit des obligations ne s'appliquant pas directement aux Etats dans l'espace OHADA.

<sup>124</sup> Un peu comme l'ont fait la Guinée, le Mali.

<sup>125</sup> Article 80 du COCC.

<sup>126</sup> Article 283 AUDCG.

<sup>127</sup> Article 73 et suivant du COCC.

<sup>128</sup> Article 104 du COCC.

<sup>129</sup> Article 105 du COCC.

<sup>130</sup> Article 244 du COCC.

<sup>131</sup> Voir Article 7 par exemple sur la responsabilité en matière contractuelle.

26. Sous l'influence historique du système romano germanique, et sous l'influence contemporaine de la *Common Law*, la loi<sup>132</sup>, la jurisprudence ainsi que la doctrine ont été des instruments de cantonnement de la possibilité de l'exécution forcée en nature des obligations au profit de l'exécution par équivalent, et du développement de l'octroi des dommages et intérêts dans les Etats membres de l'OHADA. Des efforts de consécration de l'exécution forcée en nature ont été diversement entrepris mais restent sans adéquation avec les valeurs endogènes africaines. Pour tout ceci, la première partie de ce travail va être consacrée à l'existence dans l'espace OHADA, d'un certain droit à l'exécution en nature construit conformément à des valeurs étrangères à l'Afrique. (L'existence d'un droit à l'exécution d'essence étrangère). Et puisque pour un développement économique conforme aux valeurs africaines, on ne saurait se contenter de ces fluctuations dans l'affirmation de ce droit qu'il faut donc au demeurant densifier, la seconde partie sera consacrée à la nécessité de recourir à un droit à l'exécution légitimé par les valeurs africaines (La nécessité du recours à un droit à l'exécution légitimé par les valeurs africaines).

---

<sup>132</sup> Code civil français, les nouveaux droits africains des obligations, les actes uniformes de l'OHADA.

## Première partie : L'existence d'un droit à l'exécution forcée d'essence étrangère

27. Pour le professeur POUGOUE, «une famille juridique dominante de tradition civiliste existe dans l'espace OHADA. Elle s'est formée au fil du temps par trois couches successives. La strate de fond est le système juridique romano germanique, ou plus précisément la tradition civiliste à travers le droit français hérité de la colonisation tel que réinterprété au contact de la culture juridique personnaliste de l'Afrique noire. La strate intermédiaire est l'ensemble des réformes intervenues depuis les indépendances. La strate supérieure est formée des actes uniformes OHADA »<sup>133</sup>.

Dans l'espace OHADA, on note deux grandes catégories d'Etats. La première catégorie est faite d'Etats qui ont conservé dans leur droit positif le Code civil français tel que rendu applicable dans les colonies depuis la période coloniale auquel s'ajoute la législation de l'OHADA. C'est le cas du Bénin et du Togo, par exemple. La seconde catégorie est constituée d'Etats qui, bien avant l'avènement de l'OHADA, se sont dotés d'une législation propre en matière d'obligations en général. C'est le cas du Sénégal<sup>134</sup>, du Mali<sup>135</sup> et de la Guinée<sup>136</sup>. On note donc dans l'espace OHADA une cohabitation entre le droit OHADA<sup>137</sup> et le Code civil français de l'époque coloniale d'une part, et une cohabitation entre le droit OHADA et les nouveaux droits africains des obligations d'autre part.

28. Que l'on soit en présence des Etats qui ont conservé le Code civil comme droit positif ou en présence d'Etats qui se sont dotés d'une législation propre dans l'espace OHADA, le constat est que le droit à l'exécution forcée en nature est prévu dans les remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles. Mais ce droit vit sous la menace permanente d'autres droits qui veulent le supplanter et lui réserver une place de figurant. Ce n'est que suite à des constructions jurisprudentielles et doctrinales françaises controversées que le droit à l'exécution forcée en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur s'est affirmé (Titre1). Cette affirmation peine toujours à être consacré dans les législations de l'espace OHADA malgré les essais de démarcations au vu de certaines considérations classiques et nouvelles (Titre2).

---

<sup>133</sup> P. G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial, Nov-Déc 2011, p.20.

<sup>134</sup> Loi du 10 Juillet 1963 relative au Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC).

<sup>135</sup> Loi du 29 Aout 1987 fixant régime général des obligations.

<sup>136</sup> Code civil de 1983.

<sup>137</sup> Entendu comme le droit primaire découlant du traité et le droit dérivé provenant des organes de l'OHADA dont essentiellement les actes uniformes.

# Titre 1 : Un droit à l'exécution à l'origine admis par construction

29. Au Bénin, comme dans les autres Etats ayant conservé le code civil reçu de la colonisation, l'influence des valeurs du système romano-germanique est encore très remarquable puisque la législation n'a pas évolué dans ces Etats depuis la colonisation. Malgré un discours politique proclamant l'attachement indéfectible des dirigeants africains aux valeurs ancestrales, l'accession à l'indépendance n'a pas conduit à la suprématie du droit traditionnel et à la suppression ou, tout au moins, à la réduction du champ d'action du droit moderne. C'est plutôt le mouvement inverse qui s'est produit un peu partout, confirmation et développement du droit moderne ; marginalisation du droit coutumier<sup>138</sup>. Du point de vue idéologique, il y avait bien un mouvement révolutionnaire qui prônait la décolonisation intégrale, dans tous les domaines, en particulier dans le domaine juridique. Mais finalement, c'est la tendance modérée qui a pu, en mettant en avant les apports positifs de l'héritage colonial, imposer le principe de continuité : tout le droit d'inspiration occidentale, que les puissances colonisatrices avaient établi, a été confirmé dans les nouveaux Etats ; même dans les pays qui se sont déclarés socialistes, aucune voix ne semble s'être élevée pour en réclamer l'abrogation<sup>139</sup>.

30. Les valeurs transmises dans notre champ d'étude accordent une place très réductrice à l'exécution forcée en nature. Dans le code civil français de 1804 tel que rendu applicable dans les colonies françaises en 1958, qui constitue le droit commun en matière d'obligation contractuelle, nous constatons que, dans la lettre de la loi, l'exécution forcée en nature des obligations<sup>140</sup> n'existe quasiment pas (Chapitre 1). Il a fallu faire recours à des constructions jurisprudentielles et doctrinales pour admettre ce droit (Chapitre 2).

---

<sup>138</sup> D. HIEZ, « Le long processus d'élaboration du droit africain l'exemple de l'acte Uniforme sur les sociétés coopératives » in *La fabrique du droit en Afrique*, Revue de la fondation Raponda-Walker, Palabre Actuelles, N° 6, 2013, Actes du 1<sup>er</sup> Symposium Juridique de Libreville (21-22 Novembre 2013).p.249.

<sup>139</sup> I. NGUEMA, *La démocratie, l'Afrique et le développement*, 2, R.A.D.H., 1992, p.119. selon l'auteur, l'Afrique cherche moins à créer qu'à imiter, une tension permanente et un effort de rigueur soutenu ne sont pas la caractéristique de la mentalité africaine.

<sup>140</sup> Avant de revenir largement sur ce développement, on distingue par leur objet, les obligations de faire, de ne pas faire et les obligations de donner. Pour certains auteurs, la notion d'obligation de faire recoupe celle d'obligation en général. En ce sens, pour P. SIMLER ou LEREBOURS-PIGEONNIERE, « L'obligation de faire est celle qui a pour objet un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir et dont le créancier peut exiger l'exécution » P. SIMLER, « Classification des obligations », J.-Cl. Civil, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 89. Pour d'autres comme M. FABRE-MAGNAN, L'obligation de donner est un mythe et n'existe pas. M. FABRE-MAGNAN « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85 et s.

## Chapitre 1 : Un droit absent dans la lettre de la loi

31. Au Moyen-Age, la notion d'obligation n'était pas d'une parfaite pureté. Mais à partir du XII<sup>ème</sup> siècle, le droit de JUSTINIEN va fournir aux praticiens des formules précises et plus claires. « L'obligation est un lien de droit en vertu duquel nous sommes astreints à payer quelque chose, conformément au droit de notre cité<sup>141</sup> ». Cette définition des *Institutes de Justinien* sera complétée par celle du jurisconsulte PAUL: « la substance des obligations ne consiste pas à nous rendre propriétaires d'une chose, ou titulaires d'une servitude, mais à astreindre une autre personne envers nous, soit à transférer la propriété (*dare*) soit à faire (*facere*) soit à *praestare*, c'est-à-dire à exécuter toute autre prestation<sup>142</sup> ». Chacune de ces obligations obéissait à un régime juridique bien déterminé.

Dans le Code civil encore applicable dans les Etats membres de l'OHADA, le lien entre le créancier et le débiteur peut avoir pour objet de faire, de ne pas faire ou de donner une chose<sup>143</sup>. De l'objet de l'obligation du droit romain ancien, qui peut être soit de *dare* soit de *facere* ou encore de *praestare*, on est passé à donner, faire ou ne pas faire quelque chose dans le Code civil. Il faut remonter au passage des principes romains au Code civil français pour y découvrir les germes des imperfections que portent nos législations en matière d'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. Deux remarques retiendront notre attention : l'une de fond et l'autre de forme. La première, se rapporte à l'omission par les rédacteurs du Code civil que nous avons hérité, des obligations de *praestare* du droit romain (Section 1). La seconde se rapporte à la dispersion des remèdes à l'inexécution dans le Code civil ce qui n'est pas de nature à faire clairement ressortir la doctrine du code civil en cas d'inexécution (Section 2).

---

<sup>141</sup> Institutes de Justinien, III, 13, pr. cité par Y. PICOD, « Obligations », V, *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 3.

<sup>142</sup> E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 1937, p. 10.

<sup>143</sup> Article 1126 du Code civil.

## Section 1 : Le code civil sans les obligations de *praestare* romain

32. La distinction des obligations de donner et de faire trouve un de ses prolongements dans les modalités respectives d'exécution de ces obligations. On connaît l'équation classique de départ : l'obligation de donner est susceptible d'exécution forcée, l'obligation de faire ne peut que se résoudre en dommages et intérêts. Mais l'admission de plus en plus large par les tribunaux de l'exécution forcée de certaines obligations de faire, soulève des interrogations. En effet, lorsque les juges admettent l'exécution forcée de ces obligations de faire, on se demande s'ils ne visent pas en réalité une catégorie d'obligations, qui ne se confond ni avec l'obligation de faire *stricto sensu*, ni avec l'obligation de donner. Au fond, par-delà l'attitude quelque peu déconcertante des tribunaux se dessinent les traits d'une nouvelle catégorie d'obligations. On songe au *praestare* romain que les rédacteurs du Code civil ont omis de nommer en le laissant de côté<sup>144</sup>.

La difficulté qu'il y a à comprendre le fait que des obligations sensées être des obligations de faire ou de ne pas faire se perdent dans le régime des obligations de donner et vice versa, semble se justifier par l'omission de obligation de *prastare* dans le Code civil français (Paragraphe 1). Cette obligation, sans être clairement isolée, voit son régime se répartir sur les régimes des autres obligations. Remettre les obligations de *praestare* dans le Code ne fera que corriger cette absence de cohérence dans le régime juridique des obligations (Paragraphe 2).

---

<sup>144</sup> G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001 p. 41.

## Paragraphe 1 : L'omission des obligations de *praestare*

33. Au regard de l'exécution en nature ou directe, la distinction *a priori* entre obligation de donner, obligation de faire ou de ne pas faire, ne correspond pas toujours à la réalité. Il existe des obligations de donner dont l'exécution directe est impossible<sup>145</sup> et à l'inverse, des obligations de faire dont l'exécution directe est possible<sup>146</sup>. Du point de vue de l'effet de l'obligation, la distinction perd donc de son sens. Au sein même de la catégorie des obligations de faire, on assiste à un véritable mélange des régimes révélant du même coup l'inadéquation entre la nature assignée à ces obligations et le régime qui leur est applicable<sup>147</sup>.

Nous constatons donc que la *summa divisio* du code civil s'est faite en marge des obligations de *praestare* (A), mais que ceci n'a pas empêché que le régime juridique de ces obligations se retrouve de manière éparse dans le code civil (B).

---

<sup>145</sup> Il en est ainsi notamment dans l'hypothèse où le débiteur (vendeur par exemple) a perdu la chose due. E. MEYNIAL, *De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire*, Thèse. Paris, 1887, p. 386, note 1.

<sup>146</sup> Le mandataire qui n'exécute pas l'acte juridique objet du contrat de mandat en absence d'impossibilité. Voir aussi W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p.700.

<sup>147</sup> A titre d'illustration, V. Soc. 22 oct. 1954, Bull. civ. IV, n° 632 : « Le contrat par lequel un entrepreneur de spectacles s'engage vis à vis d'une société d'exploitation de salles de cinéma à veiller à la programmation est une obligation de faire. Dès lors, doit être cassée la décision qui, au lieu d'accorder des dommages et intérêts, ordonne la restitution au salarié de son droit de programmation ». Et encore, Civ. 3<sup>e</sup>, 24 juin 1971, Bull. civ. III, n° 411 : l'entrepreneur, responsable de malfaçons, peut échapper à l'exécution forcée consistant à réparer ces malfaçons et substituer une réparation pécuniaire à l'exécution en nature, conformément à l'article 1142 du Code civil ». Rapp. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1965, Bull. civ. I, n° 437.

## A- La *summa divisio* du Code civil occultant l'obligation de *praestare*

34. Au cœur du débat, l'article 1126 du Code civil. Aux termes de ce texte : « 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 ». Classées en fonction de leur objet qui consiste soit à donner, soit à faire ou ne pas faire, les obligations<sup>148</sup> se partagent en deux groupes exactement symétriques. Le premier est construit autour de la remise d'une chose, le second autour de celle d'une action de la personne. Dans la première catégorie, la présence d'une chose y est déterminante, dans la seconde, l'activité de la personne y est essentielle. On retrouve ici l'opposition qui affecte la relation des personnes et des choses<sup>149</sup>. De cette *summa divisio*<sup>150</sup> découle toute la difficulté.
35. Qu'est-ce d'abord que l'obligation de donner ? Mythe pour les uns<sup>151</sup>, réalité diversement appréhendée pour les autres<sup>152</sup>, la notion est aujourd'hui le siège de nombreuses controverses. Loin de faire l'unanimité<sup>153</sup>, elle soulève de surcroît d'épineux problèmes au sein même des auteurs qui admettent son existence. Il existe entre eux d'importants clivages, les uns et les autres ne conférant pas à ce terme une réalité juridique univoque.

---

<sup>148</sup> Lien de droit par lequel nous sommes astreints par nécessité à payer quelque chose, Institutes de Justinien, *op.cit.* III, 13.

<sup>149</sup> Pour cet auteur, la distinction des obligations de donner et de faire ne prend tout son sens que si elle est rattachée à la distinction des choses et des personnes. Les premières sont des obligations dont les prestations sont axées sur des choses, alors que les obligations de faire sont des obligations dont les prestations sont liées à la personne. N. PRYSBYS-GAVALDA, *L'obligation de donner*, Thèse Montpellier, 1997 p. 68.

<sup>150</sup> Le rôle d'une *summa divisio* consiste à permettre d'établir une distinction entre plusieurs situations afin de faciliter la détermination de la règle de droit applicable. F. GENY., *Science et technique du droit positif*, 1921, Librairie Sirey, 3<sup>e</sup> partie, p. 161.

<sup>151</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p.85 et s. ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, *Chron.*, p.68. ; C. S. ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mélanges P. RAYNAUD*, 1985, p. 733 et s. spéc. n° 25 ; J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981.*Chron.* 1 et s.

<sup>152</sup> P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, p.673 et s. ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations » *RTD civ.*, 2000, p. 477. ; F. ZENATI, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations », *RTD civ.* 1994, p.132 et s. ; N. PRYSBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, Thèse, Montpellier 1997, N°659, p.306.

<sup>153</sup> « L'obligation de donner est impossible car elle résulte d'une contradiction dans les termes mêmes.... (de surcroît), le recours à l'obligation de donner est dans la plupart des cas inutile ... Il fausse parfois le raisonnement et conduit à des solutions inexactes... ». M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *op. cit.*, p. 88 n° 4 ; « S'il faut rechercher quelque part l'obligation de donner, c'est au Panthéon des obligations » P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats Spéciaux*, Litec, 2000, n° 149. ; « Ce qui exclut l'existence d'une obligation de donner, ce n'est ni l'instantanéité ni la simultanéité du transfert de propriété, mais l'automatisme proprement inhumain de celui-ci. Le transfert s'opère sans la médiation de la volonté et de l'activité du débiteur ». L. AYNES, « La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes », *Economica*, 1984, n° 265. ; B. STARK, H. ROLLAND et L. BOYER, *Obligations*, Litec, n° 1371 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 1999, n° 259.

36. Quant à la catégorie des obligations de faire, elle est déjà immense. Il en est ainsi compte tenu du développement sans précédent des activités des services. La notion d'obligation de faire était par ailleurs appelée à prospérer du fait même des évolutions sémantiques inhérentes à cette notion. Dans le Code civil en effet, le terme « faire » désigne l'activité de la personne conçue dans une opposition à la passivité des choses livrées. Mais il ne désigne pas toutes les activités puisqu'il exclut les actions de remise, les livraisons.

Par glissement sémantique, le terme faire, en droit, est devenu synonyme de celui qu'il revêt dans le langage courant. Ainsi, l'obligation de faire est définie comme « un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir »<sup>154</sup>. La catégorie des obligations de faire est donc devenue extrêmement large. Ce caractère de généralité est tel que la définition de l'obligation de faire pourrait, selon certains, être celle de l'obligation<sup>155</sup>. La catégorie des obligations de faire devient ainsi la catégorie ouverte ou refuge. Est obligation de faire tout ce qui n'est pas obligation de donner<sup>156</sup>.

37. Il existe, par ailleurs, des obligations qui reçoivent une double qualification. Il ne suffit donc pas d'affirmer péremptoirement que telle ou telle obligation relève de telle ou telle catégorie juridique, encore convient-il de trouver le support juridique adéquat permettant de justifier une telle assertion. Et dans cette recherche, il faut bien se rendre à l'évidence : la classification binaire retenue par les rédacteurs du Code pêche par son insuffisance. L'équivoque qui s'attache à la définition des obligations de donner et de faire ne permet ni de cerner clairement leur nature juridique ni de délimiter leur champ d'application respectif. L'on ne peut donc se satisfaire de la division actuelle génératrice d'une grande incertitude sur l'ombre de laquelle pèse, de surcroît, l'ambiguïté d'un terme à sens multiples<sup>157</sup>. Les difficultés inhérentes à la nature des obligations dont il s'agit se répercutent sur leur régime juridique avec une focalisation très nette du contentieux sur l'admission ou le refus de l'exécution forcée en nature de l'obligation.

---

<sup>154</sup> P. SIMLER, « Classification des obligations », J.-Cl. Civil, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 89.

<sup>155</sup> Ibid. L'auteur se réfère à LERBOURS-PIGEONNIERE, « L'obligation de faire est celle qui a pour objet un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir et dont le créancier peut exiger l'exécution ».

<sup>156</sup> « Le Code civil a distingué trois objets de l'obligation : donner, c'est-à-dire transmettre la propriété, (dare et non pas consentir à une donation, donare), faire ou ne pas faire (art. 1101, 1126). J. CARBONNIER, *Droit civil*, Les obligations, 22<sup>e</sup> éd. 2000, n° 10, p. 34.

<sup>157</sup> J. BECQUARD, Les mots à sens multiple dans le droit civil français, PUF, 1928 p.15. ; G. Cornu, *Linguistique juridique*, LGDJ, 1992, p. 88 et s. n° 20 et s.

## B- La présence éparsée du régime des obligations de *praestare* dans le Code civil.

38. Véritable catégorie cadre, le *praestare* offre des possibilités de classement. En ressuscitant l'obligation de *praestare*<sup>158</sup>, on pourrait parvenir à redonner une certaine cohérence à la distinction des obligations en fonction de leur objet. Le droit romain<sup>159</sup> a reconnu formellement son existence<sup>160</sup>. La notion était ainsi utilisée dans des hypothèses déterminées conformément à la casuistique établie par les Institutes. Tel était le cas à la fois dans le contrat de vente, pour systématiser l'obligation de délivrance<sup>161</sup> et dans le contrat de location, pour définir l'obligation du propriétaire à l'égard du locataire relativement à la jouissance de la chose. Pour le paiement, la manière de l'exécuter variait suivant l'objet de l'obligation<sup>162</sup>.

Bien que soigneusement étudiée en droit romain, l'obligation de *praestare* va pourtant disparaître, en apparence tout au moins<sup>163</sup>, des textes et écrits. Curieusement, le Code civil, ne la nomme pas non plus<sup>164</sup>.

39. L'obligation de *praestare* ne figure pas dans la nomenclature des obligations classées selon leur

---

<sup>158</sup> « Aujourd'hui, l'obligation de *praestare* mériterait sans doute d'être davantage exploitée, (elle) a été complètement oubliée ». M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *op. cit.*, p. 88.

<sup>159</sup> Digeste, 44, 7, 3, « *Obligaciones substantia (...) constitit (...) ut alium nobis obstringet ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » : « La substance des obligations consiste à astreindre une autre personne envers nous, soit à *dare*, soit à *facere*, soit à *praestare* quelque chose ».

<sup>160</sup> J. -L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, p. 19 et 20, n° 7. ; S. VICENTE, *L'activité en tant que bien, Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999, t. I, n° 86.

<sup>161</sup> Ulpien remarquait ainsi dans le digeste que « premièrement, le vendeur doit faire à l'acheteur la délivrance de la chose » (Dig.19, 1, 11, 2). Paul relevait encore que « si le vendeur cesse de posséder la chose sans sa faute, de manière qu'il n'en puisse faire la délivrance, il n'est plus obligé à livrer la chose à l'acheteur mais seulement à lui céder ses actions, et par conséquent l'estimation de la chose s'il l'a reçue » (Dig.18, 4, 21 *in fine*).

<sup>162</sup> Faisait valoir à cet égard que « ... pour exécuter l'obligation qui a pour objet une *datio*, il faudra recourir aux modes d'acquisition de la propriété : la *mancipatio*, l'*in jure cessio* ou la *traditio* ; le débiteur qui est tenu de *praestare rem* livrera la possession de la chose, celui qui a promis de *facere*, exécutera le fait convenu (...) ; enfin le débiteur soumis à une obligation de ne pas faire (*non facere*), s'abstiendra de tout acte contraire à l'objet de son obligation » .R. MONIER , *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6<sup>e</sup> éd. 1947, Domat-Montchrestien, n° 162.

<sup>163</sup> L'influence des règles de droit romain sur les systèmes juridiques qui lui ont succédé a été fort bien décrite en matière de responsabilité civile. Elle ne diffère pas de celle qui a caractérisé l'évolution du droit des contrats. Il est possible de transposer à la matière qui nous intéresse l'évolution ainsi retracée. « Les théologiens catholiques eux-mêmes imprégnés de culture gréco-latine ne renièrent jamais l'héritage du droit romain, cherchant seulement à lui insuffler une nouvelle inspiration tirée des principes de l'Évangile. Les juristes de l'ancien droit soucieux de ne pas perdre le bénéfice de cette tradition romaine dont ils saisissaient parfaitement la valeur ont interprété ces textes dans un esprit chrétien ce qui les a conduits notamment à remodeler les solutions romaines en plaçant à la base de la responsabilité juridique les conceptions chrétiennes relatives à la responsabilité morale » G. VINEY, *Introduction au droit de la responsabilité civile*, Traité de droit civil, LGDJ, 1995, 2<sup>e</sup> éd. n° 11.

<sup>164</sup>P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, vol. 14, p. 46.

objet. Mais elle n'est pas pour autant bannie du Code civil<sup>165</sup>. Les raisons de ce silence formel peuvent être de plusieurs sortes. Il y a d'abord la très grande proximité existant entre les obligations de *dare*, de *praestare* et de *facere*<sup>166</sup>. Il en est d'autres, plus souterraines, qui peuvent puiser leur origine à des sources plus hypothétiques.

Des textes hérités du droit romain, lesquels ne sont pas toujours d'une grande limpidité, ne demeurent en réalité que ceux qui étaient compatibles entre eux. Ainsi, là où les romains prévoyaient telle ou telle distinction, utilisaient telle action dans un but précis, agissant au coup par coup, POTHIER<sup>167</sup>, soucieux de clarifier le droit existant, s'efforcera de synthétiser<sup>168</sup>. Mais ce faisant, il ne se contentera pas de reproduire les solutions romaines. Systématisant dangereusement, il fera des choix, gommara tout ce qui lui semble obscur et cela au détriment de certaines règles. Le *praestare* aurait peut-être fait les frais d'une telle systématisation. Le *praestare* est de surcroît fortement chargé de connotations péjoratives. Il existe en droit romain une parenté évidente entre le *praestare* et les contrats relatifs à la délivrance d'une chose corporelle. L'esclave étant juridiquement dépourvu de personnalité juridique pouvait être l'objet d'un *praestare*. Plus tard, sous l'égide du christianisme, et de la condamnation subséquente de l'esclavage, il est très possible que l'on ait préféré laisser de côté une obligation qui évoquait trop de réminiscences condamnables<sup>169</sup>. Si cette hypothèse était plausible, elle pourrait expliquer que les rédacteurs du Code civil aient préféré occulter le *praestare*, précisément parce qu'ils étaient fidèles à l'enseignement du très chrétien et romaniste Domat<sup>170</sup>.

40. L'on peut avancer dans ces conditions qu'au moment de la rédaction du Code civil, il n'y a pas eu à proprement parler de rupture par rapport au droit antérieur mais une certaine continuité<sup>171</sup>. Ses rédacteurs n'ont pas véritablement ignoré la catégorie des obligations de *praestare*. Ils y ont d'ailleurs fait référence dans tel ou tel texte particulier. Cette obligation a ainsi une place de

---

<sup>165</sup> Cette catégorie trouverait même une consécration directe à l'article 1127 du Code civil. Sur cette question, V. A. SERIAUX, *Droit civil, Contrats civils*, PUF, droit fondamental, n° 5 et n° 7.

<sup>166</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations op.cit.*, p. 46. ; « Les contrats portant sur un transfert de propriété assument en même temps des obligations de *praestare* de *facere* et de non *facere* ... les contrats qui visent seulement à mettre un bien à disposition d'autrui emportent à leur tour des obligations de faire ou de ne pas faire ». Et plus loin : « Disposer (transférer la propriété) diffère par nature de mettre à la disposition. Il n'y aura pas de retour de la chose elle-même dans le premier cas, il doit y en avoir dans le second. Disposer et mettre à la disposition diffèrent eux-mêmes l'un comme l'autre par nature de rendre un service... ». A. SERIAUX, *Droit civil, Contrats civils*, PUF, 2001, . n° 5.

<sup>167</sup> R. -J. POTHIER (1699- 1772) est un juriste français. Il fut le premier juriste à rassembler et à présenter, dans un ordre naturel et méthodique, les maximes et les principes du droit romain, si épars et confus dans les compilations de Justinien.

<sup>168</sup> G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001 p. 41

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> J. -P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations... », *op. cit.* n° 33.

prédilection dans les contrats non translatifs de propriété réglementés par le Code civil tels que le louage, le dépôt, le prêt à usage... La coïncidence de ces obligations avec celles qui visent à « transmettre la possession réelle qui n'a aucune relation avec le transfert de la propriété » comme s'y oblige le bailleur par exemple, va permettre leur identification en obligations de *praestare*.

Située aux confins du droit des biens et du droit des contrats, l'obligation de *praestare* naît du dessaisissement (présent ou futur) du débiteur et de la mise en possession consécutive du créancier relativement au bien vendu, loué, prêté... il faut rappeler à cet égard que les obligations conventionnelles sont situées dans le Code civil au livre intitulé : « Des différentes manières dont on acquiert la propriété<sup>172</sup> ». Or, la possession fait songer immédiatement à la propriété. La théorie générale de la possession est d'ailleurs étudiée la plupart du temps dans les ouvrages consacrés aux biens. Cette constatation s'explique. La possession des choses, des droits réels, a été en effet le creuset dans lequel la notion de possession a été élaborée<sup>173</sup>. Celle-ci connaît pourtant des applications très différenciées<sup>174</sup>. Quoique fort peu étudiée, la notion se retrouve en droit des contrats, plus précisément dans les contrats qui supposent une *traditio*. La mise en possession permettra la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit. Elle constitue ainsi la substance de l'obligation de délivrance du vendeur ou du bailleur<sup>175</sup>, ou bien encore l'élément constitutif de la remise de la chose par le prêteur. L'obligation de *praestare* peut même être systématisée à travers la formule très générale de l'article 1127 du Code civil qui énonce : « le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, objet de contrat ».

---

<sup>172</sup> Ce faisant, le législateur de 1804 a souhaité établir un lien entre propriété et autres institutions qui n'appartiennent pas au droit des biens (en ce sens P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 10<sup>e</sup> éd. Cujas, p. 147, n° 551). Reprenant pour partie le legs romain, les rédacteurs du Code civil ont ainsi vu dans le contrat une opération de transfert de biens ou de services. Pour M. VILLEY (*Le droit Romain*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 9<sup>e</sup> éd. 1993, p. 104), le contrat est un *negotium*, une affaire, où d'autres facteurs interviennent que la volonté des parties.

<sup>173</sup> G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les biens, par P. Jourdain*, Dalloz, 1995, n° 12.

<sup>174</sup> Dans le statut des personnes on rencontre la possession d'état ; dans le droit des sûretés, il existe des sûretés avec ou sans dépossession ; dans celui des successions *ab intestat* ou testamentaires, il existe la saisine et l'envoi en possession.

<sup>175</sup> Concrétisée par exemple par la remise des clefs ainsi que le prévoit l'article 1606 du Code civil pour la vente.

## Paragraphe 2 : Le régime correctif des obligations de *praestare*

Une définition de la notion (A) permettra de voir comment cette obligation à bel et bien son régime juridique perdu dans celui des obligations de faire ou de donner (B).

### A- Le *praestare* : une obligation de mise à disposition

41. Le *praestare* signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de le restituer à son maître »<sup>176</sup>. Pareille définition constitue un point de départ important. Elle rejoint la conception du *praestare* adopté par les romanistes qui l'avaient traduit par « fournir », c'est-à-dire opérer « livraison d'une chose corporelle au créancier sans lui transférer la propriété »<sup>177</sup>. Selon cette acception, l'obligation de *praestare* s'identifie à l'obligation caractéristique des contrats qui organisent le transfert d'usage d'une chose, c'est dire qu'elle s'adresse en réalité aux contrats « qui sont conclus en vue de mettre un bien à la disposition d'autrui... et qu'elle trouve avec eux son point d'application logique. L'obligation de *praestare* peut ainsi se traduire par mettre à disposition »<sup>178</sup>.

La mise à disposition, expression neutre et générique empruntée au langage courant<sup>179</sup>, est un procédé très répandu qui irrigue de nombreux contrats et qui se cristallise dans ceux qui en font leur élément caractéristique. Certains considèrent que l'expression traduit un état de fait, qu'elle ne renseigne nullement sur l'état de droit<sup>180</sup>. D'autres soulignent qu'avec une telle locution « on décrit plus qu'on ne qualifie une opération »<sup>181</sup>. La mise à disposition serait ainsi une simple opération matérielle.

Mais on peut valablement penser que cette opération sous-tend une véritable catégorie juridique

---

<sup>176</sup> A. SERIAUX, *Droit civil, Contrats civils, op. cit.* n° 5.

<sup>177</sup> J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations...*, *op. cit.* n° 6 et s. ; L'obligation de *praestare* consiste à « livrer la chose, autrement dit à en conférer ou à en restituer soit la possession soit même la simple détention, comme il arrive par exemple dans le louage ». C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd. t. VIII, Les contrats et les obligations, 1936, n° 166.

<sup>178</sup> A. SERIAUX, *Droit civil, Contrats civils*, loc. cit. ; Il y a aussi des auteurs qui consacrent le titre deux de la seconde partie de leur ouvrage aux contrats de mise à disposition et étudient sous cet intitulé les contrats de bail, de prêt et de crédit-bail. ; P.-H. ANTONMATEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.* n° 232 et s.

<sup>179</sup> La recherche sémantique du concept de mise à disposition conduit cet auteur à le rapprocher du terme classique de délivrance « réservé aux contrats nommés réglementés par le Code civil alors qu'en présence d'une situation contractuelle nouvelle ou difficile à qualifier, la loi, la jurisprudence et la doctrine lui préfèrent un terme générique et neutre, emprunté au langage courant et se substituant progressivement au précédent ». N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », *RTD civ.* 1981.300 et s. V. spéc. p. 303.

<sup>180</sup> B. ALIBERT, « Le contrat de travail temporaire », *Dr soc.* 1974, p.14.

<sup>181</sup> A. LYON-CAEN et J. de MAILLARD, « La mise à disposition de personnel », *Dr soc.* 1981.320.

: celle des obligations qui, à titre principal ou accessoire, ont pour objet de mettre un bien à la disposition d'autrui.

42. Certains auteurs, adoptant une conception littérale de la mise à disposition, considèrent qu'au centre de cette catégorie de contrats « se situe toujours à la fois l'obligation de transmission et celle, corrélatrice, de restitution : elles sont de leur essence »<sup>182</sup>. Ainsi en est-il par exemple pour le contrat de bail<sup>183</sup>. Ce contrat assure au locataire « la jouissance de la chose, ce qui implique que cette chose soit mise à disposition, ensuite qu'il puisse en tirer profit, enfin qu'elle soit restituable »<sup>184</sup>. Ce constat est pertinent. Mais priorité n'est pas exclusivité. Il est aussi possible de concevoir la notion de mise à disposition dans une acception plus large et de la définir comme « l'opération qui pèse sur une personne de transférer l'usage d'une chose vers une autre afin que cette dernière l'utilise à son profit »<sup>185</sup>. Définition que n'infirme d'ailleurs pas celle retenue dans le vocabulaire juridique Capitant élaboré sous la direction du doyen CORNU. La mise à disposition d'une chose y est définie comme « une modalité de délivrance qui consiste à rendre une chose accessible à son destinataire, de manière à ce que celui-ci puisse effectivement en prendre possession »<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Cet auteur en déduit *ipso facto*, que sont exclus du type des conventions de mise à disposition, toutes les opérations par lesquelles une chose est remise à autrui pour que, le cas échéant, il puisse en disposer. Ainsi, poursuit-il « Gage, antichrèse confèrent aux créanciers nantis au moins le droit de faire procéder à la vente aux enchères du bien reçu en cas de non-paiement de ce qui est dû à titre principal ; cette seule prérogative suffit à les écarter du domaine des contrats de mise à disposition ». A. SERIAUX, *Droit civil, Contrats civils, Loc. cit.* : Introduction à la deuxième partie : les contrats ayant pour objet la mise à disposition d'un bien.

<sup>183</sup> Art. 1709 c. civ. On trouve encore les éléments de cette définition dans différents articles du Code civil : art. 1875 (pour le prêt à usage qui utilise le mot de « livrer »), art. 1919 (pour le dépôt, qui « n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte »). Dans toutes ces conventions, il est question de livrer, remettre ou recevoir une chose à charge de la restituer ultérieurement en nature.

<sup>184</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, Domat, 1998, n° 308.

<sup>185</sup> C. VIGNEAU, *L'institutionnalisation du travail intérimaire en Europe*, Institut universitaire européen de Florence, 1997, n° 150.

<sup>186</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3<sup>e</sup> éd. PUF, 1992, p. 517.

## B- Le praestare : une mise à disposition à des fins de restitution ou de disposition

A suivre les définitions données supra, la mise à disposition va pouvoir englober non seulement les situations où la partie à qui est remise la chose se trouve investie de sa possession pour en jouir « pendant un certain temps »<sup>187</sup> avant de la restituer, mais s'appliquera encore aux hypothèses où le créancier peut, le cas échéant, disposer du bien. On songe ainsi à l'obligation de délivrance du vendeur<sup>188</sup> ainsi qu'à l'obligation de retraitement de l'acheteur<sup>189</sup>. Il est aussi possible d'englober sous ce dernier vocable, certaines opérations de constitutions de garantie<sup>190</sup>.

43. Si l'on prête attention, on s'aperçoit que, sous couleur d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation de donner, les tribunaux admettent en fin de compte le transfert forcé de la possession d'un bien. Il arrive aussi que l'exécution en nature de certaines obligations de faire vise en réalité des obligations qui consistent soit à conserver, fournir, livrer, remettre, retirer une chose, soit encore à garantir un bien ou un droit. Autant d'éléments qui évoquent la notion de mise à disposition.

L'obligation de *praestare* n'apparaît pas à visage découvert, formellement tout au moins. La puissance conférée à la distinction des obligations de donner et de faire est telle qu'elle en est arrivée à oblitérer la catégorie des obligations de *praestare*. DEMOLOMBE n'hésitera pas à la fondre dans le contenu de l'obligation de donner<sup>191</sup>. Tandis que SAVIGNY, à l'opposé, la rapprochera de l'obligation de faire<sup>192</sup>.

La mise en évidence de la catégorie des obligations de *praestare*, donc des obligations de mise à disposition a pour principale implication de clarifier le régime juridique de chacune des obligations et de rendre la prescription législative cohérente.

En plus de l'absence des obligations de « *praestaree* » dans le Code civil français qui rejaillit sur la cohérence des régimes juridiques des différents types d'obligations, la présentation éparse de ces différents remèdes en cas d'inexécution empêche d'avoir une vue d'ensemble sur les sanctions de l'inexécution. Ceci n'est pas de nature à arranger les choses.

---

<sup>187</sup> V. art. 1709 c. civ.

<sup>188</sup> Art. 1604 c. civ.

<sup>189</sup> Art. 1657 c. civ.

<sup>190</sup> N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », *op. cit.* p. 333 et s.

<sup>191</sup> C. DEMOLOMBE, « Cours de Code Napoléon », t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, Durand et Pedone Lauriel, Hachette, 1877, n° 303 p. 285.

<sup>192</sup> F.-C. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, trad de T. Hippert, Paris, Durand et Pédone Lauriel, 1873, p. 237.

## **Section 2 : La présentation éclatée des remèdes en cas d'inexécution des obligations dans le Code civil**

44. La présentation éclatée des conséquences de l'inexécution dans le Code civil français de 1804 applicable au Bénin ne facilite pas la tâche au créancier qui n'a pas reçu une prestation telle que promise. Il devra se promener aux quatre coins de ce code pour découvrir les différentes possibilités que le droit lui offre. Et sur le plan scientifique, une telle présentation empêche d'avoir une vision d'ensemble et de bâtir une théorie générale de l'inexécution. En localisant à différents endroits les remèdes du créancier déçu, le Code offre un tableau épars des conséquences de l'inexécution (paragraphe 1). Même si ces remèdes ne sont pas de nature à promouvoir l'exécution en nature des obligations en cas de difficultés, pour une meilleure compréhension de ces remèdes, l'on gagnerait à présenter de manière cohérente à l'image du droit anglais les conséquences de l'inexécution contractuelle proposé (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Des remèdes insatisfaisant dispersés**

45. Celui qui veut découvrir ses droits en face d'un débiteur défaillant qui n'exécute pas ses obligations doit chercher à des endroits différents du titre III<sup>193</sup> du livre III<sup>194</sup> les textes qu'il pourrait invoquer. Dans cette quête, il rencontre un article situé dans la section III<sup>195</sup> du chapitre III<sup>196</sup> qui a fait l'objet de grands développements par la majeure partie des auteurs qui s'intéressent aux effets des obligations : l'article 1142 du Code Civil applicable au Bénin (A). Il rencontre également d'autres articles qui lui proposent un certain nombre de remèdes toujours en marge de l'exécution en nature (B).

---

<sup>193</sup> Des contrats ou des obligations conventionnelles en générale.

<sup>194</sup> Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

<sup>195</sup> De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

<sup>196</sup> De l'effet des obligations.

## A- Le recours aux dommages et intérêts de l'article 1142

46. « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette règle de l'article 1156 du code civil de 1804 invite à une interprétation du contrat qui ne soit pas tributaire de la lettre du contrat mais de la volonté que les parties ont manifesté à sa formation. Mais la règle voudrait aussi qu'on s'en tienne à la lettre du contrat si cette dernière est claire. On n'interprète que si le message véhiculé n'est pas clair. Pareil raisonnement peut être tenu au sujet de l'interprétation de la règle de droit. A cet effet, la toute première méthode à laquelle on a recours reste la méthode exégétique. Cette méthode est fondée sur l'exégèse du texte de loi. Ce n'est pas une interprétation littérale qui elle a pour objet de donner à un texte tous les sens grammaticalement correct que le texte peut revêtir<sup>197</sup>. L'exégèse peut être définie par trois propositions : la première voudrait que quand la loi est claire il faut la suivre. L'exégèse n'intervient que si la loi est obscure. Le problème est qu'on ne peut définir ce qu'est un texte clair. La deuxième voudrait que quand la loi est obscure il faut en approfondir les dispositions pour en pénétrer l'esprit. Il faut rechercher l'intention du législateur. Tout texte est l'expression d'une volonté qu'il faut rechercher. Souvent cette intention est introuvable. On se réfère alors au motif du texte, au contexte etc. Sinon il faut fonder l'interprétation sur l'équité (Idée de justice). Enfin pour la troisième proposition, lorsque la règle de droit est absente il faut alors recourir à l'usage ou à l'équité.

Dans le cas de la méthode exégétique, on admet que l'interprétation soit créatrice de règle de droit. Cette interprétation intervient en cas de carence de règle de droit. C'est par cette méthode que le code civil a été lu, découvert au 19<sup>ème</sup>.

47. Les controverses doctrinales relatives à l'exécution forcée en nature tournent, dans les pays soumis au code civil de 1804, autour de l'interprétation à donner à l'article 1142 du code civil aux termes duquel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Etant donné que la catégorie des « obligations de faire ou de ne pas faire » s'oppose, dans notre système juridique, à celle des « obligations de donner » et que celle-ci n'englobe, selon l'opinion dominante, que l'obligation de transférer la propriété ou un autre droit réel, qui a été elle-même réduite pratiquement à rien par l'admission du transfert automatique de la propriété par le seul accord des volontés, de telle sorte que l'on a pu présenter l'obligation de donner comme un «

---

<sup>197</sup> D. C. SOSSA, J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit, Perspectives Africaines*, CREDIJ, 2012, p.75.

mythe »<sup>198</sup>, il est évident que l'article 1142, qui concerne ainsi toutes les obligations, y compris celle de payer une somme d'argent, ne pouvait que poser la question de la place laissée par notre droit positif à la condamnation à exécuter.

48. Comme l'opinion majoritaire<sup>199</sup>, il faut interpréter ce texte comme un principe hostile à la condamnation à exécuter. En affirmant que « l'obligation se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution », les rédacteurs de l'article 1142 ont voulu, en principe, du moins c'est ce qui sort de leur écrit, exclure ce type de condamnation au profit d'une simple indemnisation du dommage causé par l'inexécution. L'article 1142 limite donc clairement les prétentions du créancier insatisfait à une action en dommages et intérêts. Cet article rappelle étrangement la *Common Law*, pour laquelle le remède normal, sinon unique, de l'inexécution du contrat est l'attribution de dommages et intérêts<sup>200</sup>.

On peut aller jusqu'à dire au rebours de la thèse de P. WERY<sup>201</sup>, qu'il existe dans l'article 1142 un véritable principe affirmant le droit aux dommages et intérêts en cas d'inexécution, dont la portée est générale.

Par ailleurs, on peut constater que cette interprétation est parfaitement compatible avec la lettre de l'article 1142. Les dommages et intérêts, sont seuls visés explicitement par ce texte. Le texte ne fait aucune référence au droit à l'exécution en nature. Il n'y fait non plus aucune allusion. La formule légale y est impérative; « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout<sup>202</sup> en dommages et intérêts en cas d'inexécution ».

---

<sup>198</sup> M. FABRE-MAGNAN, «Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85 ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.1992 chr.* p.67.

<sup>199</sup> W. JEANDIDIER, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD. civ.*, 1976, p. 700 et s.; H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAB, *Traité*, t. III, 1er vol., 6e éd., n°2308 et s.; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, 2e éd., t. 2, Le régime, n° 286.

<sup>200</sup> A. I. OGUS, « Remèdes, Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON et de D. HARRIS (dir.), L.G.D.J., 1987, Ve partie, n° 70, p. 304, n° 106, p. 324.

<sup>201</sup>P. WÉRY, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil », éd. Kluwer, *Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège*, Préface 1. MOREAU-MARGRÈVE, 1993.

<sup>202</sup> Souligné par nous.

## B- Les autres remèdes excluant l'exécution en nature

49. Après l'article 1142, viennent ensuite, toujours sous le même intitulé<sup>203</sup>, les articles 1143<sup>204</sup> et 1144<sup>205</sup>, présentés comme des exceptions à l'article 1142. Ces textes prescrivent respectivement la destruction « de ce qui a été fait par contravention à l'engagement » et l'exécution aux frais du débiteur. Des remèdes qui pour l'un ne peut réaliser l'exécution en nature de la prestation pour impossibilité matérielle de réaliser l'exécution<sup>206</sup> ; et pour l'autre ne réalise pas l'exécution telle que prévue au contrat en ce sens que c'est une tierce personne qui en lieu et place du débiteur accomplira la prestation quoiqu'identique<sup>207</sup> à celle prévue et au frais de ce dernier.

Il faut passer à une autre section pour trouver un autre remède, la section IV : « les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». Cette fois-ci, on se réfère ouvertement à l'inexécution, et les articles 1146 à 1155 apparaissent comme les textes fondamentaux pour l'attribution des dommages et intérêts. Faute de textes appropriés, ils sont d'ailleurs utilisés par la jurisprudence en matière délictuelle, lorsque cela est possible.

Il faut ensuite sauter à un autre chapitre<sup>208</sup> pour arriver à un autre texte fondamental, l'article 1184, placé sous la rubrique de la « condition résolutoire ». L'article 1184 al. 2 qui concerne toutes les obligations contractuelles, dispose que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

Ce texte ouvre au créancier une option : soit mettre fin au contrat, soit en poursuivre l'exécution si cette exécution est possible. La première option met fin définitivement à tout espoir d'exécution en nature de la prestation. Quant à la seconde, la condition de la possibilité vient porter un coup non négligeable à la possibilité d'exécution en nature quand on sait qu'on est en période de difficulté d'exécution ou de refus d'exécution de sa prestation par le débiteur qui se réfugie, nous le verrons un peu plus tard, dans des considérations personnelles.

---

<sup>203</sup> De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

<sup>204</sup> « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu ».

<sup>205</sup> « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ».

<sup>206</sup> La contravention à ce qui a été promis étant définitive.

<sup>207</sup> S'il n'y avait pas des impératifs de délai dans le contrat originel.

<sup>208</sup> Chapitre IV, Des diverses espèces d'obligations.

Pour être complet, il faudrait ajouter les remèdes propres aux contrats spéciaux, tels que les actions réhibitoire et estimatoire en matière de garantie des vices cachés<sup>209</sup>.

50. Ainsi la présentation éclatée des conséquences de l'inexécution du contrat, telle qu'on la trouve sous des formes diverses, ne permet pas d'avoir une vue d'ensemble, coordonnée de ces conséquences, et ne permet pas notamment une présentation cohérente des remèdes du créancier.

L'un des intérêts du droit comparé est d'encourager à porter un autre regard sur les institutions. En l'espèce, c'est le système de *Common Law* qui pourra surtout aider. Pour certains, cela peut paraître inattendu, la *Common Law*, par sa nature même, n'étant pas réputée pour la logique de ses structures. Et pourtant, le droit du contrat s'est construit, en Angleterre, à partir des remèdes<sup>210</sup> ouverts au contractant victime de l'inexécution : *remedies precede rights*. Il donne donc une vision globale de ce que le créancier peut faire dès lors qu'il y a *breach of contract*<sup>211</sup>. Et cette *remedial approach* a été reprise par le Code de commerce uniforme des Etats-Unis dans sa deuxième partie (vente mobilière). On trouve aussi une application de cette approche dans la Convention de Vienne, également pour la vente<sup>212</sup>.

Il serait intéressant de rechercher ce que donnerait cette perspective si on l'appliquait à notre code civil.

---

<sup>209</sup> Articles 1641 et suivant du Code.

<sup>210</sup> Le terme est utilisé couramment en anglais et on peut hésiter sur sa forme française. Des auteurs sont favorables à la traduction littérale. La Convention de l'ONU sur la vente internationale de marchandise (CVIM) adopte le terme « moyen », moins frappant et plus lié à la procédure. Cf. A. TUNC préface à la traduction française du Code de commerce uniforme, livres I et II, collection V, 1971, p. 17

<sup>211</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994 p. 223.

<sup>212</sup> Art. 45 et 61, où sont regroupés les moyens offerts respectivement au vendeur et à l'acheteur.

## Paragraphe 2 : Présentation des remèdes sous le modèle anglais

51. A la confusion et à la dispersion du droit béninois, on peut opposer le modèle de la *Common Law*, qui présente deux avantages. Tout d'abord, le contrat et la responsabilité délictuelle sont nettement séparés. Il en est ainsi car la *Common Law* ne s'embarrasse pas d'une théorie générale des obligations dont elle ne ressent pas l'utilité<sup>213</sup>. Elle repose sur deux idées simples: l'inexécution (*breach of contract*) et les remèdes.

Essayons donc de voir ce que donnerait cette présentation globale, donc cohérente, en droit béninois des obligations. Ceci nous permettra de constater combien elle est éclairante.

De façon très pragmatique, il suffit de suivre simplement l'ordre chronologique. Le créancier qui se plaint de l'inexécution doit d'abord démontrer qu'il y a bien inexécution (A). Ensuite le débiteur oppose ses moyens de défense et si ceux-ci échouent, le créancier choisit son ou ses remèdes (B)<sup>214</sup>.

### A- La preuve de l'inexécution.

52. Restons dans la simplicité. Le point de départ est évidemment l'inexécution de l'obligation<sup>215</sup>. Il faut donc qu'il y ait un contrat valable, entre le créancier et le débiteur, et que l'obligation dont le créancier invoque l'inexécution soit née de ce contrat.

Il faut ensuite déterminer le contenu de cette obligation, selon les classifications de la loi : faire, ne pas faire, donner, et celles de la doctrine recueillie pour la jurisprudence : obligation de moyens ou obligation de résultat. Si l'on débarrasse ces distinctions des implications théoriques, il faut reconnaître qu'elle offre au juge des repères utiles pour déterminer ce qui a été promis. Et c'est en comparant ce qui a été fait (ou pas fait) avec ce qui a été promis que l'on pourra constater s'il y a inexécution, qu'elle soit totale, partielle, défectueuse, tardive<sup>216</sup>. Bien évidemment, c'est au créancier de prouver tous les éléments constituant l'inexécution.

---

<sup>213</sup> Il conviendrait de nuancer : depuis quelques années, la doctrine anglaise s'intéresse à la théorie générale des obligations ; et le droit écossais la connaît depuis toujours.

<sup>214</sup> Il est bien entendu que les choses ne se présentent pas toujours de façon aussi simple.

<sup>215</sup> Le plus souvent une obligation conventionnelle. Mais le schéma est valable pour toute espèce d'obligation. Et, à la différence de PLANIOL, le terme obligation ici sera pris dans son sens technique, tel qu'il a été défini depuis les Institutes.

<sup>216</sup> Même si le libellé de l'art. 1147 « inexécution » ou « retard dans l'exécution » ne semble pas couvrir tous les aspects de l'inexécution, le droit français n'a pas connu les mêmes difficultés que le droit allemand à propos de la notion d'inexécution : V. M. PEDAMON, *Contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004, p. 142 et s.

L'inexécution est donc le manquement à une obligation figurant au contrat.

Pour s'opposer à l'action du créancier, que peut faire le débiteur ? Toujours en schématisant et en rappelant qu'il peut y avoir des moyens de défense propres à chaque remède, le débiteur peut contester soit qu'il y a inexécution, soit qu'elle lui est imputable<sup>217</sup>.

53. Pour contester qu'il y a eu inexécution, le débiteur peut nier l'existence du contrat ou soutenir qu'il n'était pas partie au contrat dont le créancier soulève l'inexécution<sup>218</sup>. Il peut contester le contenu de l'obligation dont le créancier lui reproche l'inexécution ; il peut essayer de prouver que la prestation promise a bien été effectuée<sup>219</sup>.

Le débiteur peut aussi se placer sur le terrain de la non-imputabilité : il y a bien inexécution mais celle-ci est due à une cause étrangère, comme l'énonce l'article 1148, qui doit être considéré comme s'appliquant à tous les remèdes. Dans ce cas, le débiteur ne répond pas de l'inexécution et aucun remède ne peut être invoqué contre lui. Reste alors, pour le contrat synallagmatique, le sort de la contre-prestation qui est soumis à la théorie des risques.

Il peut y avoir également non-imputabilité partielle lorsque l'inexécution est aussi due au fait du créancier. Le fait du créancier peut avoir une incidence sur tous les remèdes et non seulement sur les dommages et intérêts.

Faute pour le débiteur de faire accepter ses moyens de défense, le créancier a, à sa disposition un arsenal de remède, dont la richesse est en contraste marquant avec le remède quasi-unique ou en tout cas fortement prépondérant des dommages-intérêts en matière délictuelle.

---

<sup>217</sup> Pour simplifier encore, nous laissons de côté le jeu des clauses limitatives ou élusives de responsabilité.

<sup>218</sup> On touche alors au problème des actions directes et des groupes de contrat.

<sup>219</sup> Pas besoin de parler d'absence de faute...

## B- Les suites de l'inexécution

54. Poursuivant notre simple voie chronologique, nous distinguons les remèdes préalables et les autres.

Dans la phase préalable, on trouve la mise en demeure et l'exception d'inexécution. La première pose surtout un problème de politique législative. On sait que notre système utilise un mécanisme de mise en demeure assoupli par la jurisprudence. Ce système a un lien avec la bonne foi : celle-ci impose aussi au créancier d'avertir son débiteur qu'il va passer aux choses sérieuses<sup>220</sup>.

Vient ensuite l'exception d'inexécution, un remède provisoire dont on sait qu'il est un moyen de pression et aussi une garantie. Son régime reste encore relativement incertain, notamment sur le point de savoir quelle doit être la proportionnalité entre la prestation inexécutée et la prestation suspendue<sup>221</sup>. Et il faut bien préciser que l'exception ne résout rien : elle fige la situation pour une durée indéterminée, en attendant que le créancier utilise un remède définitif. Si l'inexécution persiste ou en l'absence d'un aménagement conventionnel, le créancier doit en venir aux solutions définitives. Il se trouve placé alors devant le choix fondamental inscrit, dans l'article 1184 : « ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». C'est le choix entre la vie et la mort du contrat<sup>222</sup>. La présentation éclatée ne met pas suffisamment en relief ce choix, perdu dans les règles propres au contrat synallagmatique.

Enfin, si le créancier préfère opter pour le maintien du contrat<sup>223</sup>, il s'offre à lui des possibilités multiples<sup>224</sup>. Ce qui lui importe, c'est d'obtenir la prestation promise, si possible en nature, mais

---

<sup>220</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op.cit.*, p. 223.

<sup>221</sup> Cas de la suspension de fourniture pour le non-paiement d'une somme minimale.

<sup>222</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op.cit.* p. 226.

<sup>223</sup> Les facteurs qui peuvent conduire le créancier à faire tel ou tel choix sont multiples. On pressent que ces facteurs peuvent être très variés. Ils peuvent être de nature économique : par exemple une entreprise qui a des difficultés de trésorerie choisira la résolution pour récupérer les acomptes versés ; ou alors pour se débarrasser d'un marché devenu moins avantageux ou pour effectuer une transaction de remplacement plus profitable. Il faut aussi tenir compte du degré d'exécution du contrat : le choix ne sera pas le même selon que le contrat a été (plus ou moins) partiellement exécuté ou s'il n'a encore donné lieu à aucun acte d'exécution. La doctrine anglo-américaine accorde à juste titre beaucoup d'importance à cette distinction. Interviennent aussi les rapports entre les parties, selon qu'il s'agit d'un contrat « relationnel » ou d'un contrat « discret ». On agira moins facilement en exécution forcée avec une entreprise avec laquelle on travaille depuis de longues années. Il faut aussi tenir compte de la rapidité et de l'efficacité des différents remèdes et des frais comparés qu'ils entraînent. Et de bien d'autres facteurs encore. Il est utile de ce point de vue de consulter encore la doctrine américaine sur l'économie et la sociologie du contrat, en tenant compte d'un contexte différent et en se gardant de ses outrances.

<sup>224</sup> La présentation globale devrait aussi attirer l'attention sur une autre question trop négligée, la combinaison des remèdes.

aussi en partie ou en totalité, par équivalent, lui-même effectuant sa propre prestation. Il peut « forcer l'autre à l'exécution », soit directement lorsque c'est possible, soit par la voie indirecte de l'astreinte ; il peut avoir recours aux articles 1143 ou 1144. Il peut aussi demander des dommages et intérêts - un remède parmi d'autres et pouvant se combiner avec d'autres.

Notre système juridique serait donc riche de sanction que la technique contractuelle met à la disposition du créancier.<sup>225</sup>.

55. La présentation globale a un avantage évident, en ce qu'elle offre une vision claire de la situation du créancier victime de l'inexécution dans le Code civil de 1804 applicable au Bénin. Elle permet une construction unitaire du droit du contrat. D'un point de vue théorique, elle met en lumière des questions trop souvent négligées par la présentation éclatée. Sous cette présentation du modèle anglais, les remèdes qu'offre le Code civil français de 1804 dont ont hérité des Etats africains membres de l'OHADA apparaissent plus clairement.

De ces remèdes, le droit à l'exécution forcée en nature du créancier en cas d'inexécution de la part de son débiteur est quasiment absent. La doctrine et la jurisprudence ont de concert essayé de construire un certain droit à l'exécution. Mais ce droit reste toujours entravé.

---

<sup>225</sup> J. DESPREZ, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial », *Travaux Assoc. Henri CAPITANT*, Revue CAPITANT, t. XVII, 1968, p. 38 et s.

## **Chapitre 2 : Un droit construit entravé**

56. Malgré la lettre de l'article 1142 sus étudié, un mouvement d'essor de l'exécution forcée en nature a vu le jour, et s'épanouit en doctrine et en jurisprudence depuis le milieu du XXème siècle. Les manifestations de ce mouvement conduisent à considérer, généralement, que l'article 1142 du Code civil est devenu un texte d'exception, le droit à l'exécution forcée étant devenu le principe. Mais, les foudres doctrinales subies en retour traduisent bien une tendance de fond. Nous aborderons l'émergence de ce droit à l'exécution forcée (Section 1) puis l'accueil réservé à ce mouvement dans le droit prospectif (section 2)

### **Section 1 : L'émergence d'un droit à l'exécution forcée en nature**

57. L'atteinte excessive portée au droit à l'exécution forcée par l'interprétation sus indiqué de l'article 1142 a entraîné de vives controverses doctrinales qui ont concouru à la réécriture virtuelle de l'article 1142 du code civil. Cette réécriture a abouti à renverser le principe contenu dans la lettre de l'article 1142. Mais ceci sur des bases à la fois fragiles, floues et discutables<sup>226</sup> (Paragraphe2). Mais en amont, c'est bien l'émergence du droit à l'exécution forcée, quoique contestée et manifestée en doctrine par un recours à la force obligatoire du contrat, qui a entraîné ce mouvement (Paragraphe 1).

---

<sup>226</sup> G. VINEY (partie 1), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *Revue de droit Henry CAPITANT*, N°3. 30 Décembre 2011.

## **Paragraphe 1 : L'exécution forcée, traduction de la force obligatoire du contrat**

58. La justification donnée par la doctrine à cet essor de l'exécution en nature est sans ambiguïté : c'est la force obligatoire qui justifie l'exécution forcée en nature et le recul de l'article 1142. La plupart des auteurs estiment ainsi, comme l'a écrit le professeur G. VINEY, que « le droit à l'exécution est l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat »<sup>227</sup>. Dès lors, c'est la recherche des fondements même d'un tel mouvement qui doit retenir l'attention. L'exécution forcée est un remède dissuasif à l'inexécution (A), même si ce remède a été considéré par d'autre comme un remède parmi tant d'autre (B).

### **A- L'exécution forcée en nature, remède dissuasif à l'inexécution**

59. Il repose sur une conception subjectiviste et volontariste du contrat, dont l'écho pourrait sembler en décalage avec les tendances dominantes du droit des contrats. Il s'agit en effet d'assurer l'exécution du contrat et de mobiliser le juge pour assurer, par son imperium, le respect d'un engagement, par hypothèse inexécuté. Dans ce schéma, l'exécution forcée est la manière par excellence d'assurer le respect de l'engagement contracté. Ainsi oppose-t-on l'article 1134 du Code civil à l'article 1142. Dans cette approche, l'essor d'un droit à l'exécution forcée, lié au principe de la force obligatoire du contrat, signifie le respect impératif de l'obligation, quelles que puissent être les conséquences de l'exécution forcée. Corrélativement, il implique un juge au service du lien contractuel.

La solution est entièrement assise sur les prévisions des parties. La liberté contractuelle est le moteur de l'exécution forcée appelée, dans le même temps, à délimiter son rayonnement. Ce que la volonté n'a pas voulu ne saurait être sous l'emprise de l'exécution forcée. Sur cette voie, c'est souvent l'idée de sécurité juridique ou de sécurité contractuelle qui est ici mise en avant. Force obligatoire du contrat et sécurité contractuelle sont les deux faces d'une même pièce. Refuser l'exécution forcée serait méconnaître la sécurité juridique. En n'imposant pas l'exécution forcée, on permet au débiteur de ne pas exécuter son obligation comme si obligation

---

<sup>227</sup> M. FONTAINE, G. VINEY, (dir), «Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français» in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, V, LGDJ, 2001, p. 171.

était facultative, puisqu'il aurait toujours le choix de ne pas la respecter au seul risque des dommages-intérêts. Ne pas faire droit à l'exécution forcée, revient à méconnaître la force obligatoire du contrat ou encore, plus nettement, à récompenser la malice du débiteur.

On objectera que l'allocation de dommages-intérêts, sanctionne l'inexécution du contrat par le débiteur de l'obligation ; que loin de récompenser la violation de son obligation, elle la punit. A ce propos, il convient de dire que ce n'est pas en réalité la sanction de l'inexécution du contrat qui méconnaît sa force obligatoire mais l'attitude que cette sanction permet au débiteur d'avoir en amont<sup>228</sup>.

C'est en réalité un problème différent qui est ici en cause, celui de la vocation des dommages-intérêts à dissuader le débiteur de violer son engagement. Que le risque encouru par le débiteur soit élevé<sup>229</sup> suffirait à renforcer la protection de la sécurité juridique.

60. L'essor de l'exécution forcée repose plus généralement sur le constat de l'infériorité des dommages-intérêts en matière contractuelle, du moins sous l'angle de la responsabilité<sup>230</sup>. On déplore ainsi fréquemment leur inaptitude à permettre la satisfaction du créancier. Comme s'il l'on escomptait qu'ils contribuent à l'exécution du contrat et non à la réparation de sa violation. Mais une chose est leur aptitude à dissuader de la violation du contrat<sup>231</sup>, une autre est leur capacité à satisfaire le créancier par rapport à ses droits. Or, par hypothèse, faute d'être une exécution du contrat, l'allocation de dommages-intérêts n'est jamais de nature à remplir le créancier du droit que le débiteur a violé. Sous cet aspect, il est injustifié d'attendre des dommages-intérêts un résultat identique à celui que l'on escompte en cas d'exécution, spontanée ou forcée, du contrat. Ce n'est plus là affaire d'infériorité des dommages-intérêts mais de différence de nature, d'objet et de condition de mise en oeuvre de ce qui n'est qu'une sanction.
61. En se référant à l'article 1134, on prend parti pour la justification théorique du principe de l'exécution forcée en nature fondé manifestement sur le principe de la force obligatoire du contrat qu'énonce ce texte, lequel constitue un des piliers de l'ordre contractuel. Un tel choix n'est pas neutre. Il s'inscrit dans la tradition française qui noue un lien irréductible entre les principes de la force obligatoire du contrat et de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, parfaitement exprimé par l'idée selon laquelle « le droit à l'exécution est l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire ».

---

<sup>228</sup> Ibid.

<sup>229</sup> Et donc dissuasif.

<sup>230</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 01 janvier 2005 n° 1, p. 37.

<sup>231</sup> Là est le véritable enjeu.

La Cour de cassation française considère que l'exécution forcée en nature constitue le prolongement naturel du principe de la force obligatoire du contrat, « sa traduction »<sup>232</sup>, parce qu'il est tout simplement « la mise en force du contrat ». Mise en force « souhaitable, tant il est vrai qu'elle vient, par hypothèse, assurer le respect de la loi contractuelle, pour servir les prévisions voulues par le contrat »<sup>233</sup>. Au fond, donc, c'est parce que l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles permet de garantir la prévisibilité, la stabilité et la fidélité contractuelles qu'incarne et qu'impose le principe de la force obligatoire, qu'il existe bien un lien naturel entre la règle forgée par la Cour à partir de la lettre désuète de l'article 1142 et celle, intemporelle, énoncée par l'article 1134 du Code civil.

L'apport de cette jurisprudence n'est pas négligeable, car elle ne se contente pas d'admettre la possibilité de l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire. Elle confirme qu'il s'agit, pour le créancier, d'un droit opposable au débiteur et il apporte des précisions quant au fondement et aux limites de ce droit.

Cette position s'inscrit en faux contre l'opinion selon laquelle les dommages et intérêts, étant une « *exécution par équivalent* » de l'obligation contractuelle, seraient une simple alternative à l'exécution en nature, que le juge pourrait librement leur préférer s'il estime que les circonstances justifient ce choix<sup>234</sup>.

Certains textes du Code civil viennent renforcer cette attitude directive du juge. Les articles 1143 et 1144 du Code civil qui, en 1804, apparaissaient comme des atténuations au principe de liberté individuelle qu'exaltait l'article 1142 en écartant l'exécution forcée en nature, se sont présentés plus tard comme des compléments au principe nouveau de respect de la loi contractuelle posé par les juges. D'un côté, en effet, l'article 1143 permet au créancier d'obtenir que soit purement et simplement détruit ce qui a été fait par le débiteur au mépris de son engagement, et même de se faire autoriser en justice à le détruire lui-même aux frais du débiteur. De l'autre, l'article 1144 lui permet également, en cas d'inexécution, de se faire autoriser à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. Mais l'existence de ce lien irréductible entre force obligatoire du contrat et exécution forcée en nature a été aussi vivement contestée

---

<sup>232</sup> N. MOLFESSION, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op.cit.*, p. 38 et s.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> Y. -M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161.

## **B- L'exécution forcée en nature, un remède confondu aux autres**

62. Le professeur LAITHIER<sup>235</sup> a, à contre-courant dans une thèse, remis en cause l'idée traditionnelle selon laquelle la règle de l'exécution forcée en nature découle du principe de la force obligatoire du contrat et reflète le lien censé les unir. Selon lui, une telle analyse est le fruit d'une confusion entre la sanction que constitue l'exécution forcée en nature et la règle énoncée par l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. De sa conception, ce texte dispose uniquement que « les contractants sont liés sous la sanction du droit. Ce qui signifie qu'en cas de violation de l'obligation contractuelle, une sanction juridique interviendra », un point c'est tout. Dès lors, « on ne saurait déduire de la norme qui fait du contrat une notion juridique<sup>236</sup>, le type de sanction applicable à sa violation. En d'autres termes, dire que l'inexécution de l'obligation contractuelle est juridiquement sanctionnée, ce n'est pas dire que l'inexécution doit toujours, ni même par principe, être exécutée en nature par la force »<sup>237</sup>. La force obligatoire du contrat, signifierait que les parties sont liées par un accord sous la sanction du droit. En d'autres termes, le débiteur contractuel qui manque à ses obligations s'expose à une sanction, à l'image, comme le dit l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, de celui qui méconnaît la loi. La force obligatoire érige le contrat en une norme juridique. Mais elle ne dit rien du type de sanction qui est applicable. Ce peut être l'exécution forcée en nature. L'article 1184, alinéa 2, du Code civil le prévoit. Cela étant dit, d'autres sanctions sont accessibles, qui découlent pareillement, ni plus, ni moins, de la force obligatoire du contrat. Les dommages-intérêts en sont une parmi d'autres. Ils sont donc, eux aussi, une conséquence du caractère obligatoire du contrat. Dès lors, tant que le principe même d'une sanction du promettant défaillant n'est pas remis en cause, il est inexact d'affirmer que la force obligatoire du contrat est méconnue. Elle ne le serait que si le promettant pouvait échapper à la promesse qu'il a consentie en toute impunité. En conclusion de sa thèse, il soutient que l'appel quelque peu grandiloquent à la force obligatoire du contrat ne permet pas de trancher le débat entre l'octroi de dommages-intérêts et le prononcé d'une exécution forcée en nature.
63. Mais à cette très belle analyse, il convient de relever que la distinction entre le contrat et le délit, tous deux sources d'obligations, est que dans le contrat, les obligations des parties sont connues à l'avance et que c'est en ayant ces obligations en référence que l'on déterminera l'exécution

---

<sup>235</sup> Y. -M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 2004 ; « La prétendue primauté de l'exécution en nature » *RDC* 2005, p. 161 et s.

<sup>236</sup> C. civ., art. 1134, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>237</sup> Y. -M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », *op.cit.* p. 175.

ou non des prestations et le rétablissement de la situation normale. Par contre dans le délit, c'est au manquement à un devoir quelconque préexistant et non défini clairement à l'avance, dans une relation de particulier à particulier, qu'il faut apporter un remède. Puisque l'obligation en amont était une obligation générale de prudence, elle ne peut se régler que dans la généralité c'est-à-dire par le versement de dommages-intérêts.

La conception du professeur Y.M. LAITHIER conduit à dissocier le droit de créance et le droit à l'exécution forcée en nature. Selon lui, pour diverses raisons, d'ordre économique ou social, les mesures de protection du débiteur ont fait que le droit à l'exécution n'est plus consubstantiel de la créance.

## **Paragraphe 2 : Les tentatives de réécriture virtuelle de l'article 1142**

64. Pour aller à l'encontre de l'absence d'un droit à l'exécution clairement établi dans la lettre de l'article 1142, des voix se sont élevées pour faire prévaloir le droit à l'exécution sur la lettre de l'article 1142. Mais la lettre de l'article 1142 a résisté à la prééminence du droit à l'exécution en nature (A). A y voir de près, c'est de manière subreptice que le recours à l'exécution en nature est refusé aux obligations concernées par l'article 1142. L'analyse séparée de ces obligations révèle qu'il y a souvent, sinon toujours, possibilité d'aller à l'exécution en nature (B).

## A- La résistance de la lettre l'article 1142

65. La lettre de l'article 1142 rappelons-le, par une analyse exégétique est hostile à la condamnation à exécuter ainsi que le développe l'opinion majoritaire<sup>238</sup>. Cette opinion part du postulat qu'en affirmant que « l'obligation se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution », les rédacteurs de l'article 1142 auraient voulu, en principe, exclure ce type de condamnation au profit d'une simple indemnisation du dommage causé par l'inexécution. Or, à partir de là, les partisans de cette thèse ont été contraints, pour ne pas se mettre en contradiction avec le mouvement de condamnation à l'exécution en nature et surtout avec les autres textes dont l'interprétation conduit désormais à admettre la condamnation à exécuter de nombreuses obligations, de limiter la portée de cette interprétation. Cette limitation n'a été possible que par le recours à la méthode sociologique ou méthode de la libre recherche scientifique de GENY<sup>239</sup>. Ils ont, pour ce faire, invoqué la « *ratio legis*<sup>240</sup> » qui, pour eux, réside dans l'adage « *Nemo potest praecise cogi ad factum* », c'est-à-dire qu'ils ont mis en relation ce qu'ils considéraient comme une prohibition de l'exécution forcée avec le respect de la liberté individuelle du débiteur et ils en ont déduit que cette prohibition n'a été imposée et ne doit donc être mise en œuvre qu'à propos des obligations dont l'exécution forcée risquerait de mettre en péril une liberté essentielle du débiteur.

Une telle interprétation permet évidemment d'exclure la plupart des obligations contractuelles du domaine de l'article 1142 ainsi entendu, car il suffit de constater que la condamnation à

---

<sup>238</sup> W. JEANDIDIER, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.*, 1976, p. 700 et s. ; H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAB, *Traité*, t. III, 1er vol., 6e éd., n°2308 et s.; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, 2e éd., t. 2, Le régime, n° 286.

<sup>239</sup> Au début du 20ème siècle, la libre recherche scientifique est apparue et est la deuxième méthode d'interprétation. Cette méthode d'interprétation a pour père Gény, qui a formulé cette analyse en partant d'une critique de la méthode exégétique. La critique est que la méthode de l'exégèse devient absurde lorsqu'elle recherche la volonté de l'auteur du texte alors même que cette intention du législateur date de plus d'un siècle. Gény considère que l'exégèse méconnaît les changements ayant affecté la société. En outre, il ajoute que la méthode de l'exégèse postule que toutes réponses se trouvent dans la loi et en quelque sorte que le code civil est infaillible. Il propose une méthode qui consiste à constater que le législateur n'a pas pu tout prévoir et qu'il est alors inutile et même artificiel de rechercher son intention. Et donc que le juge ne peut pas fictivement s'appuyer sur un texte qui ne dit rien et donc qu'il faut dépasser le texte. C'est en ce sens que la recherche du juge est libre. La liberté ce n'est pas n'importe quoi, cette liberté est scientifique. Et donc c'est en fonction des données de la réalité de son époque que le juge va élaborer la règle la mieux adaptée aux besoins de la société dans laquelle il vit ; cette méthode invite le juge à s'affranchir d'une intention qui en toute hypothèse est historique. Il faut dire que GENY n'est pas le seul dans cette œuvre. Il est précédé de SALEILLES dont la pensée peut se résumer en ces termes : « au-delà du code civil, mais par le code civil ». L'œuvre de GENY par contre se résume ainsi : « par le code civil, mais au-delà du code civil » Cf. J. DJOGBENOU, D. C. SOSSA, *Introduction à l'étude du droit, Perspectives Africaines*, CREDIJ, 2012, p.83 et s.

<sup>240</sup> Méthode d'interprétation rationnelle fondée sur l'idée qu'une règle de droit doit être appliquée dans toute la mesure de sa raison et seulement dans cette mesure.

exécuter ne compromet pas une liberté essentielle<sup>241</sup> pour en déduire qu'elle ne se heurte pas à ce qui est prohibé à l'article 1142. Autrement dit, cette autre interprétation de l'article 1142 a conduit la doctrine majoritaire à en réduire le domaine à fort peu de chose car elle fait apparaître l'article 1142 comme un principe vidé de presque toute substance, sans d'ailleurs que le critère de son application<sup>242</sup> soit défini de façon précise.

66. Au rebours de cette interprétation, le professeur P.WERY dans sa thèse propose en effet de considérer que l'article 1142 qui, souligne-t-il, ne doit pas être lu séparément des articles 1143 et 1144 ne porte nullement atteinte au pouvoir du juge de condamner le débiteur à l'exécution de l'obligation contractuelle, si elle lui est demandée, mais qu'il se borne à autoriser le prononcé d'une condamnation à des dommages et intérêts si le débiteur refuse de s'incliner devant cette condamnation<sup>243</sup>.

67. A sa suite, le professeur G. VINEY va plus loin et donne une tout autre compréhension de l'article 1142. Pour elle, il ne suffit pas, en effet, d'admettre que le créancier peut se rabattre sur les dommages et intérêts lorsque le débiteur refuse de s'incliner devant la condamnation à l'exécution en nature comme le propose le professeur P. WERY. La formule de l'article 1142 devrait être interprétée comme permettant au créancier d'opter pour les dommages et intérêts dès que l'inexécution est constatée. Autrement dit, ce texte autoriserait le créancier à demander des dommages et intérêts soit de préférence à l'exécution en nature, soit en cas de résistance du débiteur à l'exécution<sup>244</sup>.

Toutes ces interprétations ont eu pour but de renverser le principe de l'unique condamnation à des dommages-intérêts qui se dégageait de la lettre de l'article 1142 en cas d'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire ; catégories d'obligations qui, rappelons-le, absorbent presque toutes les obligations contractuelles. Pour autant ce renversement de principe n'a pas conduit à une jurisprudence constante.

68. A la suite de ces essais d'interprétations de l'article 1142, la plupart des obligations ont été jugées susceptibles de donner lieu à une condamnation à exécuter en nature. La jurisprudence retient une conception restrictive des obligations de faire échappant à l'exécution forcée. Elle

---

<sup>241</sup> On peut l'admettre pour la plupart des obligations, notamment celles de payer une somme d'argent ou de livrer une chose ou de fournir un service matériel ou même intellectuel qui peut être exécuté par tout professionnel d'une certaine qualification.

<sup>242</sup> Critère que constitue la notion d'obligation à caractère personnel.

<sup>243</sup> P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil, op.cit.*, p. 267.

<sup>244</sup> G. VINEY (partie 1), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *loc.cit.*

n'hésite pas à contraindre le débiteur d'une obligation à caractère personnel à l'exécuter en nature. Une personne a ainsi été condamnée à rendre des comptes relatifs à l'exécution de mandats qui lui avaient été confiés<sup>245</sup>. En droit du travail, les juges utilisent le procédé de l'astreinte pour obtenir de l'employeur l'exécution de certaines obligations accessoires du contrat de travail. Ainsi en est-il de l'obligation de délivrance de certificats de travail ou de bulletins de paie<sup>246</sup>. L'application de l'astreinte est ici justifiée : la délivrance de documents de fin de contrat nécessite l'intervention personnelle de l'employeur, mais cette intervention consiste seulement à établir et transmettre les documents et informations demandés par le salarié. La contrainte indirecte n'est donc pas à exclure et cela d'autant moins que l'employeur est souvent une personne morale. Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail ne suffit plus pour exclure l'exécution forcée des obligations y afférentes. La Cour de cassation française a même admis la réintégration forcée du salarié irrégulièrement licencié<sup>247</sup> alors que dans un premier temps, elle s'y était opposée sur le fondement de l'article 1142 du Code civil. L'application de cette disposition était pour le moins discutable. D'abord, parce qu'une condamnation sous astreinte à la réintégration du salarié ne porte pas atteinte à la liberté physique de l'employeur. Ensuite parce qu'il n'y a pas à proprement parler d'obligation de réintégration. Si le licenciement est nul, cela signifie que l'employeur ne pouvait valablement rompre le contrat. La relation de travail doit se poursuivre de plein droit<sup>248</sup> et en application de l'article 1134 du Code civil, l'employeur doit exécuter le contrat de travail, en particulier mettre à la disposition du salarié l'emploi pour lequel il a été embauché. L'employeur est donc tenu de réintégrer le salarié, il n'y est pas obligé<sup>249</sup>.

D'autres obligations ont été aussi jugées susceptibles de donner lieu à une condamnation à exécuter en nature. C'est le cas de l'obligation de livrer la chose vendue<sup>250</sup> ainsi que pour celle de prendre livraison de cette chose<sup>251</sup>, pour celle qu'assume le bailleur de remettre la chose louée au preneur<sup>252</sup> ou de lui assurer la jouissance paisible de cette chose<sup>253</sup>, pour celle qui

---

<sup>245</sup> Cass. 1re civ., 4 déc. 1990, n° 87-18.256 : JurisData n° 1990-003424 ; Bull. civ. 1990, I, n° 282.

<sup>246</sup> Cass. soc., 27 mai 1999, n° 97-41.283 : JurisData n° 1999-002128 ; Bull. civ. 1999, V, n° 240.

<sup>247</sup> Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-43.873 : JurisData n° 2003-019135 ; Dr. soc. 2003, p. 831, chron. B. GAURIAU. Si la réintégration forcée est possible lorsque le licenciement est nul parce qu'un droit ou une liberté fondamentale du salarié est en cause, une logique indemnitaire s'applique quand le licenciement est seulement sans cause réelle et sérieuse.

<sup>248</sup> G. -H. CAMERLYNCK, *Droit du travail*, t. 1, Le contrat de travail : Dalloz, 2e éd., 1984, n° 470.

<sup>249</sup> On retrouve ici la distinction précédemment évoquée entre la force obligatoire du contrat et les obligations nées du contrat.

<sup>250</sup> Req, 4 août 1947, Gaz. Pal., 1947, 2, Som, 30.

<sup>251</sup> Com, 16 juin 1963, Bull. Civ., III, n° 316.

<sup>252</sup> Com, 23 mai 1964, Bull. civ., III, n° 260.

<sup>253</sup> Civ. 1, 26 juin 1967 D, 1967, p. 673.

incombe au locateur d'ouvrage d'exécuter un travail pour le compte d'autrui<sup>254</sup>, pour l'obligation de respecter une convention d'exclusivité<sup>255</sup> ou une clause de non concurrence<sup>256</sup>, pour celle de restituer la chose en fin de prêt ou de bail<sup>257</sup> etc. ...

Les applications de la lettre de l'article 1142 se sont donc considérablement réduits. On ne rencontre guère que les obligations relatives aux activités artistiques et intellectuelles. Selon la jurisprudence, il est impossible de contraindre l'artiste peintre à livrer une œuvre<sup>258</sup>, le comédien à monter sur scène<sup>259</sup>, l'enseignant ou le formateur qui s'est engagé, à dispenser un cours<sup>260</sup>. Autre exemple, le preneur d'un bail à nourriture ne saurait non plus être contraint de recevoir la personne qu'il a promis d'héberger<sup>261</sup>. Dans le droit des sociétés, la réalisation forcée d'un apport en industrie serait tout aussi inacceptable<sup>262</sup>. Dans toutes ces hypothèses, une exécution forcée de l'obligation, même au moyen indirect d'une astreinte serait inadmissible car elle porterait atteinte aux droits et libertés fondamentaux du débiteur. L'inconvénient de ces solutions est de laisser le créancier insatisfait : lorsque les obligations portent sur des choses personnelles, en principe non-substituables, l'allocation de dommages et intérêts ne satisfait pas le créancier. Aussi, il semble que, même pour ces obligations à caractère très personnel, l'exclusion de l'exécution forcée ne devrait pas être systématique.

69. La jurisprudence a donc continué par opérer une distinction entre les obligations dont le juge s'autorise à ordonner l'exécution en nature et celles pour lesquelles il ne se reconnaît pas cette faculté. Dans beaucoup d'autres décisions, l'article 1142 est invoqué pour rejeter la demande d'exécution et justifier le prononcé, à la place de celle-ci, d'une condamnation à dommages et intérêts. Ces décisions concernent au prime abord le droit du travail. En effet, l'interdiction du travail forcé empêche de sanctionner la démission fautive ou irrégulière d'un salarié par le prononcé d'une condamnation à poursuivre l'exécution du contrat de travail. Dans cette hypothèse, il n'y a eu de place que pour une condamnation à dommages et intérêts. Mais c'est surtout en cas de licenciement fautif que la question de la réintégration du salarié dans l'entreprise s'est posée. Or, si on met à part certaines hypothèses dans lesquelles, en raison de

---

<sup>254</sup> Civ. 3, 12 décembre 1973, D, 1974, Som. 28 ; Civ. 3, 17 janvier 1984, J.C.P., 1984, IV, p.93.

<sup>255</sup> Com. 22 février 1965, Bull. civ., III, n° 141.

<sup>256</sup> Com. 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n° 286, p. 244, obs. J. MESTRE, Rev. trim. dr. civ., 1986, p. 755.

<sup>257</sup> Civ. I, 20 juin 1953, J.C.P., 1953, II, 7677 note P. ESMEIN.

<sup>258</sup> CA Paris, 4 juill. 1865, Rosa Bonheur : DP 1865, jurispr. p. 201 ; S. 1865, 2, p. 233. - Cass. civ., 14 mars 1900, Whistler : D. 1900, 1, p. 497, rapp. F.-C. Rau, concl. A. Desjardins, note M. Planiol.

<sup>259</sup> CA Paris, 3 mars 1855 : S. 1855, 2, p. 410.

<sup>260</sup> TGI Paris, 3 oct. 1968 : Gaz. Pal. 1968, 2, p. 345, note J.-P. Doucet.

<sup>261</sup> Cass. req., 20 oct. 1936 : DH 1936, p. 555.

<sup>262</sup> A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », *Economica*, 2004, n° 143.

l'atteinte portée à une règle d'organisation de l'entreprise<sup>263</sup>, ou à une liberté publique, comme le droit de grève<sup>264</sup>, la nullité du congédiement a été finalement admise et la réintégration du salarié imposée à l'employeur, la Cour de cassation a finalement maintenu sa position traditionnelle selon laquelle le licenciement n'est pas nul, mais seulement abusif, ce dont elle tire la conséquence qu'en application de l'article 1142, l'employeur ne peut être condamné qu'à des dommages et intérêts et non à réintégrer le salarié dans son emploi<sup>265</sup>. La crainte de restreindre trop sévèrement la liberté de l'employeur dans la gestion de son entreprise et son pouvoir de direction motivent ces solutions.<sup>266</sup>

70. En droit civil proprement dit, on peut relever certaines applications assez inattendues de l'article 1142 afin de justifier le refus d'imposer contre le gré du promettant l'exécution d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de vente<sup>267</sup>.

L'obligation de contracter a été rangée dans la catégorie des obligations à caractère personnelle. Cela expliquerait l'exclusion, sur le fondement de l'article 1142 du Code civil et de manière constante depuis un arrêt 15 décembre 1993<sup>268</sup>, de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Ainsi, selon MAINGUY, l'obligation de fournir une offre qui est à la charge du

---

<sup>263</sup> S'il s'agit, par exemple, d'un représentant du personnel : V. Soc. 14 juin 1972, Droit Social, 1972, p. 465, obs. J. SAVATIER; D., 1973, 114, note N. CATALA; Soc. 30 mai 1979, Bull. civ. V, n° 480; Ch. mixte 18 janvier 1980, D., 1980, p. 386, Droit Social, 1980, p. 330. Il en va de même pour les licenciements collectifs : V. Paris, 23 février 1996, commenté par M. F. BLEDCHARENTON, "Le réintégration à grands pas", Le Droit ouvrier, 1996, p. 293 et s.

<sup>264</sup> Soc. 26 septembre 1990, Droit Social, 1991, obs. P. WAQUET et note J.E. RAY; Soc. 10 octobre 1990, Bull. civ. V, n° 434; Soc. 29 juin 1994, J.C.P., 1994, II, 22324, note WAQUET.

<sup>265</sup> G. COUTURIER, «La réintégration des salariés non spécialement protégés », *Droit Soc.*, 1981, p. 248. V. par exemple, Soc. 30 janvier 1996, commenté par M.F. BLEDCHARENTON, Le Droit ouvrier, 1996, p. 296.

<sup>266</sup> Par une décision du 20 juillet 1988, le Conseil constitutionnel a eu à juger inconstitutionnelle la réintégration obligatoire d'un salarié ordinaire au motif que cette mesure porterait atteinte à la liberté d'entreprendre. Cf. N. MOLFESSIS, Le renouvellement des sources du droit des obligations, *op. cit.*, p. 76.

<sup>267</sup> A propos du pacte de préférence, la Cour de cassation a en effet, à plusieurs reprises, cassé des arrêts de cours d'appel qui avaient admis, après avoir constaté la validité du pacte et son inexécution, le droit du créancier à obtenir la préférence promise et à se faire substituer dans les droits de la personne qui avait obtenu, au mépris du pacte, le bénéfice du contrat. La haute juridiction a en effet estimé que l'obligation du promettant étant une " obligation de faire ", le créancier devait, par application de l'article 1142, se contenter de dommages et intérêts au cas d'inexécution. Civ. 1, 4 mai 1957, Bull. civ., I, n° 197; Civ. 3, 16 novembre 1988, 2 arrêts D, 1989, p. 157, note P. MALAURIE; Com. 27 mai 1986, RTD civ., 1987, p. 89, obs. J. MESTRE. Com. 7 mars 1989, D, 1989, p. 231, concl. JEOL, J.C.P., 1989, II, 21316, concl. JEOL, note J. REINHARD, Rev. trim. dr. civ., 1990, p. 70, obs. J. MESTRE. La jurisprudence se réservait, jusqu'en 1997, l'hypothèse d'une collusion frauduleuse entre le promettant et l'acquéreur pour prononcer la substitution au bénéficiaire du tiers. Com. 7 mars 1989. Or même cette réserve a été écartée par un arrêt de la 3e Chambre civile du 30 avril 1997 qui a réaffirmé avec éclat l'impossibilité pour le bénéficiaire d'un pacte de préférence de faire condamner le promettant à l'exécution de celui-ci. Civ. 3, 30 avril 1997, D, 1997, p. 475, note D. MAZEAUD, obs. P. JOURDAIN, RTD civ., 1997, p. 673; Contrats, concurr. consom., 1997, n° 129, obs. L. LEVENEUR, J.C.P., 1997, II, 22967, note B. THUILLIER, obs. P.Y. GAUTIER, RTD civ., 1997, p. 685.

<sup>268</sup> Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : JurisData n° 1993-002405 ; JCP G 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; D. 1994, p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; Defrénois 1994, p. 795, note P. DELEBECQUE.

promettant est une obligation de faire qui « implique la personne du contractant dans ce qu'elle a de plus intime : sa volonté de contracter, et l'on voit mal comment une exécution forcée en nature serait possible »<sup>269</sup>.

Cette analyse jurisprudentielle et doctrinale n'emporte pas la conviction<sup>270</sup>. Elle procède d'une confusion conceptuelle : l'exécution des promesses de contracter met en cause la force obligatoire du contrat<sup>271</sup> et non l'exécution d'une obligation de faire particulière au sens de l'article 1142 du Code civil<sup>272</sup>. Le promettant n'est pas dans une situation de débiteur, il est plus fondamentalement tenu par la loi du contrat qui dispose que son consentement a déjà été donné et que le consentement de l'autre suffira à former le contrat définitif. La prétendue obligation de faire du promettant qui consisterait à maintenir son offre n'est en réalité que l'expression du devoir que l'article 1134, alinéa 2 du Code civil impose à tout contractant à savoir ne pas révoquer unilatéralement le contrat<sup>273</sup>. C'est aussi l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil qui exige du promettant le maintien de son offre puisqu'il est dit qu'il ne peut unilatéralement révoquer la convention si ce n'est pour une cause que la loi autorise. Avec ce développement on voit aussi que le promettant n'est pas tenu d'une obligation de ne pas faire<sup>274</sup>. La jurisprudence admet d'ailleurs, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, l'exécution forcée en nature d'autres promesses de contracter<sup>275</sup>. Enfin, on ajoutera que le promettant ayant déjà donné librement son consentement lors de la conclusion de la promesse, le fait de le condamner à une exécution en nature ne porte pas atteinte à sa liberté contractuelle. L'exécution forcée ne se heurte donc pas ici à une impossibilité morale.

Finalement, la jurisprudence qui s'était développée en France sur le fondement de l'article 1142 encore d'application dans des Etats membres de l'OHADA et dont s'inspirent ces derniers, n'a pas fait écho à la réécriture virtuelle de l'article 1142.

---

<sup>269</sup> J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats » : *RTD civ.* 2000, p. 35. Dans le même sens, voir : « La violation du pacte de préférence », in *Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?*, Dr. et patrimoine, janv. 2006, p. 54.

<sup>270</sup> V. à propos de Cass. 3e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721 : JurisData n° 2008-043404, commentaire A. LEBOIS, « L'intangibilité de la jurisprudence en matière de promesses unilatérales de vente » : *LPA*, 13 oct. 2008, p. 13 ; V. également JCP G 2008, II, 10147, note G. Pillet.

<sup>271</sup> C. civ., art. 1134.

<sup>272</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

<sup>273</sup> F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, n° 231.

<sup>274</sup> D. MAZEAU, « L'exécution des contrats préparatoires », *RDC*, 01 janvier 2005 n°1, p.64.

<sup>275</sup> V. par ex., Cass. 3e civ., 6 avr. 2004, n° 00-19.991 ; *RDC* 2004, p. 969, obs. F. COLLART-DUTILLEUL (promesse unilatérale de bail). - Cass. com., 17 févr. 1982, n° 79-14.796 : JurisData n° 1982-700859 ; D. 1983, p. 484, note J. SCHMIDT (promesse de licence de brevet). - CA Paris, 5e ch. A, 17 juin 1987 : JurisData n° 1987-026017 ; BRDA 1987, n° 22, p. 18 (promesse d'achat de parts sociales).

## B- La protection subreptice générale du débiteur d'une obligation à caractère personnel

73. La doctrine s'est efforcée de préciser les contours de la notion d'obligation à caractère personnel. Pour certains, il s'agit des « obligations qui supposent nécessairement un fait personnel du débiteur parce qu'elles ont été contractées *intuitu personae* »<sup>276</sup>. Pour d'autres, la notion est plus restrictive : il s'agit des obligations qui mettent en jeu « des qualités irréductiblement individuelles du débiteur » ou une « liberté essentielle », celles qui engagent « le tréfonds de la personnalité », qui sont « strictement personnelles »<sup>277</sup>. En fin de compte et malgré la diversité des définitions précitées, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour ranger dans cette catégorie les obligations marquées d'un fort *intuitu personae* ou celles qui découlent de *l'affectio societatis*<sup>278</sup>. Ainsi en est-il des obligations découlant du contrat de travail, de l'obligation du professeur lié par un contrat d'enseignement, celle du preneur dans le bail à nourriture... Il existe des degrés dans le caractère personnel de ces obligations. La catégorie n'est pas homogène. Cette dernière doit en tout cas être étroite sous peine de remettre en cause le principe de l'exécution forcée. Il a été proposé<sup>279</sup> de limiter les exceptions aux seules obligations « éminemment personnelles », c'est-à-dire celles dont le degré de *l'intuitu personae* est tel « qu'il prolonge son effet pendant toute la durée du contrat, qu'il exclut toute possibilité d'exécution par un tiers, enfin et surtout qu'il interdise en raison du caractère strictement personnel de la prestation, toute contrainte, même indirecte sur le débiteur »<sup>280</sup>.
74. Comme on l'a vu précédemment, la portée de l'article 1142 du Code civil a considérablement été réduite. Mais la doctrine reste encore très partagée sur son domaine d'application. Certains considèrent que rien ne s'oppose à son utilisation pour contraindre le débiteur d'une obligation à caractère personnel, l'article 1142 du Code civil ayant seulement pour rôle l'élimination de la contrainte physique<sup>281</sup>. D'autres s'y opposent, estimant que lorsque l'obligation revêt un caractère très personnel, toute contrainte même indirecte est inadmissible car elle mettrait en

---

<sup>276</sup> H.L. et J.MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, théorie générale, par F. CHABAS : Montchrestien, 9e éd, 1998, n° 935, p. 1031.

<sup>277</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22e éd. refondue 2000 n° 372. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6e éd., 2007, n° 233. ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations* : PUF, 2006, n° 62. ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2 : Sirey 1930, n° 593, p. 371.

<sup>278</sup> A. LEBOIS, « Les obligations de faire à caractère personnel », *Revue Henri Capitant*, N°3, Décembre 2011, p. 211.

<sup>279</sup> Article 1154, alinéa 2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 22 septembre 2005.

<sup>280</sup> P. SIMLER, « Contrats et obligations, classification des obligations, distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire » : *JCl. Civil*, Art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2004, n° 114.

<sup>281</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 373. ; P. Malinvaud, *Droit des obligations*, LexisNexis Litec, 2007, n° 831.

péril une liberté essentielle du débiteur<sup>282</sup>. Il semble pourtant que le procédé de l'astreinte n'a pas à être banni par principe. Le contrat de commande d'œuvre d'art puis d'autres exemples permettent d'illustrer l'idée que l'astreinte est une voie de recours.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour voir dans le contrat de commande d'œuvre de l'esprit un terrain d'application de la règle posée par l'article 1142 du Code civil<sup>283</sup>. Lorsque l'auteur refuse de livrer l'œuvre, l'exécution forcée en nature serait inacceptable car l'obligation de créer présente un caractère éminemment personnel. Le recours à la contrainte même indirecte constituerait une atteinte intolérable à la liberté de création<sup>284</sup>. La jurisprudence va également en ce sens<sup>285</sup>. Dans la fameuse affaire Whistler<sup>286</sup>, la Cour d'appel de Paris relevait que le peintre n'était débiteur que d'une obligation de faire et que le principe de la « liberté de l'art » excluait toute exécution forcée. Ces affirmations semblent trop absolues pour pouvoir être approuvées. Il faut en effet distinguer plusieurs cas de figure : l'auteur peut d'abord refuser de créer l'œuvre qui lui a été commandée, il peut aussi refuser d'achever l'œuvre, il peut enfin refuser de la livrer et donc d'en transférer la propriété.

Lorsque l'auteur refuse de créer l'œuvre commandée, il nous semble qu'une condamnation sous astreinte visant à une exécution forcée en nature est envisageable. En effet, l'auteur qui accepte un contrat de commande s'engage à concevoir et à réaliser une œuvre de l'esprit. L'abandon par l'auteur de sa liberté de création est de l'essence de ce contrat<sup>287</sup>. LAITHIER soutenait à ce propos que « si chacun est libre de ne plus vouloir être libre, personne n'est libre de ne plus vouloir être lié »<sup>288</sup>. Le commandité ne peut donc pas se retrancher derrière cette liberté ou son manque d'inspiration pour échapper à la force obligatoire du contrat<sup>289</sup>. JEANDIDIER considère au contraire qu'« au moment où il s'est engagé, l'artiste a assumé une obligation alternative, il a promis à son gré l'élaboration de l'œuvre ou des dommages-intérêts »<sup>290</sup>. Cette analyse n'emporte pas la conviction car ni l'auteur, ni son cocontractant n'envisage cette alternative au moment de la formation de la convention. Le commandité est tenu d'exécuter son

---

<sup>282</sup>B. FAGES, *Droit des obligations* : LGDJ, 2007, n° 355. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, n° 1134.

<sup>283</sup> P. SIRINELLI, *Droit moral et droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 526.

<sup>284</sup> P. KAYSER, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat », *Mélanges AUDINET*, PUF, 1968, n° 9, p.137.

<sup>285</sup> TGI Paris, 19 nov. 1975 : RIDA avr. 1976, n° 88, p. 143.

<sup>286</sup> CA Paris, 2 déc. 1897 : DP 1898, 2, p. 465, note M. Planiol ; S. 1900, 2, p. 201, note A. Wahl.

<sup>287</sup> Ibid.

<sup>288</sup> Y. M LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, T. Paris, 2004, p.55.

<sup>289</sup> Même si l'absence d'inspiration n'est pas considéré par certains comme un cas de force majeure. A. Le TARNEC, *Manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2e éd., 1966, p. 31.

<sup>290</sup> W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ* 1976, p. 717, n° 29.

obligation en nature et de bonne foi. Le condamner seulement à verser des dommages et intérêts comme le fait la jurisprudence<sup>291</sup>, enlève tout son sens au respect de la parole donnée. Le commandité peut être contraint de manière indirecte car l'astreinte « assure l'exécution de toutes les obligations de faire, quelle qu'en soit la source, et si personnelles qu'on puisse les supposer »<sup>292</sup>. Le créancier prend seulement le risque que l'auteur récalcitrant réalise une œuvre de piètre qualité car l'inspiration et le talent, sans doute, requièrent spontanéité et indépendance<sup>293</sup>. Et si malgré la contrainte, l'auteur n'obtempérait toujours pas, celui-ci devra être prêt à payer le prix de son « débat intérieur », quitte pour le juge, à en tenir compte lors de la liquidation de l'astreinte<sup>294</sup>. Mais les voies de recours ne se limitent pas aux astreintes. Une fois démontré que les qualités éminemment personnelles ne sont pas un obstacle à l'exécution forcée en nature, le juge peut aller loin dans la condamnation comme nous le démontrerons beaucoup plus loin. Par ailleurs, il y a une place, dans une certaine mesure, pour la faculté de remplacement prévue par l'article 1144 du Code civil. *A priori*, le caractère *intuitu personae* des contrats de commande d'œuvre s'y oppose : le commanditaire ne recherche pas la réalisation d'un travail quelconque, mais la création d'une œuvre déterminée et la personne du cocontractant, ses qualités d'auteur, sont déterminantes. On peut toutefois distinguer selon le type d'œuvre commandée. On imagine assez bien que cette faculté de remplacement soit difficilement concevable pour une sculpture ou un tableau : c'est souvent le talent, la facture de l'auteur voire un sentiment d'admiration, qui guident le choix de l'artiste par le commanditaire. En revanche, s'il s'agit de commander les plans d'une maison individuelle, une photo de presse, la traduction d'un roman ou d'une notice, un logiciel spécifique, l'identité du contractant importe peu en général car ce sont plutôt des qualités objectives de la personne qui sont prises en considération (capacité technique, expérience, savoir-faire, compétences professionnelles). Pour ce type d'œuvres utilitaires, informationnelles ou dérivées, dont la création n'est pas ou est peu marquée par la personnalité de l'auteur, la faculté de remplacement est tout à fait concevable<sup>295</sup>. Le caractère personnel de la prestation attendue est moins fort et un auteur défaillant peut être remplacé par un autre sans que cela soit odieux ou que cela se fasse au détriment de la qualité du travail attendu.

---

<sup>291</sup> T. civ. Fontainebleau, 25 janv. 1865. - CA Paris, 2 mars 1933 : Ann. Propr. industr. 1934, p. 150. V. aff. Rosa Bonheur.

<sup>292</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, n° 596.

<sup>293</sup> Mais il a toutefois été rapporté que c'est sous la contrainte que G. ROSSINI a écrit en 3 jours de l'année 1816, le Barbier de Séville, une célèbre pièce d'opéra.

<sup>294</sup> P. PUIG, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 85, n° 16.

<sup>295</sup> J. VIET, « La fourniture de logiciels spécifiques relève-t-elle de l'obligation de faire ? », *Gaz. Pal.*, 1987, 2, doct. p. 676.

75. Pour les mêmes raisons que celles précédemment exposées, la liberté de création ne nous paraît pas être un argument décisif quand l'auteur ne veut pas achever l'œuvre commandée. L'exécution forcée sous astreinte est possible, mais on peut craindre que l'auteur défaillant achève de manière médiocre l'œuvre qu'il a commencée ou bien qu'il refuse ensuite de livrer l'œuvre qu'il estime inachevée ou imparfaite. On se trouve alors dans la troisième et dernière hypothèse pour laquelle il existe un sérieux obstacle à l'exécution forcée<sup>296</sup>. Prenons l'hypothèse où l'auteur refuse de livrer l'œuvre commandée. L'obligation de livraison, obligation qui porte sur une chose et n'implique pas la personne même de l'auteur débiteur, devrait pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée en nature. Mais ce serait oublier le droit moral de l'auteur plus précisément le droit de divulgation que le commanditaire peut utilement invoquer pour s'affranchir de son obligation contractuelle. Il faut bien comprendre qu'en matière de commande d'œuvre de l'esprit, la délivrance n'est pas seulement l'exécution par l'auteur d'une obligation qui découle du contrat, c'est aussi et surtout l'expression de son droit de divulgation. L'obligation de délivrance intervient lorsque l'œuvre commandée est achevée, et l'œuvre est achevée seulement quand l'auteur estime qu'elle l'est et qu'elle peut être divulguée<sup>297</sup>. La livraison de la chose (tableau, manuscrit...) traduit la décision de l'auteur de divulguer son œuvre. S'il refuse de la livrer, il ne fait qu'exercer son droit de non-divulgation. L'astreinte est donc ici exclue<sup>298</sup> et la faculté de remplacement également car le caractère personnel du droit moral s'y oppose. En reconnaissant le droit moral, le législateur a ainsi accordé à l'auteur le droit de refuser d'exécuter en nature un contrat dont il ne veut plus<sup>299</sup>. On relèvera que ce n'est pas le caractère éminemment personnel de l'obligation qui justifie l'exception à l'exécution forcée mais le droit moral de l'auteur. Il y aurait *a priori* en réalité une impossibilité juridique et non morale. Ce n'est donc pas l'article 1142 du Code civil qui justifie la solution<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> A. LEBOIS, « Les obligations de faire à caractère personnel », *La semaine Juridique, édition générale*, n°47, nov 2008, I, p.214.

<sup>297</sup> CPI, art. L. 121-2 : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ».

<sup>298</sup> T. civ. Charolles, 4 mars 1949.

<sup>299</sup> Toutefois il existe des exceptions en matière d'œuvre audiovisuelle : CPI, art. L. 121-6.

<sup>300</sup> Il convient toutefois de préciser que l'auteur peut avoir divulgué l'œuvre d'une autre manière et préalablement à la livraison, auquel cas ce dernier ne peut invoquer son droit de non divulgation pour se dérober. L'auteur peut en effet choisir de porter son œuvre à la connaissance du public en la livrant au commanditaire mais aussi en l'exposant, en la communiquant oralement lors d'une conférence. En toute hypothèse, le fait matériel en question doit révéler sans équivoque la volonté de l'auteur de rendre l'œuvre accessible au public. Ainsi, dans l'affaire Whistler précitée, le peintre avait exposé l'œuvre publiquement avant de refuser de la livrer, mais les juges ont retenu que l'exposition du tableau n'était destinée en l'espèce qu'à sonder les réactions de la critique et qu'elle ne traduisait pas la volonté de l'auteur de livrer l'œuvre au public. La solution est à cet égard critiquable car le refus du peintre était en réalité inspiré par des considérations étrangères au droit moral. Les circonstances de l'affaire révélaient en effet que Whistler était satisfait de son tableau et que son refus de le livrer était guidé

La question de l'exécution des contrats de commande d'œuvres de l'esprit n'appelle donc pas, selon nous, de réponse systématique. Les faits de chaque affaire doivent guider les juges dans leur décision : nature de l'œuvre commandée, loyauté dans l'exécution du contrat, abus dans l'exercice du droit moral, autant d'éléments à prendre en compte pour juger de la possibilité ou de l'impossibilité d'une exécution forcée en nature. La systématisation doit être bannie. Il nous semble qu'il doit en être de même en droit des sociétés.

76. Au sujet des obligations découlant de l'*affectio societatis* il est retenu qu'elles résistent à l'exécution forcée : elles présentent un caractère personnel marqué qui exclut le recours à la contrainte conformément à l'article 1142 du Code civil. Ce serait le cas de l'associé qui n'effectue pas son apport en industrie. La solution doit être nuancée. Lorsque la réalisation de l'apport en industrie s'effectue dans la durée, l'exécution forcée en nature paraît inadaptée. D'abord, il est difficile de contraindre l'apporteur à effectuer la prestation promise sans risquer une exécution médiocre. Mais surtout, la liberté physique de l'apporteur est un obstacle à l'exécution forcée même indirecte. La réalisation forcée de l'apport aurait pour conséquence d'« accaparer toute l'activité professionnelle du débiteur contre son gré »<sup>301</sup>. La solution retenue est donc l'indemnisation ou bien le recours à la technique du remplacement si la prestation ne requiert pas des qualités strictement attachées à la personne de l'apporteur défaillant<sup>302</sup>. En revanche, l'exécution en nature est concevable lorsque la réalisation de l'apport s'effectue de façon instantanée, par la transmission de connaissances, d'un savoir-faire par exemple<sup>303</sup>. La réalisation de l'apport suppose certes l'intervention personnelle de l'apporteur, mais cette intervention se bornera à une transmission ponctuelle des informations ou connaissances promises. L'exécution forcée sous astreinte est alors possible<sup>304</sup>.
77. Toujours en droit des sociétés, on relèvera également quelques décisions qui ont admis l'exécution forcée des conventions de vote<sup>305</sup>. Ces pactes d'actionnaires créent une obligation de faire : voter une augmentation de capital, voter en faveur de certains administrateurs... La validité de ces clauses est reconnue<sup>306</sup> si bien que la liberté de vote n'apparaît pas être un

---

par des considérations financières. L'abus du droit moral était manifeste et les juges auraient dû en tirer les conséquences en prononçant l'exécution en nature assortie d'une astreinte.

<sup>301</sup> V. en ce sens à propos du contrat de travail, W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *op. cit.*, p. 719, n° 30.

<sup>302</sup> S. DANA-DEMARET, « Apports en industrie », *JCl. Sociétés*, Fasc. 10-20, n° 56.

<sup>303</sup> Pour prendre le contre-pied de la solution retenue par A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », *op. cit.*, n° 152.

<sup>304</sup> L'avant-projet de réforme du droit des obligations, qui réserve le cas des seules obligations éminemment personnelles, invitait à cette interprétation.

<sup>305</sup> CA Paris, 5e ch. C, 30 juin 1995 : *JurisData* n° 1995-021894 ; JCP E 1996, 795, note J. -J. Daigre.

<sup>306</sup> Cass. civ., 7 avr. 1932 : DH 1933, 1, p. 153, note p. CORDONNIER.

argument décisif pour exclure l'exécution en nature. La seule limite posée par la jurisprudence est l'intangibilité des délibérations sociales : quand l'associé lié par une convention de vote s'est prononcé en assemblée générale dans un sens contraire à l'engagement qu'il a souscrit, la validité de l'assemblée n'est pas remise en cause et le vote est considéré comme valable. C'est dire qu'en réalité, l'action en exécution forcée n'est possible que si elle est exercée à titre préventif c'est-à-dire avant l'émission du vote en assemblée, car aucune délibération n'a été votée. Certes on voit que cette limite à l'exécution en nature des conventions de vote ne trouve pas sa justification dans l'article 1142 du Code civil et le caractère personnel de l'obligation de faire, mais dans le principe d'intangibilité des délibérations sociales issu du droit des sociétés<sup>307</sup>.

78. On peut trouver quand même de rares obligations résistant à l'exécution forcée lorsque sont en cause la liberté de conscience et la liberté physique du débiteur. Il a ainsi été jugé qu'une stripteaseuse qui renonce à exécuter sa prestation au nom d'une pudeur retrouvée, ne pouvait être condamnée sous astreinte à s'exhiber à la vue du public<sup>308</sup>. On peut également citer le cas du bail à nourriture, contrat par lequel le preneur s'engage à pourvoir aux besoins du bailleur, à le loger, le nourrir, l'entretenir même en cas de maladie et jusqu'à la fin de ses jours, en contrepartie d'un prix ou l'aliénation d'un bien. Les obligations de faire ainsi mises à la charge du preneur sont éminemment personnelles<sup>309</sup>. « L'économie du contrat lui imprime un caractère *intuitu personae* très renforcé : c'est évident lorsqu'il implique une cohabitation des parties et c'est encore vrai sans elle, car la mesure des prestations est fortement influencée par les relations des parties »<sup>310</sup>. Cela explique que les juges se refusent à recourir à toute contrainte à l'encontre du preneur pour l'exécution de ses obligations<sup>311</sup> et que toute substitution de contractant est interdite. La liberté de l'individu paraît ici trop puissante pour supporter l'astreinte et, le caractère éminemment personnel de la prestation exclut le remplacement. D'ailleurs, lorsque la mécontente des parties rend impossible l'exécution en nature des obligations nées du bail à nourriture, une jurisprudence constante autorise les juges du fond à substituer une rente viagère compensatrice à caractère alimentaire, à l'obligation de faire prévue par la convention<sup>312</sup>. Enfin, on a vu qu'en droit du travail, l'employeur pouvait être condamné sous astreinte à réintégrer un

---

<sup>307</sup> A. LÉBOIS, « Les obligations de faire à caractère personnel », *op.cit.*, p.216.

<sup>308</sup> CA Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, p. 401, note M. PUECH. On pourrait imaginer que le créancier exerce la faculté de remplacement que lui offre l'article 1144 plutôt que de demander une réparation par équivalent.

<sup>309</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 2002, n° 99-20.762 : JurisData n° 2002-017003 ; RTD civ. 2003, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>310</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Précis Domat, 7<sup>e</sup> éd., 2006, n° 995.

<sup>311</sup> CA Limoges, 4 nov. 1993 : JurisData n° 1993-051603.

<sup>312</sup> G. CORNU, RTD civ. 1980, p. 781, note ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 janv. 1980, n° 78-15.602 : JurisData n° 1980-000015 ; Bull. civ. 1980, I, n° 15.

salarié illégalement licencié. Il apparaît en revanche impossible de contraindre un salarié à exécuter son obligation principale<sup>313</sup>. « Un ouvrier ne saurait être condamné à reprendre son travail sous astreinte, car, même en admettant que le contrat n'ait pas été conclu *intuitu personae*, la réalisation de l'obligation paraît intolérable. Le débiteur n'y pourrait être contraint par la force qu'au prix d'une véritable captivité de sa personne »<sup>314</sup>. Rappelons en effet qu'en concluant le contrat de travail, le salarié met « sa force ou capacité de travail, ses aptitudes, à la disposition de son cocontractant » et il se place sous l'autorité de l'employeur<sup>315</sup>. L'obligation d'exécuter le travail qui lui incombe est fortement attachée à sa personne. Nul autre que lui ne peut exécuter la prestation de travail si bien que l'application de l'article 1144 du Code civil est également exclue<sup>316</sup>.

Seule une approche très restrictive des obligations personnelles respecte le droit du créancier d'obtenir l'exécution en nature. Le juge ne devrait pas pouvoir faire échec à l'exercice de ce droit qui est « l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat »<sup>317</sup>.

En tout état de cause même pour les obligations ci-dessus rapportées *in fine*, le créancier devrait recouvrer son droit d'exiger l'exécution forcée en nature qu'il soit démontré ou non que le débiteur est dans la possibilité d'exécuter. Pour nous, l'engagement contractuel est une projection consciente sur le futur avec la prise en compte de tous les aléas que le passé contractuel a permis de connaître. S'engager et refuser d'exécuter par la suite son engagement en se servant de l'impossibilité avancée par l'article 1142 du Code civil est de la mauvaise foi. Seul le recours à l'exécution forcée en nature est conforme à l'élévation des conventions au rang de loi que les parties contractantes doivent respecter.

---

<sup>313</sup> L'article 1385 bis du Code judiciaire belge dispose en ce sens que « l'astreinte ne peut être prononcée (...) en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail ». En revanche, il ne serait pas choquant que le salarié soit contraint sous astreinte à exécuter une obligation accessoire au contrat de travail, par exemple l'obligation de porter la tenue vestimentaire exigée par l'employeur.

<sup>314</sup> L. APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 1993, n° 8. ; Dans le même sens, J. Carbonnier *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 372.

<sup>315</sup> J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail* : Précis Dalloz, 23e éd., 2006, n° 120 et 121.

<sup>316</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives, Droit et société*, LGDJ, t. 22, 1998, p. 104.

<sup>317</sup> G. VINEY, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, n° 16, p. 182.

## Section 2 : La réception partielle du droit construit

79. Les nouvelles législations sont pour nous des instruments qui servent à mesurer la réception des critiques doctrinales ou jurisprudentielles par le législateur qu'il soit national, régional ou plus généralement universel<sup>318</sup>. Il permet en quelque sorte de voir la mise à jour des règles de droit à venir. Le droit des obligations dans l'espace OHADA subit l'influence de diverses sources parmi lesquelles nous retenons principalement dans notre analyse, le droit français comme droit originel de la plupart des Etats membres de l'OHADA. En effet, à part le Sénégal, le Mali et à la Guinée Conakry, la plupart des Etats membres de l'OHADA n'ont pas revu leur droit des obligations depuis la période des indépendances africaines datant des années 1960<sup>319</sup>. L'influence sur le droit OHADA de cette source n'est plus à démontrer car tantôt c'est par reprise des solutions françaises que le droit OHADA s'illustre, tantôt c'est par comparaison aux solutions françaises qu'il évolue. Une analyse de l'évolution du droit à l'exécution dans le droit français, principale source de la législation OHADA montre bien que l'œuvre de construction d'un droit à l'exécution forcée en nature est bien passée au niveau régional et était appelé à entrer dans la législation française (Paragraphe 1) . Mais contre toute attente, le droit français par le biais de l'ordonnance française de 2016 a fait écho à l'analyse économique du droit, nous dirons à l'analyse lucrative du droit pour enserrer le droit à l'exécution dans des limites toujours plus grandissantes (paragraphe 2).

---

<sup>318</sup> Convention de vienne sur la vente internationale de marchandise par exemple, ou bien même les principes d'Unidroit.

<sup>319</sup> D. C. SOSSA, 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, Rev. dr. unif. 2008, p.343

## **Paragraphe 1 : La reconnaissance au plan régional d'un droit subjectif du créancier à l'exécution en nature**

80. « Il faut avoir une vision de la famille pour légiférer en droit des personnes, mais le contrat étant un instrument essentiellement économique de la vie sociale, il suffit que la loi du contrat soit utile et juste »<sup>320</sup> Ces conseils étaient du Doyen CARBONNIER au professeur CATALA dans l'œuvre régional de codification du droit des contrats à l'échelle européenne. Afin d'aboutir à cette codification, une refonte complète de la théorie générale des obligations contenue dans le Code civil fut nécessaire. La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles y occupe naturellement une place importante puisque le respect de la parole conventionnellement donnée permet d'assurer l'efficacité de cette utilité de la loi du contrat. Un droit subjectif à l'exécution forcée est reconnu au créancier (A) avant d'être limité par la possibilité ou non de ce recours (B).

### **A- L'affirmation d'un droit subjectif à l'exécution**

81. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription ou avant-projet CATALA, qui a élaboré un projet de réforme des dispositions du Code civil français portant sur les contrats, les quasi-contrats, la responsabilité civile et la prescription commence d'abord par clarifier la notion d'obligations de faire :

Article 1144 « L'obligation de faire a pour objet une action, comme la réalisation d'un ouvrage ou une prestation de services, ainsi dans l'entreprise ou le louage de services ; celle de ne pas faire une abstention, ainsi de la non-concurrence, du non-rétablissement, de la non-divulgation ou de la non-construction». Cet article clarifie donc nettement ce qu'est une obligation de faire puisqu'en plus de donner les caractéristiques générales d'une telle obligation - une action, la réalisation d'un ouvrage, ou une prestation de service - ; des exemples précis permettent de mieux cerner à quoi s'applique le régime envisagé aux articles 1154 et suivants. Comme le relève un auteur, à la différence du Code civil, où la matière apparaît comme très éclatée, ce projet donne en tout cas ici une vision d'ensemble du sort du contrat en cas d'inexécution.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> P. CATALA, « La genèse et le dessein du projet », *RDC*, janv 2006, n°1, p. 11.

<sup>321</sup> P. ANCEL, « Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats », *RDC*, n°1, janvier 2006.

La velléité de clarification prend ici tout son sens. En instaurant, un nouveau régime en faveur de l'exécution en nature qui s'applique expressément à toutes les obligations de faire par principe, il était important de définir clairement et largement la notion afin que la reconnaissance au sein de l'avant-projet de la primauté de l'exécution en nature en cas d'inexécution des obligations de faire puisse être effective.

82. Les auteurs de la section IV étudiée ont gravé dans le projet une avancée remarquable qui ne se cantonne pas à refléter et clarifier le droit tel qu'il existait. Ils ont surtout tenu compte du fait que les exceptions et tempéraments apportés à la règle formulée par l'actuel article 1142 du Code civil de 1804 sont devenus si importants que le principe peut désormais être présenté d'une façon inversée, plus conforme à la réalité. Cette conformité à la réalité est avérée mais la rédaction des dispositions des articles 1154 et suivantes va bien au-delà. Ces articles prévoient ainsi :

Article 1154 : « L'obligation de faire s'exécute si possible en nature.

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.

En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.

A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts. »<sup>322</sup>

Le renversement de principe posé par la lettre de l'article 1142 du Code civil serait consacré avec vigueur puisqu'il en prend le contre-pied par la sentence laconique de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 1154. On ne peut pas rester insensible au parallélisme de la forme de ces deux articles.

Le nouvel article 1154 consacrerait l'avènement de la qualification de l'obligation de faire qui retrouverait tout son sens au lieu d'être contournée ou minimisée.

Comme le souligne un autre rédacteur de l'avant-projet, la primauté de l'exécution en nature des obligations de faire est consacrée, éventuellement sous astreinte ou contrainte sur les biens, sauf les cas où « la prestation attendue a un caractère éminemment personnel »<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Avant-projet Catala p.99.

<sup>323</sup> J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », *RDC*, janv. 2006, n°1, p. 113.

Regain de la qualification d'obligation de faire et retour à plus d'orthodoxie dans le travail de qualification mais également création potentielle de droits subjectifs pour le créancier.

83. Malgré l'objection des auteurs de cette partie de l'avant-projet<sup>324</sup> qui préfère considérer le renversement de principe objectivement sans avoir pour effet la création d'un « droit à » l'exécution forcée, d'aucuns pensent que la création d'un droit subjectif à la prestation pourrait jaillir de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 1154 de l'avant-projet. Cela s'inscrirait dans une logique plus globale de subjectivation de l'exécution contractuelle. Comme le remarque ROCHFELD, le créancier aurait le droit, par le truchement de l'exécution forcée et de la résolution, d'exiger l'exécution en nature de la prestation promise ainsi que de résoudre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution<sup>325</sup>.

La subjectivation se traduit ici par une plus grande liberté du créancier lésé qui peut soit faire respecter la parole contractuellement donnée par son débiteur ou bien résoudre le contrat plus facilement. Le créancier ne se retrouverait donc plus prisonnier d'un contrat non ou mal exécuté. Partant, les rapports des parties au juge s'en trouveraient profondément modifiés. En effet, reconnaître au créancier un « droit à » l'exécution forcée en nature le laisserait maître de la sanction à appliquer à l'inexécution de l'obligation en souffrance. Cela reviendrait non pas simplement à accorder au créancier la prérogative de dire le droit (*juridictio*) mais également, dans une certaine mesure, celui de contraindre son débiteur (*impérium*). Le rôle du juge s'en trouve singulièrement limité. S'il pouvait par le travail de qualification de l'obligation et le jeu de l'ambiguïté de l'art. 1142, accorder parfois sans cohérence le remède qu'il estime le plus juste ; la solution édictée par l'art. 1154 de l'avant-projet le place dans une fonction d'homologation du choix du remède du créancier.

Il ne lui resterait plus que le contrôle de l'abus de droit<sup>326</sup> ou encore de la bonne foi<sup>327</sup> pour freiner les demandes d'exécution en nature illégitime.

Là encore, le rôle du juge induit par la rédaction de l'art. 1154 permet une certaine cohérence des contraintes directes ou indirectes imposées au débiteur récalcitrant. L'astreinte, contrainte

---

<sup>324</sup> H. LECUYER et L. LEVENEUR qui précisent après avoir exposé les termes du nouvel art. 1154 que même si « Le renversement du principe est bienvenu. Sans doute vaut-il mieux l'énoncer objectivement plutôt que par le biais d'un "droit à" ».

<sup>325</sup> J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », *op. cit.* p. 114.

<sup>326</sup> P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, éd. Kluwer, Thèse, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, Préface 1. MOREAU-MARGRÈVE, 1993. , p. 146.

<sup>327</sup> P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, Thèse. Paris I, 2000, p.122.

indirecte, insérée au sein du Code civil, serait une des modalités de l'exécution en nature des obligations de faire. Comme le souligne les rédacteurs, il était bien difficile de continuer à proclamer que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » alors que des textes régissant la procédure d'exécution<sup>328</sup> ont consacré l'astreinte avec un champ d'application très vaste.

On retrouve ici, au niveau de la procédure où le rôle du juge est intimement lié, le dessein de lisibilité pour les profanes de leurs voies de recours en cas d'inexécution d'une obligation dont ils sont créanciers. Il n'était plus possible de laisser entendre dans le Code civil que l'inexécution n'ouvrirait droit qu'à des dommages et intérêts au créancier<sup>329</sup>.

## **B- La réticence dans l'affirmation du droit à l'exécution**

84. Malgré tout, la rédaction de l'article 1154 n'oublie pas que la contrainte, directe ou indirecte, demeure en potentielle contradiction avec des libertés individuelles dont ils pensent qu'on ne saurait s'affranchir au motif de la primauté de l'exécution en nature. Cette zone d'ombre montre que la lisibilité et la cohérence apportées par l'avant-projet dans ce domaine laissent planer quelques réserves sur l'efficacité de l'inversement du principe de l'art. 1142 du Code civil.

La consécration de l'inversement du principe de l'art. 1142, l'alinéa 1 de l'art. 1154 de l'avant-projet est de suite assorti d'une réserve qui tient à la possibilité même de l'exécution en nature. L'impossibilité<sup>330</sup> s'avère donc un tempérament renouvelé et le corollaire du droit à l'exécution en nature.

Les redondances que peuvent recouvrir les limites à l'exécution forcée de certaines obligations de faire attestent bien la délicatesse du travail des rédacteurs qui précisent d'ailleurs que la limitation au principe n'est pas de la même intensité selon les situations (distinction entre contraintes directes et indirectes)<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Lois du 5 juillet 1972, puis du 9 juillet 1991.

<sup>329</sup> H. LECUYER, « L'inexécution du contrat », CCC, 2016. Dossier 7.

<sup>330</sup> Matérielle, juridique ou morale.

<sup>331</sup> « Le plus délicat est d'exprimer les limites du droit à l'exécution forcée par contrainte directe, D'une part, et au moyen de l'astreinte, d'autre part, limites qui reposent sur la même idée, mais semble-t-il avec une intensité différente: on ne peut contraindre par la force un entrepreneur à effectuer les travaux promis (atteinte excessive à la liberté individuelle), alors qu'on peut le lui enjoindre sous astreinte; mais l'astreinte cesse d'être possible si

85. Enfin, on pourrait regretter que les rédacteurs n'aient pas été plus clairs sur l'existence d'un réel « droit à » l'exécution en nature. Selon leur commentaire déjà évoqué, il ne s'agirait que d'un droit objectif ce que semble contredire certains auteurs.

L'ambiguïté aurait de lourdes conséquences que la jurisprudence affinerait au fur et à mesure du contentieux. Celle-là pourrait considérer que le créancier n'a pas un droit à l'exécution et que le juge reste maître de ses décisions quant à la sanction de l'inexécution des obligations de faire. L'art. 1154 de l'avant-projet ne serait qu'un guide pour les juges. Comme le souligne un auteur, cette conception serait en accord avec une doctrine minoritaire qui refuse de considérer un quelconque droit subjectif du créancier à l'exécution en nature mais surtout de lui reconnaître une primauté sur les autres sanctions.<sup>332</sup>

L'édiction d'un droit à la prestation promise aurait permis de se placer au même rang que les Principes UNIDROIT ou encore les Principes du droit européen du contrat qui reconnaissent un droit à l'exécution en faveur du créancier<sup>333</sup>.

Le juge aurait donc un pouvoir modérateur supérieur au sein de l'avant-projet.

---

la prestation présente un caractère éminemment personnel (l'exemple classique est celui de l'œuvre qu'un artiste s'est engagé à réaliser) ».

<sup>332</sup> J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », *op.cit.*, n°1, p. 113

<sup>333</sup> Projet de Code civil européen LANDO Chapitre 9 Section 1 article 9:102 et article 7.2.2 des principes UNIDROIT :

«Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse.

Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque,

a)l'exécution serait impossible ou illicite,

b)elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables,

c)elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles,

d)ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen.

Le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution».

## Paragraphe 2 : L'affirmation d'un droit à une exécution forcée affecté par de considérations lucratives

86. La nouvelle section du Code civil relative aux sanctions de l'inexécution du contrat est, à n'en pas douter, parmi les plus innovantes de la réforme issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>334</sup>. Dans une perspective d'accessibilité du droit, l'apport est de taille car, dans le droit antérieur, le recensement des diverses sanctions de l'inexécution supposait une recherche qui devait se déployer au-delà du seul titre III du livre III du Code civil. La section nouvelle constitue aussi une salubre œuvre de codification en intégrant dans le Code des sanctions que la Cour de cassation avait créées, en réécrivant les textes de 1804 ou, plus radicalement encore, en ajoutant certaines options qui, frappées du sceau de l'innovation, révèlent un infléchissement, plus ou moins sensible, du modèle contractuel français. En premier lieu, on découvrira, en scrutant certaines des règles nouvelles relatives à l'exécution forcée en nature, la réplique de l'œuvre accomplie par la doctrine et la jurisprudence depuis plusieurs décennies, pour pallier l'immobilisme de la loi (A). On percevra, en second lieu, des mutations fondamentales qui affectent l'ADN contractuel français (B).

---

<sup>334</sup> Pour des commentaires généraux sur cette réforme, V. not., H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247; A. BENABENT et L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu généra », *D.* 2016. 434; G. CHANTEPIE et M. LATINA, « La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », *Dalloz*, 2016; O. DESHAYES, T. GENICO et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LexisNexis*, 2016; N. DISSAUX et C. JAMIN, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Dalloz*, 2016; T. DOUVILLE et ALII, « La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article », *Gualino*, 2016; D. MAZEAUD, « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.* 23 févr. 2016, p. 15; M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016. 494; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 91, p. 10; P. SIMLER, « Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations », *LexisNexis*, 2016; F. TERRE, « La réforme du droit des obligations », *Dalloz*, 2016. Pour des numéros spéciaux de revues consacrés à la réforme: CCC 2016. Dossier 1; *Dr. et patr.* mai 2016. 46; *RDC* avr. 2016, Hors-série; pour des commentaires sur les sanctions de l'inexécution dans la réforme, dont l'exécution forcée en nature, V. not., P. GROSSER, « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* mai 2016. 70; Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2016. 39; H. LECUYER, « L'inexécution du contrat », *CCC*, 2016. Dossier 7; *LPA* 2016, n° 67, p. 5, obs. M. MIGNOT.

## A- La possibilité d'option du créancier

87. L'article 1217, qui énumère les différentes sanctions en cas d'inexécution, énonce que le contractant qui subit celle-ci peut « poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ».

Appréhendée comme une sanction dans la réforme, l'exécution forcée en nature<sup>335</sup> reflète la dualité de l'entreprise menée par les auteurs de la réforme: codifier et innover, réformer en douceur et en profondeur, maintien mais aussi mutation du modèle contractuel français<sup>336</sup>. En dépit de son importance, laquelle procède d'un postulat culturel qui irrigue le droit français des contrats, et bien qu'elle soit l'objet de plusieurs textes de la réforme, les articles 1221, 1222 et 1341, l'exécution forcée n'est pas, dans l'esprit du législateur français, placée au sommet de la hiérarchie des sanctions. Au regard de la situation dans laquelle l'inexécution le place, en particulier de sa gravité redoutée ou avérée, le créancier peut plutôt avoir intérêt à renoncer à l'exécution du contrat et à opter pour sa suspension, sa révision ou encore sa résolution. Seul l'intérêt du créancier confronté à l'inexécution de sa créance sera susceptible de conférer à l'exécution forcée un rang particulier au sein des sanctions légales. Dans la réforme, l'exécution forcée constitue un droit dont le créancier est titulaire. Reste que, se pose, ici comme ailleurs, la question du maintien de règles jurisprudentielles antérieures, qui n'ont pas été rayées d'un trait de plume par les rédacteurs du nouveau droit des contrats ou qui ne sont pas incompatibles avec celui-ci. Tel est le cas, à propos de l'exécution forcée, dans la jurisprudence qui, avait admis que si le débiteur offrait une telle exécution de son obligation, le créancier ne pouvait pas la refuser<sup>337</sup>. Une telle solution doit sans doute être désormais écartée. D'une part, en raison de la lettre des articles précités, en particulier l'article 1217, qui réserve au seul créancier le choix de la sanction qui lui paraît la plus appropriée au regard de sa situation en cas d'inexécution. D'autre part, parce que le bon sens concourt à ne pas reconnaître un tel pouvoir

---

<sup>335</sup> Sur l'exécution forcée en nature telle qu'elle est conçue dans la réforme, V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., p. 546 s.; N. DISSAUX et C. JAMIN, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » op. cit., p. 122 s.; M. MEKKI, Fiche pratique: l'exécution forcée « en nature », sauf si..., Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 16.

<sup>336</sup> G. FITOUSSI, L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats, <https://blogavocat.fr/space/guy.fitoussi/content/!%E2%80%99ex%C3%A9cution-forc%C3%A9e-en-nature-dans-la-r%C3%A9forme-du-droit-des-contrats> mis en ligne le vendredi 10 février 2017 à 13H26 consulté le 24 Avril 2017 à 17h50.

<sup>337</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2013.

au débiteur. Il ne saurait appartenir à l'auteur d'une inexécution de choisir la sanction qu'elle appelle<sup>338</sup>.

88. L'article 1142 du Code civil de 1804 réservait l'exécution en nature aux seules obligations de donner; les obligations de faire, comme celles de ne pas faire, étaient simplement susceptibles, en cas d'inexécution, de se résoudre en dommages-intérêts. Dans l'esprit du codificateur français de jadis, la force obligatoire du contrat, quoiqu'elle constitue une valeur sociale primordiale, devait fléchir face à la liberté individuelle du débiteur et excluait donc d'exposer celui-ci à une contrainte corporelle. Progressivement, la Cour de cassation française avait réécrit ce texte et énoncé le principe de l'exécution en nature de toutes les obligations, qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire, à l'exception des cas dans lesquels le débiteur pouvait invoquer une impossibilité matérielle ou juridique, ou quand l'obligation qu'il avait souscrite présentait un caractère éminemment personnel et que son exécution forcée porterait une atteinte frontale à ses droits et libertés fondamentaux. Ainsi, le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne disposait pas trop aisément d'une option entre l'exécution contractuellement promise et la simple indemnisation de son créancier.
89. Le créancier est, par application des nouveaux articles 1221 et 1341, titulaire d'un droit à l'exécution forcée, qui lui permet d'obtenir du juge qu'il impose au débiteur l'exécution de l'obligation telle qu'elle avait été contractuellement souscrite, quels que soient son objet ou la nature de la prestation promise. Désormais codifié, ce principe repose essentiellement sur le lien culturel et viscéral, propre au modèle contractuel français, noué avec l'article 1103 du nouveau Code civil, au terme duquel « les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ». La parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix; elle ne peut donc pas être « rachetée » moyennant des dommages-intérêts<sup>339</sup>. Autrement dit, le principe étudié constitue le prolongement naturel du principe cardinal de la force obligatoire, aujourd'hui énoncé par l'article précité; mieux, il en est l'expression, « l'effet le plus direct »<sup>340</sup>. La thèse qui traduit l'ex article 1134 du code civil comme ne mettant pas forcément en avant l'exécution en nature<sup>341</sup> n'a pas été suivie. La doctrine française, du moins dans sa majorité, demeure viscéralement et culturellement attachée à l'idée que le principe moral du respect de la parole donnée constitue le ferment du principe de l'exécution forcée «

---

<sup>338</sup> T.GENICON, *Le créancier victime de l'inexécution peut-il refuser l'offre d'exécution en nature de son débiteur fautif ?* RDC, 01 juillet 2013 n° 3, P. 890.

<sup>339</sup> G. FITOUSSI, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *loc. cit.*

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> Y. -M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004.p. 76.

en nature ». Plus prosaïquement, le principe étudié garantit la réalisation du contrat tel qu'il avait été conclu et conçu par les contractants. Seule l'exécution imposée au débiteur, qui n'a pas spontanément exécuté son obligation, est à même d'emporter la satisfaction recherchée par le créancier lors de la conclusion du contrat. Elle répond à son attente légitime qui est l'exécution de la prestation promise par le débiteur, au contraire de l'exécution dite par équivalent, laquelle n'est susceptible d'apporter au créancier qu'une satisfaction assez théorique et illusoire sous la forme de dommages-intérêts. Au fond, comme l'écrivait un auteur<sup>342</sup>, l'exécution forcée donne à la créance son utilité finale, ce que l'octroi de dommages-intérêts, ou si l'on préfère l'exécution par équivalent, ne peut pas emporter au profit du créancier.

Pour que l'exécution soit imposée au débiteur, il est seulement nécessaire que le débiteur soit mis en demeure. Soumise à des conditions de forme assez souples par l'article 1344, la mise en demeure, de même qu'elle révèle la ferme volonté du créancier d'obtenir l'exécution de sa créance et qu'elle emporte le constat officiel de l'inexécution imputable au débiteur, procède « de l'esprit de collaboration qui doit exister lors de l'exécution du contrat »<sup>343</sup>. Condition nécessaire à l'exécution forcée, la mise en demeure est aussi une condition suffisante dans la réforme. D'une part, au contraire de beaucoup des sanctions de l'inexécution prévues par l'article 1217, le créancier n'a pas à apporter la preuve que l'inexécution imputable au débiteur est empreinte d'une certaine gravité. D'autre part, peu importe que le manquement contractuel du débiteur ait causé un préjudice au créancier, car le droit à l'exécution forcée, ne vise ni plus ni moins que la mise en œuvre des prévisions contractuelles.

---

<sup>342</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, 21ème éd., PUF, 1998, n° 113.

<sup>343</sup> G. FITOUSSI, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *op.cit.*, p.2.

## B- La consécration de la limite lucrative

90. Codifié et consacré par la réforme, le principe de l'exécution imposée au débiteur connaît quelques exceptions. Ces exceptions sont d'origine légale. L'exécution forcée est très classiquement évincée lorsque, comme l'énonce très sobrement l'article 1221, elle est impossible. A travers ce terme, les rédacteurs de l'ordonnance ont entendu cristalliser les exceptions que la jurisprudence avait naguère énoncées et exceptionnellement mises en œuvre, à savoir les impossibilités matérielles, juridiques et morales. Sans aller jusqu'à écarter l'exécution forcée en nature au seul motif qu'une autre sanction moins onéreuse et satisfaisante est accessible, l'idée a germé qu'on pourrait, en étant moins exigeant, soumettre le prononcé de la condamnation en nature à la condition qu'elle ne soit pas excessivement coûteuse<sup>344</sup>. L'idée même que l'exécution forcée en nature puisse être « excessive » est de prime abord déroutante<sup>345</sup>: qu'est-il demandé au débiteur sinon le respect des engagements qu'il a librement contractés? Il a été soutenu qu'en certaines circonstances, il arrive que ce coût soit disproportionné pour la simple raison que l'exécution en nature est une sanction qui n'a pas la fluidité de l'argent ». Exprimé par M. LAITHIER<sup>346</sup>, ce vœu doctrinal a été purement et simplement exaucé par les rédacteurs de la réforme qui, non sans quelque paradoxe, après avoir gravé dans le marbre du Code civil le principe de l'exécution forcée, lui apportent une nouvelle exception jusqu'alors inconnue et que la jurisprudence excluait catégoriquement. L'article 1221 dispose en effet, que l'exécution forcée peut être refusée au créancier « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Cette solution d'après nous crée une insécurité juridique et sacrifie le principe de la force obligatoire sur l'autel d'une vision utilitariste du contrat, et porte une atteinte fatale au principe du respect de la parole donnée au nom de l'analyse économique du droit. La règle nouvelle affaiblit la valeur de la promesse et introduit subrepticement dans le modèle contractuel français la théorie de l'efficient *breach of contract* qui incite les parties à ne pas respecter leur parole lorsqu'ils peuvent finalement obtenir un plus grand profit ailleurs. Le législateur de la réforme aurait dû non seulement se garder d'une nouvelle exception au droit à l'exécution du créancier, mais

---

<sup>344</sup> Ibid.

<sup>345</sup> P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature », *Blog Réforme du droit des obligations*, dir. G. CHANTEPIE et M. LATINA, billet du 2 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/02/linexecution-du-contrat-lexecution-forcee-en-nature/> [consulté le 03/06/2016].

<sup>346</sup> Y. -M. LAITHIER, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (dir.) P. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015, p. 97.

aurait pu préciser que ce droit à l'exécution est d'ordre public pour éviter que les parties sous le prétexte de la liberté contractuelle ne foulent au pied de manière incontrôlée la force obligatoire du contrat. Comme tout droit, tout pouvoir ou toute prérogative, le droit à l'exécution en nature est déjà canalisé par la traditionnelle réserve d'abus, ni plus, ni moins<sup>347</sup>

Dans la réforme du Code civil, l'exécution n'est pas nécessairement imposée au débiteur récalcitrant, l'intérêt bien compris du créancier peut le conduire à préférer qu'elle soit obtenue d'un tiers.

91. La recherche de la rentabilité lucrative des remèdes à proposer conduit également les réformateurs dans la faculté de remplacement. En effet, confronté à une inexécution, le créancier se voit accorder, par le nouvel article 1222, le pouvoir de modifier le contrat en décidant en quelque sorte, de transformer l'obligation de son cocontractant qui devient une obligation monétaire, dont il est beaucoup plus simple d'obtenir l'exécution forcée<sup>348</sup>. Concrètement, le créancier peut donc conclure un contrat de substitution avec un tiers et obtenir ainsi l'exécution de sa créance, tandis que le débiteur initial ne sera plus tenu que du paiement d'une somme d'argent.

Si le principe de la faculté de remplacement existait déjà dans le Code de 1804, à propos des contrats qui n'avaient pas été conclus *intuitu personae*, la réforme apporte des innovations importantes quant à son régime et conduit à distinguer selon que l'obligation qui avait été souscrite par le débiteur et dont le créancier obtient l'exécution par un tiers, est de faire ou de ne pas faire<sup>349</sup>. Mais le plus important et qui retient notre attention est l'exigence faite à cette opération de substitution.

En effet, le coût de cette exécution doit être raisonnable par rapport au coût qu'aurait emporté l'exécution par le débiteur, condition qui tendrait à maintenir un certain équivalent économique entre l'exécution par le débiteur, qui était celle initialement prévue, et celle opérée par un tiers.

---

<sup>347</sup> Il est de principe général qu'un droit ne saurait s'abîmer dans l'abus.

<sup>348</sup> Guy FITOUSSI, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p.4.

<sup>349</sup> Lorsque l'obligation est de faire, alors que l'article 1144 du Code civil, version 1804, soumettait la faculté de remplacement à l'exigence d'une autorisation judiciaire, cette sanction devient extrajudiciaire dans le Code civil, version 2016 ; en effet, la faculté de remplacement prévue par le nouvel article 1222 est désormais unilatérale et n'est plus réservée aux seuls contrats commerciaux. En matière d'obligation de ne pas faire, la faculté de remplacement suppose toujours, avec la réforme, une autorisation judiciaire préalable, en raison de la gravité et du caractère nécessairement irréversible de la destruction de ce qui avait été fait en contravention de l'engagement souscrit par le débiteur.

Au total, le droit à l'exécution forcée en nature du créancier en cas d'inexécution par le débiteur de sa prestation malgré les efforts jurisprudentiels et doctrinaux, demeure entravé dans les législations servant ou ayant servi de source aux législateurs dans l'espace OHADA. C'est donc sans grande surprise que ce droit connaît le même sort dans l'espace OHADA bien que l'environnement social, économique et juridique ne soit pas le même.

## **Titre 2 : Une construction reprise dans l'espace OHADA avec des essais de démarcation**

92. En accédant à l'indépendance, les Etats d'Afrique francophone ont tenté de façon inégale de légiférer pour élaborer un droit en phase avec le développement économique et les modifications sociales. Cette démarche était compréhensible dans la mesure où il fallait pallier l'inadaptation des textes issus de la colonisation dans des domaines que ces Etats jugeaient prioritaires. La législation dans ces Etats était le plus souvent disparate, imprécise, mal connue. On peut constater une influence certaine de l'ancienne puissance colonisatrice aussi bien dans les anciennes colonies britanniques que françaises car ces Etats nouvellement indépendants ont proclamé le principe de continuité en matière juridique. Il n'y a pas donc eu de rupture brutale entre l'ordre juridique colonial et celui de ces jeunes Etats. Les constitutions des Etats d'Afrique francophone contenaient une disposition maintenant en vigueur les lois et règlements issus de la période coloniale. Mais certains législateurs ont très tôt après les indépendances essayé de se doter d'une législation propre. A l'analyse, cette initiative n'apparaît pas forcément comme une démarcation dans le fond du droit français reçu. Des efforts très louables ont été fait mais restent inachevés dans le fond (Chapitre1). Finalement, la législation appliquée dans les différents Etats membres de l'OHADA, anciennes colonies françaises pour la plupart, restait caduque en raison de son inadaptation aux réalités socio-économiques et les investisseurs se heurtaient dans chaque pays à un droit disparate, confus et surannée. C'est dans ce contexte qu'a prit corps l'OHADA, qui dans son droit dérivé, a dégagé un droit à l'exécution avec quelques particularités et beaucoup de reconduction des solutions antérieures (Chapitre2).

## Chapitre 1 : La démarcation inachevée du COCC

93. Certains législateurs ont fait œuvre utile en dotant leur pays d'un Code civil et d'obligation<sup>350</sup>. Dans ces différents Codes, on ne note pas une avancée majeure du droit à l'exécution forcée en nature. La règle est souvent aménagée en faisant une part belle à l'exécution par équivalent. Le législateur sénégalais, à travers le Code des Obligations Civiles et Commerciales, adopté par la loi 63-62 du 10 juillet 1963<sup>351</sup> a eu pour objectif affiché de regrouper dans un texte unique, l'ensemble des obligations civiles et commerciales dans un souci d'efficacité supporté par une orientation moderne en adéquation avec l'évolution contemporaine de l'époque. Ce souci d'efficacité a amené le législateur sénégalais à adopter des solutions doctrinales et jurisprudentielles acquises en France ; ce qui constitue une avancée par rapport au Code civil du lendemain des indépendances encore applicable dans des Etats de l'espace OHADA<sup>352</sup>. L'analyse de cette législation révèle une démarcation affichée d'avec la législation française reçue (section 1). Mais cette démarcation dans le fond se révèle inachevée (Section 2).

---

<sup>350</sup> Le Code des Obligations Civiles et Commerciales au Sénégal adopté en vertu de la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963, entré en vigueur le 15 janvier 1967 ; LOI N°87-31/AN-RM DU 29 Aout 1987 portant régime général des obligations au Mali et adopté le 29 juin 1987, Code civil de la Guinée-Conakry de 1983.

<sup>351</sup> Cette loi est entrée en vigueur le 15 janvier 1967. Le COCC est composé de 1075 articles mais il faut préciser que certaines de ses dispositions ont été abrogées par l'effet de l'entrée en vigueur de certains Actes uniformes de l'OHADA ou par l'effet de l'entrée en vigueur du Code CIMA. L'idée d'une codification du droit des obligations est la marque d'une volonté politique de doter le Sénégal de textes en mesure de prendre en compte les aspirations locales de développement. A l'instar de la codification en droit des personnes et de la famille, celle entreprise en droit des obligations est le résultat d'une concertation élargie.

<sup>352</sup> I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international *Le Code des obligations civiles et commerciales* : 50 ans après, Novembre 2016, Ziguinchor, inédit.

## Section 1 : Une démarcation affichée de la législation reçue

94. Dans le COCC, il existe des mécanismes non prévus par ce Code civil français reçu. Il s'agit entre autre: de la caducité de l'offre en cas d'incapacité ultérieure ou de décès du pollicitant<sup>353</sup>, du transfert de propriété *solo consensus*<sup>354</sup>, de la consécration de la liberté contractuelle<sup>355</sup>, de l'exception d'inexécution<sup>356</sup>, de la possibilité de demander au juge de réduire l'obligation du créancier à sa demande suite à un manquement grave du cocontractant<sup>357</sup>, de la cession du contrat<sup>358</sup>.

La démarcation qui retiendra ici notre attention se rapporte d'une part à l'exécution des obligations de donner (paragraphe 1) et d'autre part à l'exécution des obligations de faire (paragraphe 2).

### Paragraphe 1 : La démarcation du droit reçu sur le transfert de propriété

95. La conception sénégalaise de l'obligation de donner est clairement celle d'un rejet du transfert de propriété par le seul effet des obligations, c'est-à-dire dès l'échange des consentements entre les parties (B). Le transfert *solo consensus* de la propriété, solution française<sup>359</sup>, n'est pas consacré. De plus cette solution apparaît comme isolé et propre à la législation française dans la famille romano germanique même (A).

---

<sup>353</sup> Article 80 du COCC.

<sup>354</sup> Article 283 AUDCG.

<sup>355</sup> Article 73 et suivant du COCC.

<sup>356</sup> Article 104 du COCC.

<sup>357</sup> Article 105 du COCC.

<sup>358</sup> Article 244 du COCC.

<sup>359</sup> Le principe du transfert *solo consensu* est maintenu par l'ordonnance française de 2016 avec toutefois un changement théorique : le transfert de propriété n'est plus présenté comme l'exécution d'une obligation de donner, mais comme un effet légal du contrat, c'est-à-dire comme un effet attaché par la loi au contrat. Article 1196 alinéa 1 et 2 « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi... »

## A- Le rejet du transfert solo consensus français

96. Le droit français reçu consacre le transfert de la propriété par le seul effet des obligations. Il en est de même également de certains pays africains francophones<sup>360</sup>, héritiers de la tradition du droit civil français<sup>361</sup>. Comme le disait TROPLONG, le Code civil a donné « au droit français une physionomie toute particulière », « en attribuant aux obligations l'effet de transférer la propriété de la chose vendue par la seule puissance du consentement. »<sup>362</sup>. L'explication de cette conception française du transfert de propriété est à rechercher dans les idées de la philosophie des Lumières<sup>363</sup> qui professe que chaque homme est fondamentalement libre<sup>364</sup>. Dans ces conditions, c'est la volonté individuelle qui peut être la source essentielle de toute obligation<sup>365</sup>. Les jusnaturalistes ont considéré qu'il « s'agit d'une qualité purement morale. Ainsi, le transfert de propriété peut aisément se passer de la tradition réelle, et s'effectuer d'une façon abstraite, intellectuelle. » C'est la consécration du transfert de propriété consensuel, l'exaltation de la liberté individuelle<sup>366</sup>. Le transfert de propriété était considéré comme une obligation impossible, d'une part, parce que ce transfert s'opérant de plein droit dès l'échange des consentements, et comme une obligation inutile, d'autre part, parce que la reconnaissance des obligations de donner n'est nullement nécessaire pour expliquer les mécanismes juridiques classiques, ni les diverses solutions retenues par le droit positif<sup>367</sup>.
97. En faisant un peu de droit comparé, on se rend compte que la France est l'un des rares pays, compte non pris de ses anciennes colonies francophones d'Afrique noire, à avoir consacré le

---

<sup>360</sup> On pourrait citer le Togo, le Bénin, le Cameroun, le Gabon, la Côte d'Ivoire, le Niger.

<sup>361</sup> R. ADIDO, « Réflexion sur le transfert de propriété des marchandises vendues dans l'espace francophone OHADA à la lumière du droit français », *Rec. Penant* n° 845, p. 465.

<sup>362</sup> J. P. CHAZAL, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 478.

<sup>363</sup> Rappelons que Portalis avait fait des lectures approfondies, pendant son exil allemand, de Kant et a même formulé, dans son texte autobiographique de cette période, des analyses pointues du système Kantien. La primauté de la liberté, à la base de la « critique de Kant », et son corollaire, la volonté indépendante de l'individu, étaient évidemment des idées qui s'inséraient parfaitement dans le discours du codificateur français qui chercha, du moins partiellement, à couler dans un moule juridique certaines idées des Lumières européennes.

<sup>364</sup> J. P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *RDC*, 2004/3, p. 621.

<sup>365</sup> Les auteurs qui inspirent directement le Code civil, comme Domat et Pothier, les rédacteurs du Code civil, et surtout ses interprètes du XIXe et du début du XXe siècle fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent.

<sup>366</sup> PORTALIS, emporté par sa verve post-révolutionnaire, déclara « la volonté de l'homme, aidé de la puissance de la foi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même ». V. J. E PORTALIS, « Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, LGDJ, Paris, 1836, vol. 14, p. 113.

<sup>367</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *op. cit.* p. 3 et 4. ; Pour un autre auteur, le transfert de propriété est un effet légal du contrat que ne peut expliquer une quelconque obligation de donner D. MAINGUY, *Contrats spéciaux, op. cit.*, p. 145.

transfert de propriété *solo consensu*<sup>368</sup>. La ligne de fracture, sur cette question, traverse la famille romano-germanique qui n'a donc pas la même position sur la question. La Suisse par exemple, bien qu'elle ait adoptée un Code civil<sup>369</sup>, n'en a pas pour autant adopté toutes les solutions contenues dans le Code civil français. Sur la question particulière du transfert de propriété, le Code civil suisse a adopté la solution du transfert causal abstrait comme mode de transfert de la propriété. La position du droit suisse sur la question emprunte au droit allemand, qui adopte une position de rupture relativement au droit français suite aux idées développées par Savigny sur l'acte abstrait. Ainsi, la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche sont à ranger dans la catégorie des pays de tradition réelle abstrait. En poussant la comparaison plus loin, des pays tels que la Turquie, qui s'est inspirée du Code civil suisse, la Corée du Sud, qui elle s'est inspirée du BGB allemand<sup>370</sup>, ont également adopté le transfert de propriété abstrait<sup>371</sup>. Si la ligne de fracture quant à la question du transfert de propriété semble être entre la famille romaine et la famille germanique, que dire des différences d'approches qui existent à l'intérieur même de la famille romano-germanique ? Le droit espagnol<sup>372</sup> est porteur d'une solution consacrant la tradition réelle qui a eu à inspirer plusieurs pays d'Amérique latine. Les exemples pourraient être multipliés sans que l'on puisse trouver de pays qui adopte le système consensualiste français, en dehors de la France et de quelques pays africains francophones.

---

<sup>368</sup> Les juristes français semblent tenir à l'obligation de donner et à ses conséquences plus parce qu'il s'agit d'une tradition du droit français que par efficacité. C'est pourquoi, dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit projet Catala, la volonté est affichée de réduire les effets induits par l'obligation de donner en consacrant une forme dégradée d'obligation de donner à savoir l'obligation de donner à usage. V. G. PIGNARRE, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala Analyse critique*, D. 2007, p. 384.

<sup>369</sup> Le Code civil suisse est un savant dosage entre le Code napoléon et le BGB, le Code civil allemand. Il traverse donc toute la famille romano-germanique pour adopter parfois des solutions originales par exemple le rôle important que le juge joue en matière contractuel en complétant la volonté des parties.

<sup>370</sup> M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2e éd. LGDJ, 2004, p. 142 et s.

<sup>371</sup> B. WINIGER, « Le transfert de propriété en droit français et suisse », in *Le centenaire du Code civil suisse*, colloque du 5 avril 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 179.

<sup>372</sup> V. la règle de la « tradición real » posée par les articles 609 et 1095 du Code civil espagnol.

## B- La consécration de la tradition réelle

98. Le contrat par lui-même ne peut pas avoir pour effet le transfert de la propriété de la chose vendue. Cette position est celle adoptée par le législateur sénégalais. Il aurait pu en être autrement puisque le système juridique de référence, à savoir le droit français, a une autre conception du transfert de propriété.

La conception que l'on se fait de l'obligation de donner en droit sénégalais est, d'une part, celle d'une obligation simple dont les conditions d'existence sont connues parce que classiques d'autre part, celle d'une obligation qui ne signifie pas le transfert par le seul effet des obligations.

99. Au sujet de l'obligation de donner, le droit sénégalais distingue deux moments importants. Celui de l'existence du contrat qui doit avoir un contenu obligationnel et celui de la tradition réelle en elle-même. Il y a donc un rejet du transfert de propriété par le seul effet des obligations, c'est-à-dire dès l'échange des consentements entre les parties.

L'obligation de donner<sup>373</sup> dans le COCC recouvre l'obligation de transférer un droit réel sur une chose dont on est propriétaire. Dès lors, toutes les fois que l'on s'oblige à transférer la propriété d'un bien meuble ou immeuble, on est débiteur d'une obligation de donner<sup>374</sup>. Cette obligation crée un lien entre le créancier et le débiteur exigeant que ce dernier lui transfère la propriété d'un bien<sup>375</sup>.

A s'en tenir au concept « donner », il faut lever une première ambiguïté tenant à sa polysémie. En effet, « donner » est susceptible au moins de deux significations. Dans son sens premier, donner correspond au terme latin de *donare*, il s'agit du sens usuel que lui donne le dictionnaire de la langue française, c'est-à-dire faire don de quelque chose à quelqu'un, consentir une libéralité. Ce n'est certainement pas dans ce sens que le mot est pris en droit des obligations. Ce qui retiendra notre attention, c'est le second sens de donner, *dare*, qui en latin veut dire transférer la propriété d'une chose. L'obligation de donner est prévue par les articles 416 et 517 du COCC. L'article 4 détermine l'objet de l'obligation de donner comme étant celle qui oblige à transférer la propriété ou les droits sur une chose principale ou ses accessoires.

Quant à l'article 5, il prévoit que l'obligation de donner s'exécute par le transfert de la propriété. Une analyse combinée de ces dispositions permet d'affirmer que le législateur sénégalais

---

<sup>373</sup> Catégorie d'obligation qui subit le plus l'absence des obligations de *praestere* depuis le Code civil.

<sup>374</sup> Comme on le montrera dans le cadre de ce travail, selon qu'il s'agisse d'un bien meuble ou d'un bien immeuble, l'obligation de donner ne s'appréciera pas de la même manière.

<sup>375</sup> Article 3 du COCC : « L'obligation a pour objet de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose ».

cherche à asseoir la distinction qui doit exister entre l'obligation de transférer la propriété et le transfert de la propriété en lui-même. Car si l'obligation de donner s'entend de l'obligation de transférer la propriété d'une chose dont on est propriétaire, elle n'équivaut pas au transfert de propriété proprement dit. Pour ce faire, il est nécessaire de satisfaire à une autre obligation, d'où les dispositions de l'article 5. L'obligation de donner, telle que consacrée par le législateur sénégalais, est le reflet d'une politique législative contractuelle qui opte pour la sécurité des transactions peut être au détriment de la souplesse et de la flexibilité. En exigeant la tradition réelle, le législateur sénégalais réduit l'importance du consensualisme en matière contractuelle<sup>376</sup> et assure à ces types d'obligations de pouvoir ou de ne pouvoir s'exécuter qu'en nature.

100. Il est important de distinguer le transfert de la propriété qui porte sur le droit, sur la maîtrise juridique de la chose, de la délivrance qui porte sur la possession, la maîtrise matérielle de la chose. Le choix d'un transfert de propriété consensuel, qui a été repris par plusieurs pays africains francophones, doit être questionné au regard de son aptitude à satisfaire à des exigences de sécurité des transactions et de la garantie qu'il offre de l'exécution de l'obligation en cas de non-respect de la convention. Les solutions juridiques mises en œuvre dans les pays africains ne doivent pas seulement être le produit d'un pur mimétisme juridique, elles doivent servir des impératifs de sécurité et de fiabilité juridique. Un système de transfert de propriété consensuel ne semble pas être conforme à la tradition africaine, qui semble s'attacher à la remise effective de la chose, au moment de la conclusion du contrat. Comme le dit un adage sénégalais wolof « j'ai un chameau, il se trouve en Mauritanie ». En d'autres termes, on n'achète pas ce que l'on n'a pas vu<sup>377</sup>. Il s'agit plutôt d'un système qui s'attache à la remise effective de la chose. La propriété et la possession vont de pair.

---

<sup>376</sup> V. art. 41 COCC.

<sup>377</sup> J. J. -L CORREA, *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations*, cours de droit des obligations, (dir.) P. S. BADJI, inédit, 2014-2015, p. 2.

## **Paragraphe 2 : Une démarcation du droit reçu sur l'affirmation de l'exécution des obligations de faire**

101. Cette démarcation se dégage d'un côté, du régime des contrats synallagmatiques où l'exécution a son autonomie par rapport aux autres remèdes (A). D'un autre côté, la brèche ouverte par l'évocation de la réparation en cas d'inexécution peut être exploitée afin de rapprocher la réparation évoquée de l'exécution en nature. Ceci constitue un moindre mal par rapport aux dispositions du droit français<sup>378</sup> (B).

### **A- L'autonomie de l'exécution par rapport à la réparation dans les contrats synallagmatique du COCC**

102. En droit positif sénégalais comme dans la plupart des droits des Etats Africains, l'exécution ne se fait plus sur la personne physique du débiteur. C'est sur les biens de celui-ci que le créancier peut exercer son pouvoir de contrainte<sup>379</sup>.

Cette solution consistant à compenser l'inexécution par une action sur les biens du débiteur est certainement à l'origine d'une sorte de confusion ayant placé l'exécution en nature dans le champ de la classique réparation indemnitaire<sup>380</sup>. Pourtant, celui qui demande l'exécution forcée ne souhaite pas forcément se placer sur ce terrain de la responsabilité civile. Il préfère très certainement recevoir la prestation attendue de son cocontractant. Il préfère que ce dernier respecte sa parole et les stipulations contractuelles. C'est ça qui donne un sens à la force obligatoire du contrat. Lorsqu'il n'est pas possible de le faire et que, de cette impossibilité d'exécution il résulte un préjudice, on se place sur le terrain de la responsabilité et donc des

---

<sup>378</sup> Il faut signaler que le droit français d'après la réforme de l'ordonnance de 2016 a supprimé la distinction entre les obligations de faire, de ne pas faire ou de donner. L'article 1217 de l'ordonnance énonce que : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». On voit bien que c'est de toutes les obligations qu'il est traité.

<sup>379</sup> Dans cette interprétation, il ne s'agit point de se venger d'une quelconque faute, mais plutôt de compenser la perte économique encourue par l'inexécution. Donc, l'obligation juridique a un caractère économique et non plus simplement personnel ; elle rend le débiteur responsable sur son patrimoine et le pouvoir de contrainte n'est plus laissé à l'initiative du créancier ; il est créé, réglementé et organisé par le législateur lui-même qui convertit en justice sociale la justice privée de l'ancien droit romain.

<sup>380</sup> A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, pp. 809 à 833.

dommages et intérêts. En réalité, il y a une autonomie de l'exécution par rapport à la réparation sous forme de dommages et intérêts. Un auteur<sup>381</sup> écrivait: « En effet, c'est précisément afin d'éviter d'avoir à se contenter d'une indemnisation pécuniaire que le créancier exige l'exécution. Il veut, par-là, prévenir la survenance du dommage plutôt que de subir celui-ci et d'en demander ensuite la réparation. Il s'agit donc là de deux parties complètement différentes. Elles ne sont pas soumises aux mêmes conditions, le dommage étant nécessaire pour obtenir la réparation et non pour exiger l'exécution, et ils n'entraînent pas les mêmes effets. Certes, ils sont parfois conjugués en cas d'inexécution d'un contrat à exécution successive, car l'exécution forcée est demandée pour l'avenir alors qu'il ne reste plus que les dommages et intérêts pour compenser le préjudice déjà réalisé de façon irréversible, mais cette conjonction même marque leur hétérogénéité et l'utilité de chacun d'eux pour garantir les intérêts légitimes du créancier »<sup>382</sup>.

103. Ce qui paraît si évident et limpide aujourd'hui ne l'a pas toujours été. La question des conséquences de l'inexécution d'une obligation de faire est toujours en débats en France<sup>383</sup>. Le débat a souffert et continue de souffrir de la confusion qui conduit à une interprétation « paresseuse »<sup>384</sup> de l'article 1142 du Code civil aux termes duquel, « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Alors que, dans le même Code l'article 1184 al.2 offre une alternative en disposant que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix (...) de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ». Cette interprétation a été faite malgré les mises en garde de la doctrine qui refusait que, de son propre vouloir, de sa propre inertie, un débiteur puisse changer l'objet de son obligation et qu'en conséquence, malgré la formule de l'article 1142 du Code civil, les obligations de faire ou de ne pas faire ne se résolvent pas nécessairement en dommages et intérêts si elles ne sont pas volontairement exécutées par

---

<sup>381</sup> G. VINEY, « L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts » *Revue des contrats*, 01 juillet 2007, sous Cass. Civ. 14 février 2007 et Cass. Civ. 16 janvier 2007.

<sup>382</sup> *Ibid.*

<sup>383</sup> Y. M. LAITHIER et D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *RDC*, 01 avril 2012, n°2, p. 681 ; P. DELEBECQUE, « L'exécution forcée », *RDC*, 1 Janvier 2006, n°1, p. 99.

<sup>384</sup> A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », *op.cit.* p. 810.

le débiteur. Pour cette doctrine le principe demeure que le créancier a avant tout le droit de réclamer l'exécution en nature et rien dans le Code civil français ne s'y oppose<sup>385</sup>.

Cette doctrine transparaît dans l'article 105 du COCC qui fait une nette séparation entre l'action en réparation et l'action en exécution dans les contrats synallagmatiques. Il dispose : « lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation. »

### **B- L'évocation de la réparation en cas d'inexécution, un moindre mal dans le COCC**

104. A l'analyse, les dispositions générales du COCC ne dressent aucun obstacle à l'exécution forcée des obligations de faire. La lecture de certains textes du COCC autorise de le soutenir. Le COCC n'est pas catégorique quant à la primauté de la condamnation du débiteur défaillant à des dommages-intérêts. La force obligatoire du contrat<sup>386</sup> est affirmée à un point que le principe de l'exécution de l'obligation apparaît comme la sanction première de l'inexécution de l'obligation de faire. L'article 6 du COCC impose d'abord au débiteur, l'exécution puis à défaut, la réparation<sup>387</sup>. En tout état de cause, la lecture de l'article 105 du même Code laisse deviner qu'il ne s'agit pas d'une réparation au sens du droit de la responsabilité civile. Ce serait plutôt une exécution forcée prenant la forme d'une réparation en nature<sup>388</sup>, soit d'une réparation par équivalent<sup>389</sup>. Cette interprétation du droit positif sénégalais de l'exécution forcée est celle que consacre l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats qui, s'inspirant des Principes d'UNIDROIT, envisage expressément le principe de l'exécution en nature de toutes les obligations qu'elles soient pécuniaire ou non.

Pour les obligations de faire, le principe est l'exécution volontaire de l'obligation et, si pour une raison ou une autre le débiteur ne le fait pas, il sera tenu à réparation. C'est ce que prévoit

---

<sup>385</sup> A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations* Précis Dalloz, 1986, p. 848 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ*, 1976, p. 700.

<sup>386</sup> Article 96 « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ».

<sup>387</sup> Article 6 « Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation ».

<sup>388</sup> Exécuter la prestation promise.

<sup>389</sup> Remplacer la prestation promise par une somme d'argent en dehors de tout préjudice.

le droit sénégalais. En effet, dès sa conclusion, « le contrat crée entre les parties un lien irrévocable »<sup>390</sup>. En vertu de ce lien qui repose sur le principe de la force obligatoire du contrat, l'article 6 du COCC exige du débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire d'exécuter complètement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation.

105. La question qu'il faut se poser ici est de savoir quel est le sens du mot « *réparation* » au sens de l'article 6 du COCC.

Dans son sens banal, la réparation évoque l'idée de compensation. En droit, il s'agira de compenser un dommage subi en octroyant l'équivalent et dans ce cas, on est en plein dans le cadre de la responsabilité civile avec les classiques dommages-intérêts. Pour une certaine doctrine française<sup>391</sup>, on peut aussi compenser non pas le dommage subi, mais juste l'inexécution volontaire en l'absence de tout préjudice et, dans ce cas, ce sera l'exécution forcée. Cette exécution forcée peut prendre la forme de l'exécution en nature obligeant le débiteur à fournir ce à quoi il s'est engagé. Elle peut aussi prendre la forme d'une somme d'argent, considérée non pas comme des dommages-intérêts, mais plutôt comme un remplacement, un équivalent de ce à quoi le débiteur s'était engagé et qu'il n'a pas pu fournir. Dans ce dernier cas, on serait en plein dans le prolongement de la force obligatoire du contrat. Il résulte de l'article 105 du COCC que les dommages-intérêts sous forme de réparation ne sont pas la suite logique à l'inexécution de l'obligation. Dans cette optique, rien n'empêche de les cumuler avec d'autres mesures. Cet article sans équivalent en droit français<sup>392</sup> pourrait bien constituer un fondement textuel pour l'exécution forcée d'une obligation de faire en droit Sénégalais.

De plus l'article 6 du COCC, ne précise pas la nature de la « réparation » due par celui qui n'exécute pas son obligation, la réparation visée pourrait donc s'entendre aussi bien d'une réparation par équivalent, « cette unité par laquelle se convertissent potentiellement toutes les obligations inexécutées »<sup>393</sup>, que d'une réparation en nature.

---

<sup>390</sup> Article 96.

<sup>391</sup> N. MOLFEISSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, Janvier 2005, n°1, p.37.

<sup>392</sup> V. cependant l'article 1184 alinéa 2 du Code civil français reçu, qui ouvre, dans les contrats synallagmatiques, le choix entre l'exécution forcée et la résolution avec dommages et intérêts.

<sup>393</sup> JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D., 1986, 1, p. 197.

Ainsi, le COCC<sup>394</sup> nous permet de conclure à la possibilité d'une exécution forcée des obligations de faire, nonobstant les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution préjudiciable et l'article 7 *in fine*<sup>395</sup>. C'est ce qui ressort de la dernière phrase de l'article 105 du COCC.

L'article 6 du COCC constitue déjà une avancée par rapport à la lettre de l'article 1142 du Code civil dont l'interprétation littérale peut autoriser à faire fi de la force obligatoire du contrat. En ne précisant pas de quel type de « réparation » il s'agit, le législateur sénégalais n'a pas choisi entre la force obligatoire du contrat et la liberté individuelle. Il ne donne pas précellence à l'une par rapport à l'autre comme la lettre de l'article 1142 du Code civil français. Finalement, le COCC laisse le choix du mode de réparation au créancier de l'obligation<sup>396</sup>.

## Section 2 : Une démarcation inachevée dans le fond

106. Après s'être démarquée sur certains points de la législation française, la législation sénégalaise n'a pas manqué de reprendre certains développements du Code civil français reçu qui sont nuisibles au droit à l'exécution en nature. Les exemples répertoriés sont légion<sup>397</sup>. Un auteur critique<sup>398</sup> affirmait même au sujet du bien-fondé des originalités du COCC, que son avènement a été l'occasion moins de créer un droit nouveau que de restaurer un système juridique antérieur. S'interrogeant sur l'utilité d'une théorie générale des obligations au Sénégal, il est allé jusqu'à préjuger de la disparition des principes consacrés.

Mais de tous les développements nuisibles à l'exécution en nature repris par le COCC nous retiendrons essentiellement deux à cause de leurs impacts. Il s'agit de la reprise par le COCC

---

<sup>394</sup> Articles 195, 105, 6.

<sup>395</sup> Article 7 : « Le débiteur peut garantir au créancier l'exécution d'une obligation précise ou s'engager simplement à apporter tous les soins d'un bon père de famille à l'exécution de son obligation. La responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation. »

<sup>396</sup> A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, pp 809 à 833.

<sup>397</sup> A l'instar de son homologue français, le législateur sénégalais s'est abstenu de consacrer l'obligation de *praestare* qui pour nous permettrait, d'aller beaucoup plus vers l'exécution en nature de certaines obligations de faire. Ainsi, à l'article 3 du COCC, trois obligations sont consacrées : l'obligation de faire, l'obligation de ne pas faire et l'obligation de donner. L'article 7 du COCC renvoie bien clairement à la responsabilité civile comme sanction de l'inexécution d'une obligation c'est-à-dire l'octroi de dommages-intérêts pour faute. Il dispose clairement : « la responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation ». Ce texte s'inscrit dans le droit commun de la responsabilité et, en conséquence de l'interprétation qui voudrait que la responsabilité joue si les conditions de droit commun sont réunies. L'alinéa 3 de l'article 195 fait recours à la faculté de remplacement à la seule condition que l'obligation n'ait pas un caractère *intuitus personae* pour le débiteur. Le COCC met à la disposition du juge, à travers les articles 195 à 199, l'astreinte dont on connaît l'efficacité limitée et la nature controversée.

<sup>398</sup> P. BOUREL rapporté par I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international *Le Code des obligations civiles et commerciales : 50 ans après*, Novembre 2016, Ziguinchor, inédit.

du régime des obligations de donner (paragraphe 1) et l'inefficacité des promesses de contrats à travers les pactes d'actionnaire dans le droit sénégalais des obligations (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : La reprise du régime des obligations de donner**

107. Le COCC s'est démarqué du droit français reçu au sujet des obligations de donner en consacrant la tradition réelle. Mais à y voir de près, les dispositions consacrant cette tradition réelle ne sont que supplétives de volonté (A). De plus dans le contrat de vente, contrat par excellence où on retrouve l'obligation de donner, le législateur sénégalais reprend pour son compte la possibilité de sortir de l'inexécution par le versement d'un équivalent. Pour ce faire il assimile les types de responsabilités par une conception unitaire de la faute (B)

#### **A- Le caractère supplétif de la tradition réelle dans le COCC.**

108. Présenté souvent comme la pierre angulaire du droit des contrats, le principe du consensualisme, est mis à rude épreuve lorsqu'il s'agit de l'obligation de donner<sup>399</sup>. En regardant la réglementation de la vente en droit sénégalais, on est saisi, d'une part, par l'importance qu'y occupe la tradition réelle, d'autre part, par les précautions nombreuses prises par le législateur afin de s'assurer de la délivrance d'une chose conforme et exempte de vices. Si tel est le cas, pourquoi ne pas revoir la taxonomie<sup>400</sup> des contrats en droit sénégalais. L'obligation de donner s'analyse en prenant en compte aussi bien le droit commun des obligations que le droit spécial de la vente tel que réglementé par le COCC mais également par l'Acte uniforme sur le droit commercial général qui adopte un système de transfert de propriété qui se rattache essentiellement au système sénégalais<sup>401</sup>. Comme on le constate, dès les dispositions liminaires du COCC<sup>402</sup>, le législateur sénégalais fait un choix : celui de la tradition réelle comme mode de transfert de la propriété<sup>403</sup>. Ce choix est le reflet d'une option de politique

---

<sup>399</sup>Précisons cependant que les dispositions de l'article 5, en précisant « sauf volonté contraire des parties » posent qu'elles ne sont pas d'ordre public. Les parties pouvant, par convention, écarter l'application de cette disposition et prévoir un autre mode de transfert de propriété notamment un transfert *solo consensu*.

<sup>400</sup> Science des lois de la classification des formes vivantes .Par extension, Science des lois de la classification.

<sup>401</sup> N. GBAGUIDI, « La coordination du système de transfert de propriété OHADA et du système consensualiste de conflit mobile mobilier », *RBSJA*, n° 27, 2011, p. 9.

<sup>402</sup> Article 5 du COCC.

<sup>403</sup> Il s'agit, pour être précis, du transfert de la propriété mobilière. Pour le transfert de la propriété immobilière, c'est l'inscription au livre foncier qui marque le transfert de la propriété. V. art. 381 du COCC.

contractuelle : le rejet du transfert de propriété par le seul effet des obligations ce qui rendait l'exécution forcée en nature hypothétique au cas où le débiteur n'exécute pas sa prestation. C'est sous ces aspects simplistes et évidents que l'obligation de donner se prête aux yeux des admirateurs de l'exécution en nature des obligations. Mais cette conception sénégalaise des obligations de donner n'est pas si harmonieuse de l'exécution en nature des obligations.

109. La solution de transfert de propriété adoptée par le législateur sénégalais est souvent présentée de façon simple par opposition à la solution du droit français en insistant sur la place qu'y occupe la délivrance comme mode de transfert de la chose. Mais à étudier de près la solution sénégalaise et en la mettant en rapport avec les autres dispositions du COCC, un devoir de mise en cohérence s'impose.

La solution de transfert de propriété adoptée par le législateur sénégalais est souvent présentée avec une vigueur telle qu'elle occulte sa véritable nature. En effet, une lecture attentive des dispositions de l'article 5 du COCC permet d'avoir l'exacte portée de la règle posée. Le législateur dispose d'abord que « le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance ». Cela signifie, comme le précise le législateur<sup>404</sup>, que le droit de propriété sur la chose vendue s'acquiert avec la délivrance, avec la possession matérielle de la chose. Le législateur ne s'arrête pas là. Il précise « sauf volonté contraire des parties ». Ce qui signifie que les parties peuvent organiser autrement le transfert de la propriété de la chose vendue en s'affranchissant de ce qui semble être un principe<sup>405</sup>. Mais pour être un principe, la solution du transfert de propriété par la délivrance n'en est pas pour autant une règle d'ordre public, les parties ayant la possibilité d'organiser autrement le transfert de propriété. Cette solution de principe peut s'analyser dès lors comme une règle supplétive de volonté. On peut trouver plusieurs arguments au soutien de cette position.

D'abord, un premier argument tiré de la philosophie générale du COCC qui pose le principe du consensualisme comme un des trépieds de la législation<sup>406</sup>. Ensuite, un argument tiré de la deuxième partie du COCC intitulé « Des contrats spéciaux » qui, en son article 258, consacre le caractère supplétif de la volonté des contractants des dispositions qui y sont contenues<sup>407</sup>. Ce

---

<sup>404</sup> Le législateur précise, pas dans le corps de la disposition, mais dans le chapeau résumant la disposition ceci « Exécution de l'obligation de donner, transfert de la propriété ».

<sup>405</sup> Le transfert de propriété par la délivrance, principe ou exception ? Il semblerait que la solution sénégalaise soit bien le principe en ce que le législateur dégage d'abord la solution pour ensuite laisser la possibilité aux parties de s'organiser autrement. C'est d'ailleurs, le véritable sens qu'il faut donner à la notion de règle supplétive, c'est-à-dire une règle qui s'applique à défaut de choix des parties.

<sup>406</sup> V. art. 41 du COCC.

<sup>407</sup> V. article 258 du COCC qui dispose « les dispositions de la deuxième partie du COCC sont supplétives de la volonté des contractants... ne tolèrent pas la convention contraire, les règles concernant les contrats portant sur

constat emporte comme conséquence la possibilité, en droit sénégalais, d'organiser un transfert de propriété *solo consensus*. Les parties à un contrat peuvent trouver des vertus simplificatrices à cette solution et décider de l'adopter contractuellement. Ceci serait notamment conforme aux dispositions de l'article 5 qui le prévoient expressément. Rien ne s'y oppose donc, la solution du transfert de propriété par la délivrance n'étant pas d'ordre public. Une autre conséquence concerne essentiellement le transfert de propriété retardé dans l'intérêt du vendeur<sup>408</sup>. Toutes les fois que le prix de la vente n'a pas été payé au comptant, notamment lorsque la vente est à tempérament<sup>409</sup>, une clause de réserve de propriété pourra être introduite dans le contrat soumettant le transfert de la propriété au paiement intégral du prix<sup>410</sup>. Dans le cadre de l'OHADA, les Etats africains francophones<sup>411</sup> ont également choisi une solution de transfert de propriété réelle. Ce choix trouve son expression dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général<sup>412</sup>, en son article 283<sup>413</sup>. Contrairement à la majorité de ses Etats parties, l'OHADA a fait le choix d'un transfert de propriété assujéti à la délivrance de la chose, emboitant ainsi le pas du législateur sénégalais. Ainsi, dans les ventes qui entrent dans le champ d'application de l'AUDCG, les parties peuvent organiser le transfert de propriété en s'attachant à la délivrance comme moment de transfert de la propriété ou, comme le prévoit le texte, en décidant d'un transfert *solo consensu* de la propriété, ou en ayant recours à une clause de réserve de propriété ou simplement décider de déplacer le moment du transfert de propriété dans les ventes à distance impliquant un transport de la marchandise.

---

les immeubles immatriculés et fonds de commerce, les baux à usage d'habitation ou à usage commercial, l'assurance ainsi que toute disposition particulière expressément déclarée d'ordre public. » certaines de ces matières citées par l'article 258 COCC n'entrent plus dans le champ de compétence des autorités nationales suite à la naissance de certaines organisations communautaires. En effet, plusieurs dispositions du COCC ont été abrogées par l'effet de l'entrée en vigueur de certains Actes uniformes de l'OHADA ou par l'effet du Code CIMA. Il en est ainsi, concernant l'OHADA, des dispositions relatives à la vente commerciale, aux baux commerciaux. Concernant le Code CIMA, il rend sans effet les dispositions du COCC portant sur les contrats relatifs aux risques.

<sup>408</sup> Tel est le titre de l'article 353 du COCC.

<sup>409</sup> Art. 354 COCC.

<sup>410</sup> Art. 359 COCC.

<sup>411</sup> Rappelons que les actes uniformes de l'OHADA sont considérés comme la législation nationale de chacun des 17 Etats membres.

<sup>412</sup> AUDCG dans le texte.

<sup>413</sup> « Sauf convention contraire entre les parties le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue. »

## **B- L'assimilation des types de responsabilités par une conception unitaire de la faute.**

110. Le COCC organise un régime de protection de l'acquéreur<sup>414</sup> qui n'a pas reçu l'exécution de la prestation du vendeur. Aux nombres des actions à sa disposition figure l'action en responsabilité de droit commun telle que prévue par l'article 118 du COCC.<sup>415</sup> Le débiteur de l'obligation de délivrance pourrait voir sa responsabilité engagée en cas d'inexécution de son engagement. En lisant les dispositions de l'article 119 du COCC<sup>416</sup> on pourrait penser que le créancier de l'obligation de délivrance pourrait engager aussi bien la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle du vendeur, au cas où le vendeur manque à son obligation. En effet, cette disposition est présentée souvent comme le siège d'une certaine unité de la faute et par suite d'une certaine unité des ordres de responsabilité délictuelle et contractuelle. Le manquement auquel se réfère l'article 119 du COCC correspond à la faute dans sa double dimension objective et subjective, c'est-à-dire, dans la conception de PLANIOL<sup>417</sup>. Cette conception est reprise par le législateur sénégalais, « le manquement à une obligation préexistante de quelle que nature qu'elle soit » Le droit sénégalais semble donc consacrer une unité de la faute délictuelle et contractuelle, ce qui a comme corollaire une unité des deux ordres de responsabilité délictuelle et contractuelle<sup>418</sup>. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de distinguer, en droit sénégalais, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. L'existence d'un manquement suffit à engager l'une ou l'autre responsabilité. Cette conception de la responsabilité en droit sénégalais semble trouver grâce aux yeux de cette partie de la doctrine française<sup>419</sup>. Pour cette partie de la doctrine, les dommages et intérêts dus par le débiteur ne seraient en réalité, qu'une forme d'exécution du contrat par un équivalent monétaire<sup>420</sup>.

---

<sup>414</sup> RIFFAULT-SILK, « Distinction entre la garantie des vices cachés et la responsabilité contractuelle », *RJDA*, 7/13, p. 543.

<sup>415</sup> Article 118 COCC : « Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui. »

<sup>416</sup> Article 119 COCC : « La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit ».

<sup>417</sup> Selon la définition célèbre de Planiol, une faute sera retenue en cas de « violation d'une obligation préexistante. » Cette obligation préexistante n'est d'ailleurs pas nécessairement prévue par une règle expresse, donc par un texte, mais peut être découverte par les juges à l'occasion d'un litige. La définition de Planiol a été critiquée comme étant circulaire : la faute est en effet définie comme la violation d'une obligation préexistante, mais comment savoir quand il y a obligation préexistante si ce n'est précisément en admettant que le comportement était fautif ? V. M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats », *op. cit.* p. 93.

<sup>418</sup> J. P. TOSI, *Droit des obligations au Sénégal*, Paris, LGDJ, 1981, 414 p., p. 180.

<sup>419</sup> P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

<sup>420</sup> P. Le TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », *op.cit.*, n° 802 s. ; D. TALLON, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

111. La question que l'on doit se poser par ailleurs est de savoir quelle est la nature de la réparation de l'inexécution de l'obligation de délivrance ? S'agit-il du paiement de dommages et intérêts ou d'une exécution forcée? En droit sénégalais, l'obligation de donner s'exécutant par la délivrance de la chose, son inexécution donne lieu à la violation d'une véritable obligation. C'est le cas dans le droit de la vente, en ce que le débiteur s'oblige à transférer la propriété de la chose<sup>421</sup>. En tant que telle, l'exécution forcée de l'obligation de donner ne devrait poser aucun problème en droit sénégalais, comme en attestent les dispositions de l'article 195 du COCC.<sup>422</sup> C'est le cas d'ailleurs, en droit sénégalais, pour toutes les obligations, quel que soit leur objet.<sup>423</sup> Une lecture attentive du COCC, non teintée d'arrière-pensée de droit français<sup>424</sup>, autorise une telle interprétation. Les dispositions de l'article 105 du COCC, qui fonde cette interprétation, faisant référence à l'inexécution du contrat synallagmatique et non à telle ou telle obligation selon son objet. L'exécution forcée peut être poursuivie de deux manières. « L'exécution en nature, obligeant le débiteur à fournir ce à quoi il s'est engagé<sup>425</sup> ou l'exécution par équivalent, le versement d'une somme d'argent, envisagée non pas comme des dommages et intérêts mais plutôt comme un remplacement, un équivalent de ce à quoi le débiteur s'est engagé et qu'il n'a pas honoré.» L'article 105 permet au créancier de l'obligation de demander une réparation pécuniaire pour le préjudice né de l'inexécution contractuelle en même temps qu'il offre la possibilité de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation<sup>426</sup>. Ce faisant, le législateur sénégalais introduit comme une autonomie entre les deux modes de réparations et permet au créancier de pouvoir cumuler les deux voies.

---

<sup>421</sup> V. art. 276 du COCC.

<sup>422</sup> V. les articles 194 à 199 du COCC.

<sup>423</sup> 127 V. art. 105 du COCC.

<sup>424</sup> Le débat existe en droit français de savoir si le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire peut être contraint à exécuter son obligation, en dépit des dispositions de l'article 1142 du Code civil. Certains auteurs, et pas des moindres, pensent que c'est possible même si la jurisprudence en la matière semble très déroutante en raison de ce qui semble être une instabilité. Cependant, même si une doctrine importante est favorable à l'exécution forcée de l'obligation de faire, le principe de la résolution par le paiement de dommages et intérêts reste le principe en droit français. V. P. DELEBECQUE, « L'exécution forcée », *RDC*, n°1, janv. 2006, p. 1 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* p. 700 ; D. MAZEAUD ; Y. -M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages et intérêts ou primauté de l'exécution en nature ? », *RDC*, n°2, avril 2012, p. 681 ; G. Viney, « L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts », *RDC*, 1er juillet 2007, notes sous Cass. civ. 14 février 2007 et cass. civ. 16 janvier 2007.

<sup>425</sup> V. les articles. 194 à 199 du COCC.

<sup>426</sup> Le Code civil québécois, article 1590, comporte une disposition similaire à l'article 105 qui liste de façon cohérente l'ensemble des remèdes possibles en cas d'inexécution du contrat. Certains auteurs français appellent à l'adoption de la même technique en droit français afin d'avoir une présentation plus cohérente du droit de l'inexécution contractuelle. V. D. TALON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, *op. cit.*, p. 233.

Si on peut donc mettre à l'actif du législateur sénégalais d'avoir été intelligible dans les remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles, il faut quand même lui tenir rigueur d'avoir à la suite de beaucoup d'autres législateurs consacré l'exécution par équivalent c'est-à-dire le versement d'une somme d'argent, envisagée non pas comme des dommages et intérêts mais plutôt comme un remplacement, un équivalent de ce à quoi le débiteur s'est engagé et qu'il n'a pas honoré.

## **Paragraphe 2 : L'inefficacité des pactes d'actionnaire dans le droit sénégalais des obligations.**

112. La pratique des affaires a largement développé la mise en place de pactes entre les actionnaires afin, notamment, de répondre aux attentes des investisseurs souvent sans mandat ni fonction de dirigeant<sup>427</sup>. Ce pacte leur permet de se consentir un droit de préférence en cas de cessions d'actions. Ces conventions sont le plus souvent en dehors de la sphère statutaire, ce sont donc de purs contrats, auquel la société n'est pas partie. Ce droit de préférence s'analyse comme un avant-contrat aux termes duquel une des parties s'engage, dans l'hypothèse où elle se déciderait à vendre ses actions, à en faire la proposition par préférence au co-signataire du pacte.

Toutefois, si l'intérêt de ce type de clause est évident, force est de constater que lorsque la bonne entente des signataires du pacte est mise à mal, la réponse du droit français reçu<sup>428</sup> à travers le

---

<sup>427</sup> Y. REINHARD, « Exécution des pactes extrastatutaires », *RDC*, 01 janvier 2005, n°1.

<sup>428</sup> L'ordonnance française de 2016 a légiféré contrairement au code civil reçu sur la question des avant-contrats et de leur exécution. Elle consacre la solution jurisprudentielle de la possibilité d'exécution en nature en cas de violation du pacte de préférence à condition que le tiers contractant connaisse son existence et la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Quant à la promesse unilatérale, l'ordonnance ne voit plus en la révocation irrégulière de l'offre du promettant, un obstacle à la formation du contrat. Le contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers qui connaissait l'existence de la promesse est nul. Ces solutions sont consacrées respectivement dans les articles 1123 « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. » et 1124 « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

rejet de l'exécution forcée des avant-contrats tend à priver le pacte de son efficacité juridique, et donc son utilité (A). Le COCC n'a fait que reprendre en cette matière la solution consacrée par le droit français rendant aussi par conséquence inefficace les promesses de contrats dans le droit sénégalais (B).

### **A- Le rejet de l'exécution en nature des obligations précontractuelles contenues dans les pactes d'actionnaires**

113. Un pacte extrastatutaire ne peut être considéré comme efficace que si les parties peuvent avoir la garantie que non seulement il sera exécuté, mais que dans l'hypothèse où une des parties serait défaillante ou violerait délibérément l'un de ses engagements, son cocontractant pourra obtenir que le contrevenant se conforme aux engagements contractualisés.

Or, la jurisprudence française a affaibli la portée de la force contraignante des pactes de préférence en limitant la sanction de la violation du pacte à la seule allocation de dommages et intérêts.

Les parties victimes d'une inexécution d'un pacte de préférence se trouvent confrontées à une jurisprudence restrictive analysant le contenu du pacte en une obligation de faire<sup>429</sup>. La violation d'une telle obligation emporte application par les juges de l'article 1142 du Code civil. Le non-respect du pacte est donc sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts au profit du créancier de l'obligation.

Cette sanction est à l'évidence inadaptée dans la pratique des affaires en générale où le respect de la parole conventionnellement donnée devrait être important qualitativement. La partie lésée ne trouvera aucune compensation plus satisfaisante que l'exécution en nature de la clause litigieuse et l'évaluation des dommages-intérêts sera d'autant plus difficile à estimer que le préjudice peut s'avérer multiple et fort complexe<sup>430</sup>.

114. Des conventions, il résulte souvent que, si le promettant à un pacte d'actionnaire forme le projet de céder ses titres, le propriétaire des actions s'engage, en cas de préférence à les proposer en premier lieu aux autres signataires du pacte. Il en résulte, s'il y a décision de vendre, une

---

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

<sup>429</sup> Y. REINHARD, « Exécution des pactes extrastatutaires », *op.cit.*, n°1.

<sup>430</sup> Le préjudice résultant, par exemple, de la violation d'une clause de préférence entraînant la perte d'une chance corrélative de devenir l'actionnaire majoritaire de la société avec toutes les conséquences que cela peut impliquer, comme la perte d'une position stratégique sur un marché.

obligation de céder au bénéficiaire du droit de préférence<sup>431</sup>. En cours de contrat, le promettant à l'obligation d'informer son contractant de tout projet de cession. Informé du projet de cession, le bénéficiaire dispose alors de la faculté de former le contrat sans que le promettant puisse s'y opposer ; l'obligation n'est plus de faire, c'est une obligation de donner qui lui interdit toute faculté de repentir et de rétractation<sup>432</sup>.

Les juges du fond français, beaucoup plus favorables que la Cour de cassation à l'exécution en nature des avant-contrats, ont pu faire application de ces principes.

En matière de pacte statutaire tout d'abord puis pour un pacte extrastatutaire ensuite, les Cours d'appel de Paris<sup>433</sup> puis de Lyon<sup>434</sup> s'opposèrent farouchement à la rétractation d'un promettant récalcitrant. Les juridictions du fonds sont à l'évidence plus en faveur de l'exécution en nature de ces pactes que la Cour de cassation.

115. Cette dernière, analyse traditionnellement le pacte de préférence en une simple obligation de faire<sup>435</sup>. Pourtant, la lecture a contrario de l'attendu de cet arrêt aurait pu laisser croire à une ouverture des juges à la faculté de substitution en faveur du bénéficiaire du pacte et au détriment du tiers en cas de collusion frauduleuse. En effet la Haute Juridiction précise, au visa de l'article 1142 du Code civil : « Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; Attendu qu'après avoir reconnu la validité du droit de préemption des consorts Peltié, la Cour d'appel a ordonné à MM. Schwich et Dufour de leur remettre les ordres de mouvement dûment signés pour les actions qu'ils détenaient contre la remise du prix correspondant ; Attendu qu'en mettant ainsi à néant les conventions passées entre MM. Schwich et Dufour et la société Saimgag, et en ordonnant la substitution des consorts Peltié à cette société dans la propriété des actions la Cour d'appel qui n'a pas retenu que l'acquisition des titres de la société S et B faite par la société Saimgag résultait d'une collusion frauduleuse entre cédants et cessionnaire, a violé le texte susvisé».

---

<sup>431</sup> D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.*, 1994, I., p. 210.

<sup>432</sup> Y. REINHARD, « Exécution des pactes extrastatutaires », *op. cit.*, p. 12

<sup>433</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 353 ; P. Le CANNU, « Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée », *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 325.

<sup>434</sup> CA Lyon, 15 novembre 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 54. La Cour de Paris s'exprime en termes très clairs à ce propos : « L'exercice de la faculté de préemption comprise dans le pacte fondamental réglant le fonctionnement de la société, auquel les actionnaires ont librement adhéré, emporte de plein droit le transfert de propriété des titres objet du projet de cession, sans que l'article 1142 du Code civil puisse faire obstacle aux effets de ce droit que chaque actionnaire tient des statuts ».

<sup>435</sup> Cass. com., 7 mars 1989: JCP, éd. E, 1989, II, 15617, concl. M. Joel, Obs. Y. REINHARD.

On pouvait déduire que si la Cour d'appel avait retenu la collusion frauduleuse des parties, la sanction de la nullité assortie ou non de la substitution aurait été possible.

Toutefois, ni les juges du fond<sup>436</sup> ni la troisième chambre civile de la Cour de cassation ne sont engouffrés dans cette brèche et continuent à juger que la violation d'un pacte de préférence ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts, même si le tiers acquéreur a commis une faute.

116. Cependant, on notera une certaine faveur à l'exécution en nature chez les juges du fond en matière commerciale. C'est l'exemple de la cour d'appel de Paris le 21 décembre 2001<sup>437</sup>. Le raisonnement de la Cour de Paris par exemple relève du droit commun : « l'exécution en nature n'est accordée que si aucune impossibilité matérielle, juridique ou morale vient faire obstacle ». Or, en l'espèce, une telle exécution était possible donc la sanction la plus adaptée à la violation du pacte. Notons que cet arrêt était confirmatif des juges de première instance, ce qui semble également signifier que l'exécution en nature connaît les faveurs des juges des tribunaux de commerce parisiens.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 décembre 2001 aurait donc pu être une reconnaissance du principe de l'exécution forcée de toute obligation de faire lorsqu'elle reste possible, redonnant ainsi aux pactes de préférence l'efficacité dont ils étaient jusqu'à présent privés.

Néanmoins, la Haute Juridiction<sup>438</sup> ne s'est jamais ralliée à ces juridictions de fond favorable à l'exécution en nature et elle l'a nettement montré en confirmant la sanction de principe de la résolution en dommages-intérêts de l'obligation de faire que constitue la cession de titre dans le cadre d'un pacte de préférence.

---

<sup>436</sup> Cour d'appel de Paris du 12 avril 2002, : « la convention de préemption violée par un actionnaire n'institue qu'une obligation de faire et une créance de nature personnelle, en sorte que le bénéficiaire de ce droit, en application de l'article 1142 du Code civil, ne dispose que d'un droit à dommages et intérêts, et seulement à l'encontre de la partie au pacte d'actionnaires, débitrice de cette obligation de faire, sans pouvoir solliciter ni l'annulation de la cession, ni l'exécution forcée de la cession à son profit». Juris-Data n° 2002-175601.

<sup>437</sup>CA Paris 21 décembre 2001. La Cour d'appel de Paris constate que les conditions requises pour l'application du pacte étaient réunies et condamne la banque à céder, sous astreinte, les titres pour un franc. La cour précise à cette occasion dans un considérant très clair qu' « ainsi que l'ont justement décidé les premiers juges, ces dispositions (de l'article 1142 du Code civil) n'interdisent pas de recourir à l'exécution forcée lorsque comme en l'espèce, aucune impossibilité matérielle, juridique ni morale ne lui fait obstacle, le débiteur de l'obligation étant demeuré propriétaire des titres...». Droit des sociétés 2002, n°137.

<sup>438</sup> Cass. com., 9 avril 2002 : JCP, éd. G, 2003, II, 10067, note J.-M. TENGANG.

117. La jurisprudence de l'exécution des avant-contrats s'avère à cet égard peu sécurisante en dépit de toute la prévisibilité des parties en présence<sup>439</sup>.

Si on s'en tient à la jurisprudence qui retient traditionnellement, selon une formule consacrée, qu'il est possible d'accueillir une demande d'exécution en nature dès lors qu' « elle ne se heurte pas à une impossibilité matérielle ou juridique », on identifie divers cas dans lesquels l'exécution d'un pacte ne devrait pas se heurter à une telle impossibilité. Mais hélas. La solution la plus proche de l'exécution en nature est extrêmement difficile à obtenir, notamment en vertu de l'effet relatif des conventions. Il n'en va différemment que dans un seul cas : en cas de collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire<sup>440</sup>. En effet, lorsque la mauvaise foi du tiers contractant est établie, la jurisprudence admet non seulement l'annulation de la cession effectuée en fraude des droits du bénéficiaire du pacte, mais également, depuis 2006, la substitution forcée du bénéficiaire au tiers.

Cette substitution exige, néanmoins, que deux conditions cumulatives soient réunies : que le tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Le terme "substitution" n'est peut-être pas le plus adapté ; il faut entendre par là que le juge annule la cession frauduleuse et, relevant néanmoins que le promettant a eu l'intention de céder les titres et que le bénéficiaire de la préférence a l'intention de les acquérir, constate que les volontés se sont rencontrées. Les conditions sont particulièrement sévères ; la charge de la preuve est lourde pour le bénéficiaire du pacte, d'autant qu'en 2010, la Cour a précisé qu'il n'appartient pas au tiers d'effectuer des investigations. Or, cette preuve est très importante car non seulement le créancier ne pourra pas obtenir l'annulation de la vente au tiers et sa substitution, mais il ne pourra aussi obtenir aucune indemnisation<sup>441</sup>. On constate là toute la différence entre la préférence et la promesse. En effet la dernière est nettement plus favorable au créancier que la première, puisque la seule obligation pour faire annuler une vente conclue en violation d'une promesse est de prouver que l'acquéreur connaissait l'existence de la promesse. Et cette preuve est d'autant plus aisée à rapporter qu'il existe en droit des sociétés des dispositions qui obligent à la publication des promesses<sup>442</sup>.

118. Dans la pratique, les substitutions sont rarement prononcées. Les juges ont pu prononcer la substitution dans un cas dans lequel la réunion des deux conditions ne faisait aucunement

---

<sup>439</sup> V. *Infra*, sur les remèdes contractuels palliant l'insécurité de la solution jurisprudentielle.

<sup>440</sup> Cass. mixte, 26 mai 2006, n° 0319.376, P+B+R+I N° Lexbase : A7227DPD, JCP éd. G, 2006, II, n° 10 142, note L. LEVEUR.

<sup>441</sup> Cass. civ. 3, 29 juin 2010, n° 0968.110, FD N° Lexbase : A6857E3D, RDC, 2011, p. 30, obs. E. SAVAUX.

<sup>442</sup> ex : C. com., art. L. 23311 pour les sociétés cotées.

difficulté : le promettant et le tiers acquéreur étaient deux sociétés distinctes mais ayant le même dirigeant, et le bénéficiaire du pacte avait établi une lettre faisant état de son intention d'acquérir les titres<sup>443</sup>.

Les juges s'assurent du respect de la lettre<sup>444</sup> et de l'esprit<sup>445</sup> dans des pactes de préférence.

La jurisprudence française adopte la même solution quand il s'agit d'une rétractation de la promesse de cession de titres sociaux avant la levée de l'option du bénéficiaire « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée »<sup>446</sup>. Par ces décisions la cour manque de tenir compte des

---

<sup>443</sup> Cass. civ. 3, 3 novembre 2011, n° 1020.936, FSP+B N° Lexbase : A5243HZ9, D. Actualité, 18 novembre 2011, obs. G. Forest ; D. BAKOUCHE in Chronique de droit des contrats — Décembre 2011, Lexbase Hebdo n° 465 du 8 décembre 2011 — édition privée N° Lexbase : N9125BSR.

<sup>444</sup> Dans cette affaire, le débiteur contestait là aussi la réunion des conditions des obligations qui lui incombait en vertu du pacte. Il s'agissait d'un ensemble contractuel reposant sur des accords de préemption et de sortie conjointe déclenchés par une série d'événements : la cession de contrôle de la société émettrice des titres qui déclenchait le droit de sortie conjointe et la cession de contrôle de l'associé majoritaire de la société émettrice des titres qui déclenchait le droit de préemption. Le contrôle de la société majoritaire avait été cédé à une société créée pour la circonstance par le titulaire du contrôle majoritaire. Le débiteur du pacte estimait que la cession de contrôle à une entité constituée par lui ne déclenchait pas le droit de préférence au bénéfice du minoritaire, car elle ne constituerait pas la cession à un tiers. Mais pour la cour d'appel, le pacte ne distingue pas entre les cessionnaires : dès lors qu'il y a cession, le fait générateur du droit du bénéficiaire se déclenche et son droit doit être respecté. Elle a enjoint le cessionnaire de notifier au bénéficiaire du pacte les offres prévues à ce dernier et a ordonné à la société majoritaire d'offrir au bénéficiaire la vente de sa participation dans la société émettrice des titres. Au-delà de l'exécution forcée des stipulations du pacte, la Cour porte l'attention des rédacteurs d'acte sur l'utilité de prévoir expressément dans les pactes la liberté de transfert intragroupe lorsqu'elle est souhaitée. CA Paris, Pôle 1, 3ème ch., 14 février 2012, n° 11/14 683 N° Lexbase : A4982ICI, Bull. Joly Sociétés, juillet 2012, p. 553, note G. KESSLER, M. TAZI.

<sup>445</sup> La cour casse un arrêt de la cour d'appel de Lyon (CA Lyon, 30 novembre 2011, n° 09/08 204 N° Lexbase : A7582H8C.) qui avait rejeté l'annulation d'une cession et l'exécution du droit de préférence convenu. En l'espèce, la préférence ne pouvait être déclenchée que si le débiteur cédait le contrôle de la société. Il n'avait cédé que 49 % du capital de la société et estimait dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une cession de contrôle faisant jouer le droit de préférence contractuellement prévu. La cour d'appel de Lyon se laisse séduire par l'argumentation du débiteur et retient donc que l'opération se situe en dehors du champ du pacte de préférence. L'arrêt est censuré au visa de l'article 1134 du Code civil et du principe selon lequel la fraude corrompt tout : la cour d'appel aurait dû vérifier si le choix de la cessionnaire de limiter à 49 % la fraction du capital cédée, accompagné de l'octroi de prérogatives exorbitantes conférées au cessionnaire minoritaire à la faveur d'une modification des statuts, ne participait pas du dessein de dissimuler un changement dans le contrôle et d'éluder ainsi le droit de préférence et de préemption convenu. Cass. com., 26 février 2013, n° 1213.721, FD N° Lexbase : A8731I8U, JCP éd. E, n° 23, 6 juin 2013, 1327, note S. Schiller.

<sup>446</sup> Civ. 3e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345, D. 2010. 2061 ; *ibid.* 2011. 472, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. MONGE et I. GOANVIC ; RTD civ. 2010. 778, obs. B. FAGES ; *ibid.* 2011. 99, obs. J. HAUSER. ; Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457, note D. MAZEAUD ; *ibid.* 1273, édito. F. ROME ; *ibid.* 1460, note D. MAINGUY ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. MONGE et I. GOANVIC ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. FAGES ; *adde* obs. critiques de L. AYNES, *Deffrénois*, 2011, art. 40023, p. 1023 ; D. HOUTCIEFF, *Gaz. Pal.*, 4 août 2011, n° 216, p. 15 ; L. LEVENEUR, *CCC* 2011, n° 186 ; J. MESTRE, *RLDC* 2011/85, éditorial, p. 3 ; *comp.* néanmoins Civ. 3e, 6 sept. 2011, n° 10-20.362, D. 2011. 2838, note C. GRIMALDI ; *ibid.* 2649, édito. F. ROME ; JCP G 2011. 1316, note L. PERDRIX. ; Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, D. 2008. 2965, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2008. 475, obs. B. FAGES.

spécificités et contraintes inhérentes aux actes préparatoires à l'acquisition de titres sociaux<sup>447</sup>. S'il est déjà difficile de se faire à l'idée que de simples dommages-intérêts puissent suffire à réparer la perte d'un immeuble, un corps certain qu'il est permis de convoiter à l'exclusion de tout autre et qui, dans un marché tendu, présente toujours une certaine rareté, il est encore plus difficile d'admettre que les juges refusent la formation forcée du contrat lorsque le bénéficiaire, par la rétractation du promettant, risque de se voir priver d'un bien aussi important, stratégique et irremplaçable que des parts sociales ou actions. La perte n'est pas alors simplement patrimoniale, elle est politique : elle ne peut être réparée par des dommages-intérêts puisque ceux-ci ne remplaceront jamais le pouvoir que le bénéficiaire espérait retirer de l'acquisition ou l'augmentation de sa participation au capital de la personne morale en cause<sup>448</sup>.

Une autre explication de l'impérieux besoin de préserver le droit d'option tient au fait qu'en matière de titres sociaux les options d'achat ou de vente ne sont pas toujours stipulées dans le cadre de promesses unilatérales conclues en bonne et due forme. Elles se retrouvent souvent au cœur de clauses essentielles à l'équilibre et à l'économie de certains pactes d'actionnaires, et dont il appartient au droit de garantir l'efficacité. De surcroît, en pratique, il se peut que l'exercice ou le non-exercice d'une option, à telle ou telle condition de prix, soit lui-même conçu comme la sanction d'autres dispositions contractuelles ou du comportement attendu d'un actionnaire ou d'un dirigeant. Fragiliser la force de l'option, c'est alors fragiliser la sanction de la sanction et inciter les intéressés à violer doublement leurs engagements.

Le législateur sénégalais est resté dans la logique de cette doctrine.

---

<sup>447</sup> E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Thèse Université Paris I, . 2011, sous la dir. H. LE NABASQUE.

<sup>448</sup> B. FAGES, « Refus de la formation forcée du contrat en cas de rétractation du promettant : suivisme de la chambre commerciale (*Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, inédit*) », *RTD Civ.* 2011, p. 758.

## **B- La reprise de la solution française de rejet de l'exécution en nature des pactes par le droit sénégalais des obligations**

119. Les pactes d'actionnaires peuvent être considérés comme efficaces si on peut en obtenir l'exécution forcée en passant outre l'inexécution du débiteur. La question des conséquences de l'inexécution d'un pacte d'actionnaire et plus généralement d'une obligation de faire est toujours à l'ordre du jour. Sous l'impulsion des praticiens du monde des affaires qui ont su mettre à profit le principe de la liberté contractuelle<sup>449</sup>, on note, dans les sociétés commerciales, un regain de conventions insérées ou adjointes au pacte social et liant les associés entre eux. Ces conventions renforcent la cohérence et la stabilité des associés, parce qu'instituant des règles relatives à la transmission et à la cession des droits sociaux et intéressent l'exécution en nature. En effet, les pactes renfermant cet objectif instituent un « droit de préférence » au profit des signataires, lors d'une cession de droits sociaux. Pour cette raison, ces conventions sont désignées sous les noms révélateurs de pacte de préférence ou de pacte de préemption.
120. Ces conventions sont saisies par le droit sénégalais en ces termes : « quelle qu'en soit la source, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à toute autre. Ce droit peut s'exercer dans toute espèce de vente »<sup>450</sup>. Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente<sup>451</sup>.

Si la question de la validité de ces pactes n'est plus discutée aujourd'hui<sup>452</sup>, il n'en est pas de même de leur efficacité<sup>453</sup>.

Le pacte extrastatutaire ou statutaire relatif aux droits sociaux est un acte juridique. Il est soumis au droit commun des obligations. En ce sens, du fait de la force obligatoire et de l'effet relatif des conventions, ce pacte ne produit d'effet qu'entre les parties signataires en créant entre eux un lien irrévocable. Aussi, l'inobservation de ses dispositions devra être sanctionnée conformément au droit des obligations. Une telle inobservation résulte généralement de la méconnaissance par l'une des parties de l'obligation principale contenue dans le pacte :

---

<sup>449</sup> Ce principe est une conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté. Il pose que l'homme est libre et ne peut être lié que par sa volonté.

<sup>450</sup> Article 318 COCC.

<sup>451</sup> Article 319 COCC ; articles 771-2 et 771-3 AUSCGIE

<sup>452</sup> M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires », *JCP*, 1990, Ed. E.I, n° 49 ; J.P. STORCK, La validité des conventions extra-statutaires, *D.* 1989, 1, p. 267. ; LE BRAS, « La validité des clauses de préemption dans les conventions extra-statutaires », *Bull.Men. Joly*, 1986, p. 665.

<sup>453</sup> A. SAKHO, *Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé*, Thèse de doctorat, Dakar, 1993.

l'engagement de préférence. Autrement dit, un des signataires cède ses actions ou ses parts à une personne autre que le bénéficiaire désigné à l'acte. Il ne s'agit point d'une simple hypothèse d'école<sup>454</sup>. La nature de la sanction attachée à la violation d'un pacte d'associé renfermant une obligation de préférence présente une grande importance. En effet, de la nature d'une telle sanction dépend l'efficacité de la convention de préférence. Si le bénéficiaire du pacte peut obliger le promettant à l'exécution forcée de son engagement, il y a lieu de conclure à l'efficacité du pacte de préférence. Dans le cas contraire, force sera de constater l'inutilité des pactes de préférence.

121. Le droit sénégalais des obligations s'est inspiré<sup>455</sup> de l'expérience jurisprudentielle et doctrinale relative à l'interprétation et à l'application des textes et codes du droit français. Cette assertion est aisément vérifiable dans beaucoup de domaines et, plus particulièrement, dans celui de la sanction de l'inobservation d'une obligation de faire. En France, la solution n'est pas totalement dessinée et tend, malgré des résistances soumettant la solution à des conditions qui sont en train d'être assouplies<sup>456</sup>, vers une reconnaissance de principe de l'exécution forcée en nature de l'obligation. Dans le droit sénégalais, le Code des obligations civiles et commerciales autorise une interprétation qui fait de l'exécution forcée en nature le principe en cas d'inexécution.

C'est à l'occasion des dispositions sur le droit de préemption que le droit sénégalais traite du pacte de préférence. Il le considère comme source du droit de préemption d'origine conventionnelle qui est lui-même soumis aux règles des promesses de vente. « Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente » dispose l'article 319 du COCC. La seule obligation expressément prévue dans le Code est à l'article 320 qui impose au promettant, débiteur de l'obligation de préférence, « de faire connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers ».

Peut-on tirer de ces dispositions la possibilité d'une exécution forcée en cas de rétractation du promettant ? La lettre de l'article 326 COCC, spécialement consacré à la violation de la promesse de vente, semble s'y opposer. De ce fait, le droit positif sénégalais s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence française qui n'y est pas du tout favorable. Même si, des fenêtres sont ouvertes par les décisions de justice admettant en France, la substitution du bénéficiaire au tiers

---

<sup>454</sup> Com.7 mars 1989, D. 1989, 231 ; JCP 89, II,21316, concl. JEOL, note REINHARD ; Com. 26 février 2013, JCP G n°21, 20 mai 2013, 563, note S. SCHILLER.

<sup>455</sup> Sans se détacher hélas.

<sup>456</sup> Com.26 février 2013, JCP, Ed. G. n°21, 20 Mai 2013, p.563, note S. SCHILLER.

acquéreur en cas de cession frauduleuse à un tiers au mépris de l'engagement de préférence souscrit par le créancier<sup>457</sup>.

122. En réalité, si l'interprétation proposée du droit commun contractuel permet l'exécution forcée d'une obligation de faire, tel n'est pas le cas de la lettre du droit positif sénégalais de la vente, aussi bien dans les dispositions générales contenues dans le COCC que dans les dispositions particulières relatives à la cession des actions dans les sociétés anonymes. L'espoir est permis avec l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, non seulement reconnaît la validité des pactes statutaires et extrastatutaires entre actionnaires, mais attache des conséquences certaines, en vue de leur effectivité, à la violation de ces pactes renfermant des obligations de préférence.

Dans le droit positif sénégalais, l'article 326 du COCC prévoit la possibilité de sanctionner la violation de la promesse de vente par une action en dommages-intérêts ou par une action en annulation du contrat, mais à la condition que le tiers acquéreur ait été de mauvaise foi au moment de l'acquisition. De ces dispositions du droit sénégalais relatives aux modalités du contrat de vente, point d'exécution forcée en nature contre la rétractation du promettant. Il n'est juste tenu que d'informer le bénéficiaire lui-même<sup>458</sup>. On peut très vite être conduit à conclure que le promettant, débiteur de l'obligation de préférence, ne peut être forcé à conclure le contrat de vente s'il se décidait à révoquer sa promesse et que, tout au plus, il ne sera condamné qu'à des dommages-intérêts si la violation de son obligation de préférence se révèle préjudiciable au bénéficiaire. Par ailleurs, en vertu de l'adage, *speciali generalibus derogant*, il sera difficile de soutenir l'application des dispositions du droit commun des obligations, logée dans la partie générale du COCC, à la promesse de vente qui est logée dans la deuxième partie du même Code sur les dispositions relatives aux contrats spéciaux.

---

<sup>457</sup> Jusqu'à une décision de sa chambre mixte en date du 26 mai 2006, la Cour de cassation considérait qu'en cas de violation du pacte de préférence, si le bénéficiaire pouvait le cas échéant obtenir l'annulation de la vente consentie en fraude de ses droits dans l'hypothèse où il rapportait la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur (Cass.3<sup>e</sup> civ., 26 oct. 1982 : Bull.civ. 1982, III, n° 208), en revanche, il ne pouvait demander l'exécution forcée à son profit dudit pacte en exigeant que la vente lui soit consentie (cass.3<sup>e</sup> civ., 30 avr.1997 : Bull. civ. 1997, III, n°96 ; Dalloz 1997, p.475). Cette jurisprudence a été confirmée et appliquée par un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 14 février 2007 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 fév.2007, observations G. VINEY, RDC 2007, n°3, p. 741.). Au titre des avancées sur cette question, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal Officiel le 11 février 2016 et entrée en vigueur le 1er octobre 2016, prévoit une action interrogatoire, permettant à un tiers de demander par écrit au bénéficiaire d'un pacte de préférence d'avoir à confirmer ou non l'existence d'un tel pacte et son intention de s'en prévaloir dans un délai fixé par la partie à l'initiative de l'action interrogatoire concernée, qui doit être raisonnables (nouvel article 1123 al 3 et 4 du Code civil).

<sup>458</sup> Article 320.

Un auteur, au vu des réalités africaines, a préconisé depuis une vingtaine d'années la nécessité de l'exécution forcée des pactes de préférences contenues dans les cessions d'actions<sup>459</sup>. Cette même position a été reformulée par le même auteur en ces termes : « dès lors qu'un promettant d'un pacte de préférence s'engage avec un tiers au mépris de sa promesse, il y a possibilité, non seulement d'annuler les transactions litigieuses (aux torts du promettant si la mauvaise foi du tiers contractant n'est pas établie), mais également de prononcer, au titre de l'exécution forcée, la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur évincé. C'est l'interprétation qui semble plus conforme à l'esprit du droit des affaires fondé sur la sécurité des transactions<sup>460</sup> ».

Confronté à l'exécution forcée des pactes de préférence, le législateur OHADA a pris position de manière claire et nette en se prononçant pour la nullité de la violation de l'opération de cession effectuée en violation du pacte de préférence au profit d'un autre que le bénéficiaire du pacte<sup>461</sup>. Mais il reste muet sur la possibilité pour le bénéficiaire du pacte d'obtenir sa substitution à l'acquéreur. Ceci est un exemple de l'œuvre du législateur OHADA dans la régression de l'exécution en nature des obligations.

---

<sup>459</sup> A.SAKHO, *Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé, loc. cit.*

<sup>460</sup> A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique, Droit Pouvoir et Dépendance économique*, Karthala et Cres, 2010, p.36.

<sup>461</sup> Cf article 771-3 AUSCGIE.

## Chapitre 2 : Le législateur OHADA entre mimétisme et innovation

123. L'OHADA régit spécialement certains contrats. Au sens de la théorie générale des obligations, est spécial, tout contrat qui n'est pas de droit commun. On peut en ce sens avoir des contrats civils particuliers selon une distinction faite par DUTILLEUL et DELEBECQUE<sup>462</sup>.

La plupart des contrats régis par le droit OHADA sont dans la sphère économique et constituent des contrats à finalité économique. Un contrat est économique lorsqu'il est le centre de relations économiques et vise une finalité économique<sup>463</sup>. Les contrats spéciaux au sens du droit OHADA sont donc des contrats commerciaux. Par contrats commerciaux du droit OHADA, on peut entendre un contrat de nature commerciale pour ne pas dire économique. Un contrat est commercial quand il est passé par un commerçant pour les besoins de son commerce. C'est en général la qualité des parties qui attribue le caractère commercial, civil ou mixte du contrat. Les contrats spéciaux du droit OHADA sont les différents contrats faisant déjà partie de l'ordonnement juridique OHADA. Ils ont pour la plupart fait l'objet d'une harmonisation partielle à l'occasion de l'élaboration de deux (02)<sup>464</sup> des dix (10) Actes uniformes adoptés. C'est notamment le cas du « contrat de vente commerciale, du contrat de location-gérance du fonds de commerce, du contrat de cession du fonds de commerce, du contrat de bail commercial ou à usage professionnel, du contrat de société commerciale, du contrat de société coopérative, du contrat de transport de marchandises par route, du contrat d'intermédiaires de commerce, et du contrat de sûreté conventionnelle »<sup>465</sup>.

124. Dans l'espace OHADA, une certaine logique, voire une certaine perception générale des contrats commerciaux spécifique aux contrats d'affaires coexiste avec la théorie générale des obligations, véritable droit commun de chaque Etat membre<sup>466</sup>. Pour la découvrir, il faut élaborer une catégorisation des contrats commerciaux du droit OHADA (section 1). A l'analyse, l'exécution forcée en nature des obligations contenues dans le droit OHADA ne

---

<sup>462</sup> F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2007.

<sup>463</sup> Ibid.

<sup>464</sup> Il s'agit de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG) et de l'Acte Uniforme relatif au transport de Marchandise par route.

<sup>465</sup> K. O. C. DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Canada, PUAM, p. 422 et s.

<sup>466</sup> F. ONANA ETOUNDI, « Les linéaments d'une théorie générale des obligations nées des contrats commerciaux du droit OHADA », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p. 752.

semble pas avoir eu un meilleur sort que celui étudié dans les législations précédentes à cause de la réglementation pas totalement convenable de la notion de bonne foi (section 2).

## **Section 1 : La catégorisation des contrats commerciaux du droit OHADA**

125. La difficulté de classer les contrats spéciaux du droit OHADA réside dans l'hétérogénéité des contrats commerciaux identifiés. Un auteur écrivait que « la technique juridique exige des distinctions et des classifications. Une bonne classification permet de regrouper de façon rationnelle tous les contrats spéciaux recensés et tous les rapports contractuels nouveaux en leur conférant des principes communs »<sup>467</sup>. Partant de cette idée, les critères ne manquent pas pour classer les contrats spéciaux du droit OHADA identifiés. On peut se baser sur le critère juridique (consensuel, réel, synallagmatique, unilatéral, à exécution instantanée ou successive), sur la finalité du contrat<sup>468</sup> (contrat ayant pour finalité l'organisation de l'activité économique ou contrat visant l'organisation des prestations de services). Mais un essai de classification peut nous conduire également, pour rester dans la même logique que la théorie générale des obligations, à distinguer les contrats spéciaux de l'OHADA impliquant une obligation de faire ou ne pas faire<sup>469</sup> (Paragraphe 1) d'une part et les contrats spéciaux de l'OHADA impliquant une obligation de donner<sup>470</sup> d'autre part (Paragraphe 2).

---

<sup>467</sup> BERGSMAN, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé. Contribution à une théorie générale des contrats », *RRJ*, Aix, 1990, n°3, p.441 cité par F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8<sup>e</sup> éd, Précis Dalloz, 2007, p. 25.

<sup>468</sup> K. O. C. DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Canada, PUAM, p. 424 et s.

<sup>469</sup> Donc susceptible de ne pouvoir s'exécuter par équivalent.

<sup>470</sup> Pouvant s'exécuter en nature.

## **Paragraphe 1 : Les contrats spéciaux de l'OHADA contenant des obligations de faire ou de ne pas faire**

126. L'obligation de faire est l'obligation par laquelle le débiteur s'engage à accomplir pour le créancier un fait positif, à exécuter pour lui une prestation positive autre que le transfert d'un droit réel, y compris l'obligation de livrer un corps certain. Il s'agit de la plus large catégorie d'obligations. Elle regroupe l'ensemble des services et s'étend au-delà. L'obligation de ne pas faire est celle par laquelle le débiteur s'engage de s'abstenir de tels agissements, qu'il aurait eu le droit d'accomplir en dehors du contrat ; c'est une prestation négative : engagement de non concurrence par exemple.

Les contrats réglementés par le droit OHADA contenant des obligations de faire peuvent se regrouper en deux grandes catégories : les contrats contenant l'engagement d'une prestation positive c'est-à-dire d'une action de la part du débiteur directement envers le créancier et sans l'intervention d'une chose (A) et les contrats contenant l'engagement d'une prestation portant sur une chose (B).

### **A- Les contrats contenant l'engagement d'une prestation positive**

127. Il s'agit essentiellement des contrats d'intermédiaires de commerce. Ici la prestation positive est directement orientée ou accomplie envers le créancier.

L'intermédiaire est « une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial »<sup>471</sup>.

Les contrats d'intermédiaires de commerce sont une catégorie de contrat commercial faisant partie du droit OHADA. Plus que de simples acteurs du commerce<sup>472</sup>, les intermédiaires sont de véritables mandataires avec des obligations contractuelles détaillées dans l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général<sup>473</sup>. Ces contrats d'intermédiaires de commerce sont inspirés des Conventions de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière commerciale et

---

<sup>471</sup> Article 169 de l'AUDCG.

<sup>472</sup> H. B. D. MODI KOKO, *Droit communautaire des affaires* (OHADA-CEMAC), tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence, Dianoïa, 1<sup>e</sup> éd., 2008, p. 159.

<sup>473</sup> Articles 169 à 233 de l'AUDCG.

plus précisément de vente internationale de marchandises. Par ces contrats, un intermédiaire de commerce agit ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial. L'intermédiaire de commerce étant un commerçant, il doit remplir les conditions prévues par les articles 6 à 12 de l'Acte uniforme portant Droit Commercial Général sur la capacité d'exercer le commerce. L'étude des intermédiaires de commerce présente un intérêt certain en raison de la diversité des rapports juridiques que leur intervention implique et la pluralité des contrats qui en découle<sup>474</sup>. Il faut faire la distinction entre le contrat en vertu duquel l'intermédiaire reçoit le pouvoir d'agir pour le compte d'une autre personne, et les contrats que l'intermédiaire va effectivement conclure avec les tiers. Le régime juridique de ces différents contrats est indiqué dans l'article 175 de l'AUDCG<sup>475</sup>. On retient ainsi de façon particulière en droit OHADA, les contrats d'intermédiaires de commerce ci-après :

Le contrat de courtier<sup>476</sup>, qui consiste pour un courtier qui fait habituellement cette profession, de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir la conclusion de conventions, opérations ou transactions entre ces personnes. Sa rémunération est constituée par un pourcentage du montant de l'opération<sup>477</sup>.

Le contrat d'agent commercial<sup>478</sup> par lequel un mandataire, à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être lié envers eux par un contrat de travail<sup>479</sup>.

Le contrat de commissionnaire<sup>480</sup> par lequel une personne se charge, d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de marchandises moyennant une commission. Son objet portant sur la vente ou l'achat de marchandises, ce contrat a donc une nature commerciale.

---

<sup>474</sup> A. AKAM AKAM, « Les intermédiaires de commerce », Actes du colloque international de Libreville *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Libreville, ERSUMA, oct. 2011, p. 50.

<sup>475</sup> « Les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire et la personne pour le compte de laquelle celui-ci agit, même de façon occulte ». Par contre les relations entre intermédiaire, représenté et tiers sont du ressort des dispositions particulières de l'AUDCG se rapportant aux intermédiaires.

<sup>476</sup> Article 208 à 215 de l'AUDCG.

<sup>477</sup> H. A. BITSAMANA, *Dictionnaire de Droit OHADA*, Ohadata D-05-33.

<sup>478</sup> Article 184 de l'AUDCG.

<sup>479</sup> H. A. BITSAMANA, *Dictionnaire de Droit OHADA*, *loc.cit.*

<sup>480</sup> Article 192 à 207 de l'AUDCG.

## **B- Les contrats contenant l'engagement d'une prestation portant sur une chose**

128. Ici, la prestation que le débiteur doit au créancier a pour objet une chose sans qu'il n'y ait transfert de propriété de la chose. Il s'agit essentiellement du contrat de location-gérance du fonds de commerce, du contrat de bail à usage professionnel, du contrat de transport de marchandise par route, et de la sûreté conventionnelle.

### **1-Le contrat de location-gérance du fonds de commerce**

129. Les articles 138 à 146 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général prévoient les règles de la location-gérance. Il s'induit de ces dispositions que la location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls. Le législateur OHADA définit les obligations générales des parties à une location-gérance. Le locataire-gérant ayant la qualité de commerçant en ce qu'il le devient à la place du loueur du fonds qui cesse de faire de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession, est soumis aux mêmes obligations que le commerçant. Le locataire-gérant doit exploiter du fonds conformément à sa destination (il ne peut pas modifier l'activité ni en ajouter une nouvelle sans l'accord du bailleur). Il doit respect des obligations inscrites dans le bail commercial, entretien des locaux, respecter la clause de non-concurrence qui limite le droit de rétablissement du gérant après la rupture du contrat. La location-gérance permet au propriétaire de conserver la propriété de son fonds de commerce, d'en maintenir l'exploitation tout en percevant un revenu grâce à la perception des redevances.

### **2-Le contrat de bail à usage professionnel**

130. Le contrat de bail à usage professionnel a remplacé le contrat de bail commercial. Avec ce changement d'appellation, la question se pose de savoir s'il s'agit simplement d'un ajustement pour un bail qui n'était déjà plus commercial ou le signe d'une rupture avec le droit commercial classique bâti autour de la personne du commerçant. Cette interrogation se renforce quand on

sait que dans le même temps, le législateur communautaire sort de son chapeau un entrepreneur qui enjambe toutes les catégories et que de l'autre côté le RCCM s'ouvre à des non commerçants<sup>481</sup>.

Le bail à usage professionnel est régi par les articles 101 à 133 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général. Selon ces dispositions, est réputé bail à usage professionnel « toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle »<sup>482</sup>.

De cette définition, l'on constate que le législateur OHADA crée une sorte de présomption légale de bail à usage professionnel dès lors qu'une activité commerciale, artisanale, industrielle ou professionnelle est exploitée dans les lieux loués avec l'accord du propriétaire<sup>483</sup>. Le régime juridique complet de ce contrat spécial est décliné par l'Acte uniforme qui a créé au sein du droit OHADA cette catégorie de contrat spécial faisant partie du droit positif des Etats membres. Dans ses particularités, l'existence du bail à usage professionnel suppose qu'il y ait un local ou un immeuble affecté à une activité professionnelle. Les locaux accessoires n'abritent pas directement l'activité professionnelle, mais ils sont nécessaires et leur utilisation est indispensable à l'activité principale. La jurisprudence, rattachant le critère de nature commerciale de l'activité exercée pour définir le bail à usage professionnel, retient que « l'exploitation d'un garage qui fait partie des activités professionnelles induit que le bail conclu à propos a une nature commerciale évidente »<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> P. AKUETE SANTOS, « Le bail à usage professionnel », Actes du colloque international de Libreville *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Libreville, ERSUMA, oct. 2011, p. 64.

<sup>482</sup> Article 103 AUDCG révisé.

<sup>483</sup> F. ONANA ETOUNDI, « Les linéaments d'une théorie générale des obligations nées des contrats commerciaux du droit OHADA », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p. 759.

<sup>484</sup> C.A Littoral, Arrêt n°178/REF du 27 octobre 2008, inédit.

### **3-Le contrat de transport de marchandises par route**

131. Il se retrouve réglementé entièrement par l'Acte uniforme OHADA du 22 mars 2003 qui le définit en son article 2 comme « tout contrat par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée expéditeur ». Bien que régi par des règles particulières, le contrat de transport de marchandises par route du droit OHADA s'inspire largement de la Convention applicable au contrat international de transport de marchandises par route signé le 19 mai 2003 à Genève. Instrument juridique fondamental pour tous les usagers du transport routier et principalement aux commerçants pour lesquels le transport de marchandise est vital, sa nature commerciale va de soi quand c'est un commerçant qui y fait recours et s'identifie donc parfaitement aux contrats spéciaux du droit OHADA.

### **4-Le contrat de sûreté conventionnelle**

132. Il est prévu à travers l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés. On y retrouve des sûretés personnelles<sup>485</sup>, des sûretés mobilières<sup>486</sup>, des sûretés immobilières notamment les hypothèques. Chaque fois qu'une sûreté sera consentie ou constituée par un commerçant pour les besoins de son activité commerciale, on pourra dire qu'elle est un contrat à finalité économique. Ainsi on pourra répertorier le contrat de sûreté conventionnel au nombre des différents contrats commerciaux des Etats membres de l'OHADA.

---

<sup>485</sup> Cautionnement, garanties et contre garanties.

<sup>486</sup> Droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage, le nantissement de meubles incorporels et certains privilèges.

## **Paragraphe 2 : Les contrats spéciaux de l'OHADA contenant des obligations de donner**

133. L'obligation de donner sera entendue ici comme l'obligation qui consiste à transférer la propriété d'une chose. Dans ce sens, nous avons des contrats dont l'exécution implique le transfert de propriété d'une chose d'une part (A) et d'autre part les contrats dont l'objet originel porte sur le transfert même d'une chose dès le départ sans que le transfert de la propriété soit du fait d'une partie au contrat (B).

### **A- Les contrats dont l'exécution implique le transfert de propriété d'une chose**

134. Il s'agit des contrats de société commerciale, des contrats de société coopérative et de certains contrats d'intermédiaire de commerce.

#### **1-Le contrat de société commerciale**

135. Tout un Acte uniforme révisé et adopté le 31 janvier 2014<sup>487</sup> consacre des dispositions générales à la formation et au fonctionnement des sociétés commerciales ainsi que des dispositions spéciales à chaque type de société commerciale. Plus concrètement, l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et Groupements d'Intérêts Economique reprend l'idée énoncée à l'article 1832 du Code civil selon laquelle « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter », mais il en donne une définition tout à fait différente. D'après le législateur OHADA, « la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues dans le présent Acte uniforme ». Si de cette définition, l'on retient que la société est avant tout un contrat qui implique une

---

<sup>487</sup> Publié au Journal officiel le 04 mars 2014, entré en vigueur le 04 mai 2014 conformément à l'article 9 du traité OHADA révisé.

pluralité de personnes et se forme dans le respect des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, il faudrait toutefois relever que le même législateur OHADA consacre la société unipersonnelle<sup>488</sup>. Mais la création de la société par une seule personne n'est envisageable que dans les cas précis de la société anonyme<sup>489</sup> et de la société à responsabilité limitée<sup>490</sup>. L'Acte uniforme<sup>491</sup> prévoit que les sociétés peuvent être commerciales par la forme de leur constitution (société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite, société en nom collectif etc.) ou par leur objet c'est-à-dire l'exercice d'une activité commerciale (Groupement d'intérêt économique ou une association qui fait du commerce). Pour que le contrat de société soit valablement exécuté, il faut que les parties transfèrent effectivement à la personne morale constituée, les biens promis.

## **2-Le contrat de société coopérative**

136. Provenant de l'Acte uniforme adopté en date du 15 décembre 2010, il confirme la vocation de l'OHADA de favoriser le développement de l'activité économique des entreprises. L'article 4 de ce texte prévoit que « la société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs ». Ainsi définie, la société coopérative est un type de société dont l'objet peut être civil ou commercial. En effet, nonobstant les dispositions des articles 1 et 6 de l'AUSCGIE, les sociétés coopératives qui exercent une activité commerciale sont soumises aux dispositions de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur les sociétés coopératives. De plus, l'article 21 de cet Acte uniforme indique que l'objet de la société coopérative détermine le caractère civil ou commercial de celle-ci. Et quand on connaît le poids des sociétés coopératives et mutuelles dans le soutien financier apporté aux petites et moyennes entreprises et aux opérateurs économiques en générale, on se rend compte aisément de l'importance de la réglementation de cette forme particulière de contrat au sein de l'OHADA.

---

<sup>488</sup> Article 5 AUSCGIE.

<sup>489</sup> Article 385 de l'AUSCGIE.

<sup>490</sup> Article 309 de l'AUSCGIE.

<sup>491</sup> Article 6 AUSCGIE.

## **B- Le contrat portant sur le transfert même d'une chose**

137. Il s'agit du contrat de vente commerciale et du contrat de cession de fonds de commerce.

### **1-Le contrat de cession du fonds de commerce**

138. La cession du fonds de commerce est régie par les dispositions du chapitre 3 du Titre 2 de l'AUDCG<sup>492</sup>. Au regard de l'importance de l'acte de cession du fonds de commerce, le législateur de l'OHADA prend tous les garde-fous pour s'assurer de bien encadrer le déroulement d'une telle convention spéciale. Tout le régime juridique général du droit commun de la vente s'applique d'office<sup>493</sup>. En sus, des règles spéciales se rapportant à l'obtention d'une autorisation administrative sont applicables<sup>494</sup>. Le législateur OHADA va ensuite dans des détails quant à l'objet de la cession, les énoncés obligatoires de l'acte de cession<sup>495</sup>, le régime des sanctions entraînées par l'omission des mentions, les règles de publicité etc.

Pour un bon déroulement de l'opération de cession, l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS) vient compléter les dispositions de l'AUDCG en cette matière<sup>496</sup>.

### **2-Le contrat de vente commerciale**

139. Ce contrat spécial est régi par le livre VIII de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le Droit Commercial Général (AUDCG). La vente étant un contrat, le législateur OHADA a voulu qu'elle soit régie par les règles du droit commun des contrats, ce qui renvoie au Code civil applicable dans chaque Etat partie. Mais l'on sait que la définition retenue dans la plupart des Codes civils des Etats de l'OHADA est celle du Code civil français encore en vigueur dans la majorité des Etats parties. La vente est ainsi définie dans ce Code civil comme une

---

<sup>492</sup> Article 147 à 168 de l'AUDCG.

<sup>493</sup> Article 147 AUDCG.

<sup>494</sup> Pour les débits de boisson, les officines de pharmacie etc.

<sup>495</sup> Article 150 AUDCG.

<sup>496</sup> M. SAMB, « Rapport Général » colloque international de Libreville *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Libreville, ERSUMA, oct. 2011, p. 15.

« convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer »<sup>497</sup>. Dans les dispositions de l'Acte uniforme portant Droit Commercial Général, la chose objet de la vente commerciale doit être une marchandise, et les parties à cette opération doivent être des commerçants.

Le contrat de vente commerciale du droit OHADA peut être écrit ou verbal, il n'est soumis à aucune condition de forme et peut être prouvé par tous moyens.

La vente fait partie des contrats les plus importants de la vie économique et à ce titre a donc fait l'objet de dispositions spéciales<sup>498</sup> qui méritent qu'on s'y attarde. En effet, jusqu'en 2010, la vente était régie dans les pays membres de l'OHADA par le livre 5 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 17 avril 1997 et qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Avant l'adoption de ces dispositions, seul le Sénégal avait codifié la vente commerciale en tant que telle. Les autres Etats parties appliquaient, pour l'essentiel, le droit commun de la vente c'est-à-dire les dispositions des articles 1582 et suivants du code civil français d'avant 1960, peu adaptées à l'évolution des échanges économiques. C'est la raison qui justifie le vif intérêt suscité dans les pays africains, membres de l'OHADA, par l'avènement d'une nouvelle réglementation de la vente commerciale qui intègre les conventions internationales en la matière et, singulièrement, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Un nouvel Acte Uniforme a été adopté par le conseil des Ministres de l'OHADA le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo. Les dispositions sur la vente commerciale figurent désormais comme indiqué ci-dessus au Livre VIII de l'Acte Uniforme sur le droit commercial (AUDCG) qui y consacre les articles 234 à 302. Ce nouveau texte est entré en vigueur le 15 mai 2011. Il obéit à un souci d'actualisation sous-tendu par des objectifs généraux et spécifiques. Sur le plan général, le nouveau texte vise à adapter le droit de la vente commerciale aux évolutions juridiques et économiques observées depuis l'adoption de l'Acte uniforme en 1997. Il répond, en outre, à un besoin d'amélioration formelle, de précision et de correction des imperfections rédactionnelles du texte antérieur. Sur le plan juridique, le législateur du 15 décembre 2010 ne pouvait ignorer le mouvement contemporain d'harmonisation du droit des contrats ainsi que certaines codifications régionales et internationales<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> Article 1582 C. Civ. français.

<sup>498</sup> J. MESTRE, « Regard contractuel sur l'OHADA », *Revue Lamy Droit civil*, n°67-janv. 2010, n°3697, p. 72.

<sup>499</sup> Avant-projet de code européen des contrats-groupe GANDOLFI, principes du droit européen des contrats-Commission LANDO, les principes UNIDROIT, Avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats, Avant-projet CATALA...

Inspiré essentiellement de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, la vente OHADA conserve tout son caractère commercial<sup>500</sup> au regard de la finalité et du cadre propice qu'il offre aux activités économiques. Ainsi, aux termes de l'article 234 de l'AUDCG, le droit OHADA de la vente commerciale s'applique principalement aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou morales ; ce qui exclut, par exemple, les ventes aux consommateurs. Il s'applique aussi désormais aux contrats de fournitures de marchandises destinées à des activités de fabrication et de production. En revanche, il ne s'applique pas aux contrats de fourniture de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services. Les articles 235 et 236 de l'AUDCG complètent la liste des ventes qui, en raison de leur objet, sont exclues du champ d'application des dispositions relatives à la vente commerciale.

L'intérêt de la vente commerciale OHADA s'apprécie surtout à l'aune des catégories nouvelles qu'il impulse et des concepts nouveaux dont il enrichit la théorie juridique<sup>501</sup>. Dans cette optique, la réglementation sur la vente commerciale consacre une certaine primauté de la bonne foi<sup>502</sup> et lui confère un caractère impératif<sup>503</sup>. En outre, à l'instar de certains textes internationaux, les usages professionnels et les pratiques établies entre les contractants sont érigés en principale source d'interprétation de la volonté des parties<sup>504</sup>.

---

<sup>500</sup> Il ne s'applique donc pas aux contrats civils.

<sup>501</sup> J.- C. JAMES, « La vente commerciale OHADA, précurseur d'un droit harmonisé des contrats ? », Actes du colloque international de Libreville *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Libreville, ERSUMA, oct. 2011, p. 28.

<sup>502</sup> Dans ce sillage, il confirme la primauté accordée à l'exécution et le maintien du contrat à condition qu'il conserve une certaine utilité économique. V. G. ALPHA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 6.

<sup>503</sup> Article 237 de l'AUDCG.

<sup>504</sup> J.- C. JAMES, « La vente commerciale OHADA, précurseur d'un droit harmonisé des contrats ? », *loc. cit.*

## **Section 2 : L'exigence quasi inconvenante d'une certaine bonne foi dans les contrats spéciaux de l'OHADA**

140. Souvent évoquée à titre préventif ou à titre curatif, la bonne foi constitue une notion, qui si on n'y prend garde, risque d'entraver encore plus l'exécution des contrats commerciaux de l'OHADA. En elle-même, la bonne foi n'est pas nuisible à l'exécution du contrat, bien au contraire. Mais tout est dans l'utilisation que le législateur OHADA fait de cette notion. La bonne foi est un principe qui postule un devoir de collaboration ou de coopération entre le créancier et le débiteur, c'est-à-dire un comportement altruiste minimum qui leur permet de dépasser leurs intérêts antagonistes. Dans l'idéal, le principe de bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. En tout cas, l'importance de la bonne foi est reconnue tant dans de nombreux droits nationaux que dans les relations privées internationales où elle est parfois consacrée par des instruments juridiques destinés à les régir<sup>505</sup>. La manière dont le législateur OHADA a recours à la bonne foi est porteuse d'incertitude quant à l'issue du contrat. La partie contractante de mauvaise foi pourrait y trouver un refuge. Nous aborderons la bonne foi dans les contrats OHADA avant les difficultés d'exécution du contrat (paragraphe 1) et la bonne foi dans les contrats OHADA au moment des difficultés d'exécution du contrat (Paragraphe 2).

---

<sup>505</sup> Article 1.7 al 1<sup>er</sup> des principes d'UNIDROIT « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international »

## **Paragraphe 1 : L'exigence de la bonne foi avant les difficultés d'exécution du contrat**

141. Du modèle spécifique d'intégration juridique<sup>506</sup> conçu par l'OHADA dérive une théorie des obligations. Mais cette théorie ne présente pas des particularités outre mesure allant dans le sens d'une exécution en nature des obligations par rapport aux droits connus.

Le manque d'encadrement de la notion de bonne foi en droit OHADA fait d'elle une notion difficile à cerner et un tremplin de l'inexécution (A). Un encadrement de cette notion est donc nécessaire pour éviter qu'une notion aussi essentielle à la vie du contrat ne devienne l'instrument de son extinction (B).

### **A- La bonne foi, une notion diffuse**

142. La bonne foi est à la fois un état d'esprit, être de bonne foi, et une manière d'agir, se conduire de bonne foi<sup>507</sup>. Cette manière de se conduire imprègne le droit contemporain des contrats, au point de devenir un phénomène de mode<sup>508</sup>. Les sources récentes témoignent de cette évolution. Elle est érigée au rang de principe directeur par le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie<sup>509</sup>. Les travaux de l'Association Capitant ont mis en lumière le fait que l'exigence de bonne foi est respectée dans des pays aussi variés que l'Argentine, le Brésil, le Canada<sup>510</sup>, le

---

<sup>506</sup> L'expression « modèle d'intégration juridique » renvoie à une stratégie d'intégration dont la valeur exemplaire est susceptible de susciter des expériences similaires d'intégration. S'agissant de l'OHADA notamment, elle inspire déjà une expérience similaire dans le grand Caraïbe. Cela étant, plusieurs théories sont proposées pour expliquer les modèles d'intégration : la théorie transactionnaliste qui accorde une attention particulière aux conditions nécessaires à la naissance et au développement du processus d'intégration en s'appuyant plus sur la pratique réelle que sur une base formelle ; la théorie fonctionnaliste, selon laquelle le processus d'intégration aboutit à la création d'institutions communautaires chargées de coordonner les actions des entités présentes en question ; la théorie systémique qui caractérise l'intégration plus par les conditions de sa stabilité et de sa conservation que par les causes et les conditions de son avènement.

<sup>507</sup> M.FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, Contrat et engagement unilatéral, coll. Thémis, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 68.

<sup>508</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012 ; *Travaux de l'Association Henri Capitant*, « La bonne foi dans les contrats », Litec, 1994.

<sup>509</sup> J.MESTRE, « Pour un principe de bonne foi mieux maîtrisé », *Revue Lamy droit civil*, 2009, p. 58 .

<sup>510</sup> Article 1375 du Code civil québécois de 1994 dispose que la « bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

Japon<sup>511</sup>, la Pologne et la Turquie<sup>512</sup>. Le Code civil Suisse de 1907 pose en son article 2 que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Les systèmes américain<sup>513</sup> et chinois<sup>514</sup> suivent la même logique. Les projets régionaux abondent dans le même sens. Ainsi, les principes du droit européen des contrats (PEDC) prévoient un devoir général de bonne foi : « Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter »<sup>515</sup>. L'article 2 de la proposition d'un droit commun européen de la vente<sup>516</sup> et l'article 1.6 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA<sup>517</sup> sur le droit des contrats reprennent les mêmes logiques. Sur le plan international, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises admet la bonne foi comme un outil permettant de l'interpréter.

143. Le nouveau droit OHADA de la vente commerciale n'échappe pas à ce rayonnement international de la bonne foi. L'article 237 alinéa 2 nouveau de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG), 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 ». Cet article, presque identique à celui des PEDC, n'existait pas dans la version initiale de l'acte uniforme adoptée en 1997. Elle se contentait de mentionner que : « Outre les dispositions du présent Livre, la vente commerciale est soumise aux règles du Droit commun ». Ce droit commun comportait l'exigence de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, en vigueur dans la plupart des Etats membres. C'est donc la première fois que l'AUDCG pose l'obligation de bonne foi dans la vente commerciale. Il ajoute que cette obligation est impérative puisque les parties ne peuvent l'exclure ni en limiter la portée. L'exigence est d'ordre public. On peut cependant remarquer que la formule de l'article 237 alinéa 2 est vague et laconique. Vague

<sup>511</sup> Article 1<sup>er</sup> alinéa 2 du Code civil japonais (Le Mimpo), dispose que « l'exercice des droits et l'exécution des obligations sont des choses qui doivent être faites de bonne foi ».

<sup>512</sup> *Travaux de l'association Capitant*, « La bonne foi dans les contrats », Litec, 1994.

<sup>513</sup> Article 1-203 du Code de commerce américain (Uniform Commercial Code), l'article 205 des Restatements of contracts, ainsi rédigé : « Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement ».

<sup>514</sup> La république populaire de Chine a adopté une loi du 15 mars 1999 sur les contrats. Les articles 5 et 6 de cette loi énoncent, parmi les principes généraux du droit des contrats, la bonne foi, appelée « chengshi xinyong », littéralement honnêteté et loyauté. V.G.ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, n° 6, 2005, p.695.

<sup>515</sup> Article 1 :201 PEDC. Sur ces principes, V. O. LANDO et H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2000 ; C. PRIESTO (Dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.

<sup>516</sup> Règlement du Parlement européen et Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (2011/0284 (COD)).

<sup>517</sup> Avant-projet qui semble être abandonné mais qui pourrait être reconverti sous forme de *sof law*, notamment de loi type susceptible d'être adoptée librement par les Etats parties de l'OHADA.

parce qu'elle ne définit pas la bonne foi que certaines codifications récentes tentent de définir. La formule est ensuite laconique dans la mesure où elle ne précise aucune sanction de ce qu'elle nomme tantôt comme une exigence tantôt comme une obligation impérative.

144. L'exigence en elle-même n'est pas nouvelle. Elle connaît seulement un regain d'intérêt. Déjà dans le droit romain, elle apparaissait à travers la *bona fides*. Elle a été redécouverte par le droit canonique qui a inspiré les travaux préparatoires du Code civil. Le projet de l'an VIII prévoyait que « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi<sup>518</sup>. Portalis demanda la suppression du mot « contractées », car il considérait qu'il paraissait évident, au regard des articles 1108 et suivants du Code civil, que le contrat doit être conclu de bonne foi<sup>519</sup>. Le terme « contractées » a donc été supprimé de la version adoptée en 1804. Mais la jurisprudence et la doctrine n'ont pas accordé un intérêt particulier à cette notion. C'est à partir du milieu du XXe siècle qu'elle est revisitée sous l'influence de DEMOGUE. Elle est alors considérée comme un moyen d'apporter des tempéraments à l'analyse libérale du droit des obligations<sup>520</sup>. Elle a été mise en lumière pour justifier certaines évolutions du droit des contrats. Une partie de la doctrine l'a élevée au rang de principe fondamental du droit contemporain des contrats<sup>521</sup>. Les codifications nationales, régionales, internationales ou issues de la soft law ont presque unanimement accueilli le principe, comme une tentative soudaine d'apporter un peu d'éthique dans une société mondialisée et dominée par les principes du libéralisme<sup>522</sup>.
145. Pourtant, rares sont les textes qui définissent cette notion de façon à donner des directives précises au juge. La proposition d'un droit commun européen de la vente est l'un des rares textes à essayer cette précision. Selon l'article 2 de ce texte, il faut entendre par « bonne foi et loyauté », « un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question ». Bien que cette définition ne précise pas les critères permettant de caractériser la bonne foi, elle a le mérite de donner quelques orientations à l'interprète sur une question souvent laissée à l'appréciation du juge. Aucun texte de l'OHADA ne définit d'ailleurs cette notion à contenu variable. L'obligation de bonne foi « signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer

---

<sup>518</sup> P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.XIII, Videcoq, p. 8.

<sup>519</sup> G. NGOUMTSA ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, pp 613 à 628.

<sup>520</sup> S. TISSEYRE, « Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen », *op.cit.* n°7.

<sup>521</sup> D.MAZEAUD, « Loyauté, solidarité fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. TERRE*, Dalloz, 1999, n°6, p. 606.

<sup>522</sup> G. NGOUMTSA ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », *op.cit.*, p. 614.

dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit. La loi du contrat (comme celle de l'Etat) doit être appliquée selon son esprit présumé raisonnable et équitable<sup>523</sup> et une loyauté est exigée des contractants, à l'instar du loyalisme exigé des citoyens »<sup>524</sup>. Il s'agit donc d'une exigence d'honnêteté et de loyauté qui interdit à chaque cocontractant de faire preuve d'une attitude malveillante.

Cette précision ne règle pourtant pas tous les problèmes. D'une part, on peut se demander si cette exigence de bonne foi est fondée dans son principe même, car elle tend a priori à remettre en cause la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. D'autre part, à supposer cette première question résolue ; la portée de cette exigence reste floue alors qu'elle peut être perçue comme un obstacle à la prévisibilité des solutions et donc à la sécurité juridique. La divergence de terminologie illustre bien cette hésitation : les textes parlent tantôt d'exigence, tantôt d'obligation, tantôt de principe de bonne foi. Dans le cadre de l'OHADA, seul le droit de la vente le mentionne expressément alors que le droit OHADA s'applique à plusieurs contrats spéciaux.

Si l'on admet que le principe de bonne foi est nécessaire à une certaine humanisation du droit des contrats, il faut en préciser les contours pour qu'elle ne risque pas de devenir un instrument de l'arbitraire du juge. Cela suppose de déterminer où s'arrête la bonne foi, mais également de déterminer les matières ou les questions auxquelles elle s'applique.

## **B- La bonne foi, une notion à encadrer**

146. A force de pousser le principe de bonne foi, l'effet inverse risque de se produire. Le contractant de mauvaise foi pourrait ne pas honorer ses engagements en invoquant la moindre faille de l'autre partie qu'il considère comme une mauvaise foi. L'admission de la bonne foi en elle-même n'est pas toujours favorablement accueillie par une partie de la doctrine qui craint une mainmise de plus en plus considérable du juge sur le contrat. Sur la base de standards juridiques ou de notions vagues comme le « raisonnable », la bonne foi, l'équité ou la justice, il se peut que le juge substitue aux obligations librement consenties, un nouveau contenu obligationnel. On arrive alors au paradoxe d'un contrat de moins en moins contractuel<sup>525</sup>. Ce pouvoir constitue un risque pour la liberté contractuelle et la sécurité juridique. Il est alors nécessaire de préciser

---

<sup>523</sup> Article 1135 du Code civil.

<sup>524</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, coll. Thémis, PUF, 22<sup>e</sup> éd, 2004, p. 226.

<sup>525</sup> D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité », *op.cit.*, p. 624.

la mesure et la portée de l'obligation de bonne foi, pour éviter que ce principe ne devienne un outil de l'arbitraire et de l'imprévisibilité des solutions. Il faut dégager les critères et les conditions d'intervention de la bonne foi pour fournir au juge et aux parties des directives qui en rationalisent les occurrences<sup>526</sup>. La jurisprudence a posé des limites à l'exigence de bonne foi. Certaines concernent le contenu de l'obligation de bonne foi ; d'autres portent sur la force obligatoire du contrat.

147. La première limite tient au droit pour chaque contractant de défendre ses intérêts sans être tenu d'en faire autant pour ceux de l'autre. Quelques arrêts éclairent bien cette limite. Le premier est un arrêt de la chambre commerciale française du 2 juillet 2002<sup>527</sup>. Sur le pourvoi du concédant, la Cour juge que « le refus d'agrément par le concédant doit être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes. Elle admet donc que l'obligation de bonne foi n'empêche pas l'exercice par un cocontractant de prérogatives contractuelles unilatérales et discrétionnaires destinées à préserver ses intérêts. Il suffit que les motifs invoqués à l'appui de sa décision soient conformes au contrat, en l'occurrence à la clause de transfert de la concession qui exigeait une motivation 'équitable' ».

Toujours en matière de concession, il est jugé que le concédant qui met fin au contrat en respectant le préavis légal « n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion »<sup>528</sup>.

Dans un autre cas pareillement relatif aux prérogatives unilatérales d'une partie<sup>529</sup>, la Cour de cassation française a rejeté la demande de cette dernière au motif que « cette augmentation avait fait l'objet d'un préavis qui laissait à la cliente la possibilité de résilier le contrat et de

---

<sup>526</sup>S. TISSEYRE, « Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen », *op.cit.* n°8, p. 31.

<sup>527</sup> Une société automobile exploite, par le biais de ses filiales, un réseau de vingt-deux concessions automobiles. Selon les termes du contrat l'unissant au concédant, ce dernier s'était engagé à « examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire ». la société décide de céder 14 de ces concessions, mais le concédant s'oppose à la cession de quatre d'entre elles, bloquant ainsi l'intégralité de l'opération. Il est condamné à verser des dommages et intérêts au motif qu'il aurait fait un usage abusif, sans justes motifs, de son droit de ne pas agréer le successeur proposé par le concessionnaire. Com., 2 juillet 2002, Opel France ; Bull. civ. IV, n°113 ; D.2003.93, note D.MAZEAUD ; JCP 2003.II.10023, note D. MAINGUY ; RTD civ. 2002.810, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>528</sup> Com., 6 mai 2002, Bull. civ. IV, n°81, D. 2002.2842, note D. MAZEAUD ; JCP G 2002.II.10146, note P.STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2002.810, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>529</sup> Une cliente avait loué deux chambres fortes auprès d'une banque pour 54000 francs. Au bout de quelques années, la banque lui notifia son intention de revoir à la hausse ce taux exceptionnellement bas et de le porter à 145000 francs. La cliente l'assigna pour abus dans la fixation du prix.

s'adresser à la concurrence. En respectant le préavis et la liberté du client de résilier le contrat, la banque n'avait pas fait preuve de mauvaise foi »<sup>530</sup>.

148. La deuxième limite est plus générale. Il est admis que le terrain d'élection de la bonne foi est celui des prérogatives unilatérales consenties à une partie au contrat. Le juge contrôle souvent leur octroi et leur mise en œuvre à la lumière de l'exigence de la bonne foi. Mais s'agissant de la substance des obligations convenues entre les parties, l'exigence de bonne foi ne saurait empêcher leur mise en œuvre. Ainsi en a décidé la Cour de cassation française<sup>531</sup>: « attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la Cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes ». Littéralement, la cour affirme que la bonne foi permet de sanctionner le cocontractant qui use de manière abusive ou déloyale d'une prérogative unilatérale qui lui est réservée dans le contrat : faculté de dédit, modification unilatérale du prix ou de l'objet du contrat, agrément d'un cessionnaire, résiliation unilatérale<sup>532</sup>, résolution, ect. En revanche, le juge ne peut, au nom de la bonne foi, remettre en cause la substance des droits et obligations convenus par les parties<sup>533</sup>. Dès lors que le contrat

---

<sup>530</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, BNP, D. 2005.1828, note D. MAZEAUD ; RTD civ 2005.126, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2004, n° 151, note L. LEVENEUR.

<sup>531</sup> En l'espèce, le président du conseil d'administration d'une société anonyme, avait acquis de trois coassociés des titres sociaux en complément de ceux dont il était déjà titulaire. L'acte de cession prévoyait une clause de garantie de passif aux termes de la participation cédée, contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession. La société fit l'objet d'un redressement fiscal et le cessionnaire demanda aux cédants le paiement d'une somme au titre de la garantie de passif. Ceux-ci s'y opposèrent. Par un arrêt du 14 mars 2006, la Cour d'appel de Paris retient que le cessionnaire « ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors que, dirigeant et principal actionnaire de la société Les Maréchaux, il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, qu'il ne pouvait ignorer que des irrégularités comptables sont pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque et qu'il a ainsi délibérément exposé la société aux risques, qui se sont réalisés, de mise en œuvre des pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif ». Les juges du fond considéraient donc que celui qui, par sa négligence, a contribué à la naissance d'une dette de redressement fiscal contre ses coassociés ne peut la réclamer à ces associés. Autrement dit, il serait de mauvaise foi. Mais la cour de cassation casse cet arrêt au visa des articles 1134 al.1 et 1134 al.3 du Code civil. Com., 10 juil. 2007, Bull. civ. IV, n° 188 ; D2007.2839, note P.STOFFEL-MUNCK et P.Y.GAUTIER ; JCP G 2007. II. 10154, note D.HOUTCIEFF ; RTD civ. 2007.773, obs. FAGES (B.) ; RLDC 2008-46, n° 2840, note P.DELEBECQUE ; RDC 2007.1107, note L.AYNES. ; RDC 2007.1110, note D. MAZEAUD ; CCC 2007, note L.LEVENEUR ; Defrénois 2007.1454, obs. E.SAVAUX ; Bull. Joly sociétés 2007, p. 1187, note COURET (A.) ; Grands arrêts, t. 2, n° 164.

<sup>532</sup> Com., 8 oct. 2013, société Fiat, reprochant à un concessionnaire sa résiliation unilatérale contraire à l'obligation de bonne foi.

<sup>533</sup> P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat : retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *Mélanges D. TRICOT*, Dalloz, Litec, 2011, p. 61 s.

est valablement formé, le créancier, même de mauvaise foi, peut en demander l'exécution. La solution paraît excessive, car dans certains cas, rares il est vrai, un créancier peut être porté à user de son droit de créance de manière abusive<sup>534</sup>. Mais malgré ces réserves, la solution a été confirmée<sup>535</sup>.

L'AUDCG ne définit pas la mesure et le domaine de la bonne foi. Et c'est finalement dans la jurisprudence qu'on peut trouver quelques repères permettant d'identifier les limites de l'exigence de bonne foi.

Le législateur communautaire met également à la charge des parties une certaine obligation de bonne foi au moment de l'inexécution des obligations.

## **Paragraphe 2 : L'exigence de la bonne foi au moment des difficultés d'exécution du contrat**

149. L'exigence de la bonne foi au moment des difficultés d'exécution du contrat se matérialise en droit OHADA par l'exigence pour le créancier d'une obligation inexécutée de minimiser l'étendue des conséquences de l'inexécution (A). Cette exigence à des justifications qui ne rassurent pas (B).

---

<sup>534</sup> Pau, 15 févr. 1973, JCP 1973.II.17584, note J.B. ; RTD civ. 1974.152, Obs. DURRY

<sup>535</sup> Cet arrêt juge que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ni à s'affranchir des dispositions impératives du statut des baux commerciaux ». Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2009, Pompéi, D. 2010.476, note J. BILLEMONT ; RTD civ 2010.105, obs. B. FAGES ; Dr. Et Patr. 2010, n° 194, p.103, obs. L.AYNES. Voir aussi Com., 15 mars 2011, SIEMENS, JCP E 2011.1482, n° 6, obs. J-B. SEUBE.

## A- La consécration de l'obligation de minimiser le dommage en droit OHADA

150. L'obligation de minimiser le dommage<sup>536</sup> apparaît comme une norme de conduite, nous dirons une norme de conduite supplémentaire, qui est imposée au créancier dans l'intérêt du débiteur. Elle se décompose en trois règles principales<sup>537</sup>.

La première règle édicte un comportement : le créancier, en cas d'inexécution du contrat, doit prendre les mesures raisonnables pour limiter le dommage qui en résulte pour lui. Il s'agit donc pour le créancier insatisfait de ne pas « se contenter » de subir le dommage ou de rester passif devant la défaillance du débiteur. Il doit faire diligence pour limiter la perte subie et le gain manqué en prenant toutes les mesures raisonnables que la situation ou les circonstances commandent. Dans cette perspective, il doit agir dans un délai raisonnable dès la découverte ou la connaissance de l'inexécution. En tout état de cause, l'obligation de minimiser le dommage s'apparente à une obligation de moyens, le créancier étant simplement obligé d'employer des moyens raisonnables en vue de limiter le dommage. Il n'est pas tenu de limiter ou de diminuer effectivement le dommage puisqu'il n'est garant d'aucun résultat. La jurisprudence anglaise décide que le créancier n'est pas dans l'obligation de prendre des risques financiers dans sa tentative de limiter ses pertes ni de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à sa réputation commerciale<sup>538</sup>. Cela dit, l'obligation de minimiser le dommage consiste quand même pour le créancier à se comporter comme le ferait un homme diligent placé dans les mêmes circonstances. Il doit prendre les mesures que l'on est en droit d'attendre raisonnablement de lui.

La deuxième règle énonce une sanction : le créancier qui n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter le dommage n'a pas droit à la réparation de la part du préjudice qu'il aurait pu éviter en déployant une diligence normale. Les Principes d'UNIDROIT<sup>539</sup> l'illustre clairement : « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». Cette règle porte atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice qui voudrait que la réparation octroyée à la victime soit « l'équivalent de la totalité du

---

<sup>536</sup> On peut la résumer par le terme *mitigation* du latin, *mitigare*, plus communément connu en pays anglo-saxon sous le terme de *duty to mitigate the damage*. Elle est admise dans la législation ou la jurisprudence de nombreux pays d'Europe, sous certaines réserves en cas de dommage corporel.

<sup>537</sup> A. AKAM-AKAM, « L'obligation de minimiser le dommage », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) François ANOUKAHA et Alain Didier OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p.70.

<sup>538</sup> O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd, 2000, n° 705, p. 408.

<sup>539</sup> Article 7.4.8 al. 1<sup>er</sup>.

dommage »<sup>540</sup>. Le manquement à l'obligation de minimiser le dommage par le créancier est donc sanctionné par la réduction de l'indemnité due par le débiteur défaillant. L'explication de cette sanction est que le dommage qui aurait pu être évité par la victime et qui ne l'a pas été ne trouve plus sa cause dans le fait dommageable initial. Il a source dans le comportement passif ou fautif de la victime elle-même. En définitive, la sanction affecte le droit à l'indemnisation de la victime. On déduit du préjudice réparable, la partie que le créancier aurait pu éviter au moyen de mesures raisonnables<sup>541</sup>.

La troisième règle prévoit une compensation : le créancier a droit au remboursement des dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice résultant de l'inexécution. Autrement dit, la victime de l'inexécution peut recouvrer les frais et les pertes encourues du fait de sa tentative de diminuer son préjudice réparable, pourvu qu'elle ait agi raisonnablement. Cette règle suscite une double interrogation.

Tout d'abord, la question se pose de savoir si le créancier a droit au recouvrement des frais exposés même si les mesures prises se sont avérées inefficaces à diminuer ou contenir le dommage. Force est d'observer que la plupart des systèmes juridiques qui prévoient l'obligation de minimiser le dommage n'abordent pas cet aspect du problème. Toutefois, il est admis en droit anglais que le créancier a droit au remboursement même si la tentative s'est soldée par un échec ou a conduit à une aggravation du préjudice<sup>542</sup>.

Ensuite, on s'interroge sur le droit au remboursement des frais dans le cas où le créancier n'a pu minimiser qu'en dépassant les mesures raisonnables. Il s'agit d'un dépassement de ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui dans le cadre de l'exécution de l'obligation de minimiser le dommage. Le professeur DABIN s'est prononcé en faveur du remboursement en ces termes : « Quant au surplus de diligence, l'équité commande qu'il profite à la victime, qui l'a payée de ses peines plutôt qu'à l'auteur du dommage, qui n'y avait aucun droit de la part de sa victime<sup>543</sup>. En revanche, la cour de cassation belge<sup>544</sup> se montre quelque peu réservée lorsqu'elle décide que « les frais exposés par le créancier pour limiter le dommage sont à la charge du cocontractant en défaut, à moins que celui-ci ne prouve que ces dépenses ont été exposées totalement ou partiellement de manière irréfléchie ».

---

<sup>540</sup> C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Thèse Paris I, PUAM 2002 ; préf. F. POLLAUD-DULIAN.

<sup>541</sup> La règle : réparer le préjudice, tout le préjudice et rien que le préjudice n'est plus de mise.

<sup>542</sup> O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, op. cit., p. 409.

<sup>543</sup> J. DABIN, « Examen de jurisprudence, la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *RCJB*. 1949, p.92.

<sup>544</sup> Cass. belge, 22 mars 1985, *RCJB*.1989.7, note KRUIHOF.

Telle est la substance de la théorie de la minimisation du dommage en matière contractuelle. Il apparaît que l'exécution ou l'inexécution par la victime de l'obligation de minimiser le dommage influe sur son droit à réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution de l'obligation par le débiteur.

151. C'est en matière de vente commerciale que le droit OHADA met expressément l'obligation de minimiser le dommage à la charge du créancier insatisfait. L'obligation de minimiser le dommage est ainsi formulée à l'article 293 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général du 07 Avril 1997 : « La partie qui invoque un manquement essentiel au contrat doit prendre toutes 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 en défaut peut demander une réduction de dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée ».

Il ressort de ce texte que le vendeur et l'acheteur sont tenus de limiter le dommage qui résulte d'un manquement essentiel au contrat commis par son cocontractant. Le champ d'application de l'obligation de minimiser le dommage est limité au seul cas d'une inexécution qui constitue un manquement essentiel. C'est dire qu'une inexécution qui n'est pas un manquement essentiel n'oblige pas le créancier (vendeur ou acheteur) à prendre des mesures raisonnables pour limiter la perte subie ou un gain manqué. La seule difficulté est alors de déterminer en quoi consiste un manquement essentiel. Pour ce faire, il faut faire recours à l'article 248 du même Acte uniforme aux termes duquel « un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat »<sup>545</sup>. Tout dépend en réalité des stipulations contractuelles. D'une manière générale, on peut, par exemple, considérer que dans le cas du contrat de vente, le manquement essentiel peut consister en une non-conformité matérielle ou fonctionnelle de la chose, en un vice caché entraînant un amoindrissement de l'usage de la chose<sup>546</sup>.

Quelles mesures peuvent prendre les parties au contrat de vente commerciale en cas de manquement essentiel ? L'Acte uniforme prévoit un certain nombre de mesures réparatrices. Celles-ci sont évoquées de manière incidente par l'article 265. Il ressort de ce texte, d'une part,

---

<sup>545</sup> E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *Penant*, n° 850, p. 96 s. ; E. DARANKOUM, « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *Annales FSJP Dschang*, tome 6, 2002, p. 177 s.

<sup>546</sup> C. MBA OWONO, « Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain », *Juridis Info*, Jan-avril 2011.

que l'acheteur peut, en cas de défaut de livraison ou de conformité de la marchandise, procéder à un achat de remplacement ; d'autre part, que le vendeur confronté à un défaut de paiement du prix par l'acheteur peut entreprendre la revente de la marchandise. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de mesures qui peuvent permettre soit à l'acheteur, soit au vendeur de limiter son préjudice. En contrepartie, ils ont droit au remboursement de la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la revente, indépendamment de tous autres dommages et intérêts.

Telles sont les principales mesures qui peuvent être prises par les parties au contrat de vente commerciale. Celles-ci sont libres, en fonction des circonstances, de prendre toutes mesures qu'elles jugeraient utiles et susceptibles de limiter leur préjudice, à condition qu'elles soient raisonnables.

Cette obligation a été étendue par le nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010.

152. C'est dans le nouveau livre VIII relatif à la vente commerciale que l'on retrouve désormais les dispositions qui consacrent, en droit OHADA, l'obligation de minimiser le dommage. En effet, l'article 293 de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit commercial général l'énonce en ces termes : « la partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain.

Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé ».

En disposant ainsi, l'Acte uniforme révisé étend considérablement le champ d'application de l'obligation de minimiser le dommage. Contrairement à l'article 266 de l'ancien Acte uniforme qui n'imposait une telle obligation au créancier qu'en cas de manquement essentiel, c'est-à-dire en cas d'une inexécution qui prive substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, le créancier de l'obligation, l'article 293 du nouveau texte invoque simplement l'inexécution de l'obligation. Ainsi, tout créancier confronté à une inexécution des obligations du contrat de vente commerciale se doit désormais de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter sa perte ou préserver son gain. Il est dès lors évident que de circonstancielle qu'elle était dans l'Acte uniforme initial, l'obligation de minimiser le dommage soit devenue systématique dans l'Acte révisé. Elle relève désormais des diligences normales attendues de

toute partie au contrat de vente commerciale et qui doit se comporter « en bon père de famille »<sup>547</sup>.

153. Le droit OHADA, au-delà du cas particulier de la vente commerciale, a même tenté de généraliser l'obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle. Inspiré des Principes UNIDROIT, l'article 7/26 de l'Avant-projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats consacrait, quoique de manière négative, l'obligation de minimiser le dommage<sup>548</sup>. Il dispose en effet, que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». C'est dire que le créancier, pour éviter la réduction de l'indemnité à laquelle il a droit en cas d'inexécution du contrat, doit prendre les mesures raisonnables en vue de limiter son préjudice. Par exemple, il peut, en cas de résolution du contrat, passer un contrat de remplacement dans un délai raisonnable. Dans ce cas, l'article 7/23 de l'Avant-projet précise qu'il a droit au recouvrement de la « différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement ».

En définitive, en instituant l'obligation de minimiser le dommage à la charge du créancier en cas d'inexécution, l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats a certainement voulu l'étendre à tous les contrats commerciaux<sup>549</sup>. De la sorte, il entend arrimer le droit des contrats OHADA à ce grand courant contemporain qui tend à l'extension de la mitigation en matière contractuelle<sup>550</sup>.

Mais à l'analyse, cette obligation consacre une passivité voir une incitation du débiteur à la mauvaise foi si l'on n'y prend garde. Le débiteur de l'obligation, non content de ne pas exécuter sa prestation se voit investi du pouvoir de rechercher dans le comportement de son créancier des failles pour lui faire supporter une partie des conséquences de son inexécution à lui. A y voir de près, dès lors qu'il y a une inexécution, il serait difficile pour celui qui cherche de ne pas voir une absence de diligence dans le comportement du créancier. Pourtant dans le lien d'obligation, le créancier est la partie sensée être le sujet passif ; celui à qui on doit la prestation contrairement au débiteur, sujet actif qui doit fournir la prestation conformément aux stipulations contractuelle. Avec cette invention venue tout droit des principes de la responsabilité civile délictuelle, on fait du créancier un sujet doublement actif de l'obligation car en plus d'avoir à exécuter sa part obligation dans le contrat il se voit obligé de veiller à ce

---

<sup>547</sup> A. AKAM-AKAM, « L'obligation de minimiser le dommage », *op. cit.*, p. 70.

<sup>548</sup> Article 7.4.8 des principes d'UNIDROIT.

<sup>549</sup> Voir aux contrats civils si le choix des instances compétentes de l'OHADA s'avère finalement d'étendre son application à tous les contrats.

<sup>550</sup> A. AKAM-AKAM, « L'obligation de minimiser le dommage », *op. cit.*, p. 79.

que le débiteur exécute la sienne et en cas de doute sur cette exécution, il doit prendre toute mesure idoine pour minimiser les conséquences de l'inexécution. Il ne serait pas exagérer de dire qu'au-delà d'un bon père de famille, cette théorie exige du créancier de se comporter en un être extraordinaire tout ceci au mépris du respect de la loi contractuelle sensée déterminer ceux à quoi chacun s'est engagé.

## **B- La justification controversée de l'obligation de minimiser le dommage**

154. Il n'est pas aisé de déterminer les fondements qui justifient l'obligation faite au créancier de modérer le dommage subi du fait de l'inexécution du contrat. D'une manière générale, on peut observer qu'une telle obligation repose sur la prise en compte de l'intérêt du débiteur défaillant. En effet, l'obligation de minimiser le dommage pèse sur la victime dans ses rapports avec l'auteur de celui-ci. Le débiteur de l'obligation est bel et bien l'auteur du dommage, c'est-à-dire le débiteur défaillant. Mais, la question reste de savoir pourquoi le créancier serait tenu de modérer le dommage dans l'intérêt de son cocontractant. La réponse varie certainement suivant les systèmes juridiques. Si dans les pays de *Common Law*, les fondements économiques commandent l'obligation de minimiser le dommage<sup>551</sup>, dans d'autres systèmes, on peut la rattacher à des considérations d'ordre moral ou juridique<sup>552</sup>.
155. En droit anglais ou en droit américain<sup>553</sup>, le fondement de l'obligation de minimiser le dommage est sans doute d'ordre économique<sup>554</sup>. En effet, elle est dictée par le double souci d'éviter les gaspillages économiques et de réduire le coût global de la responsabilité civile<sup>555</sup>. Dans cette perspective, on considère que les fonds qui auront été employés pour indemniser un créancier d'un préjudice qu'il n'aura pas modéré sont des fonds perdus, puisqu'ils ne seront pas

---

<sup>551</sup> E. ELLAND-GOLDSMITH, « La mitigation of damages en droit anglais », *RDAI.*, 1987.347.

<sup>552</sup> A. AKAM AKAM, « L'obligation de minimiser le dommage », *op.cit.* p.78.

<sup>553</sup> V. O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd, 2000, n° 705, p.408.

<sup>554</sup> Bien qu'esquissée dans des décisions antérieures, c'est surtout dans l'affaire *Dunkirk Colliery Co c/ Lever* (1972) qu'elle trouva sa formulation devenu classique. Le juge James précisa, en effet, que « les demandeurs sont en droit d'être indemnisés du montant intégral du préjudice qu'ils ont subi en raison de l'inexécution du contrat ; en même temps, celui qui n'a pas exécuté ne doit pas être assujéti à une perte supplémentaire provenant du fait que les demandeurs n'ont pas fait ce qu'ils devraient faire en tant qu'hommes raisonnables en vue de limiter l'importance du préjudice ». Elle sera encore mieux précisée par V. Haldane dans un arrêt rendu en 1912, en ces termes : « le principe fondamental, c'est l'indemnisation de la perte pécuniaire découlant normalement de l'inexécution. Mais ce premier principe est corrigé par un deuxième, qui impose au demandeur le devoir de prendre toutes les mesures raisonnables en vue de limiter l'importance de la perte résultant de l'inexécution, et lui interdit de réclamer la perte causée par sa passivité. »

<sup>555</sup> H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *rapport au colloque du CEDAG*, préc. P. 45.

réinvestis. L'objectif poursuivi est alors d'éviter que le créancier n'attende passivement d'être indemnisé pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter, car il n'est pas raisonnable, d'un point de vue économique, de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire. Selon une doctrine avisée<sup>556</sup>, la mitigation repose sur une conception qui est étroitement solidaire de l'environnement institutionnel des remèdes à l'inexécution du contrat dans la *Common Law* et ne se comprend qu'au regard d'un choix idéologique en faveur de l'efficacité économique du contrat.

Il apparaît ainsi que dans les systèmes de *Common Law*, l'obligation de minimiser le dommage s'inscrit dans une logique d'efficacité juridique qui vient primer les exigences contraires de la force obligatoire du contrat et du principe de la réparation intégrale du préjudice. Elle est, en quelque sorte, soumise aux impératifs particuliers de la vie des affaires ou du fonctionnement du commerce international.

156. Dans les autres systèmes juridiques, divers fondements ont été invoqués pour justifier l'imposition de minimiser le dommage au créancier. Certains peuvent être rattachés à des exigences d'ordre moral, d'autres à des éléments juridiques.

Sur le plan moral, l'obligation de minimiser le dommage a été fondée soit sur l'idée d'équité, soit sur la notion de bonne foi.

Le recours à l'équité a été justifié dans la mesure où celle-ci a pour vocation de corriger les lois, de les seconder ou de suppléer à leur défaillance. Certains auteurs<sup>557</sup> estiment que sur le fondement des principes d'équité, on peut effectivement imposer à la victime de prendre toutes mesures utiles pour limiter le dommage. Or, faut-il le relever, l'antinomie entre les notions de règle de droit et d'équité fait en sorte que celui-ci puisse, à elle seule justifier qu'on mette une telle obligation à la charge du créancier.

La bonne foi a été d'un secours aussi pour justifier l'obligation de minimiser le dommage. En vertu des exigences de la bonne foi, le créancier pourrait être tenu de minimiser le dommage qui résulte pour lui de l'inexécution du contrat par le débiteur. Il s'agit ici d'avoir recours à la fonction complétive de la bonne foi au sens de l'article 1135 du Code civil qui permet de compléter les obligations contractuelles découlant soit de la loi, soit des clauses du contrat. Dans cette optique, l'obligation de minimiser le dommage serait en quelque sorte une obligation « survivant au contrat »<sup>558</sup>. Ainsi dans cette période post-contractuelle, la bonne foi imposerait au créancier insatisfait de veiller non seulement sur ses intérêts, mais aussi sur ceux du débiteur

---

<sup>556</sup> Ibid.

<sup>557</sup>A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *RCJB*. 1953, p. 281.

<sup>558</sup>M. FONTAINE, « Les obligations survivant au contrat dans les contrats internationaux », *RDAL*. 1984.1.

en défaut. Comme l'a bien montré M. LOISEAU, le principe de bonne foi doit déborder la stricte exécution du contrat<sup>559</sup>. Il écrit :

« Gouvernant les comportements individuels en deçà du contrat, dans la période précontractuelle, pourquoi ne les saisirait-il pas aussi au-delà du contrat, dans un champ post-contractuel ? Certes, les parties ne sont plus liées l'une à l'autre et ne se doivent matériellement plus rien ; mais leur relation passée n'en a pas moins consacré des intérêts mutuels qu'elles ne peuvent ignorer et les a réunies sur un projet commun dont il ne peut être fait abstraction. Disons-le autrement, les contractants ne se transforment pas, au lendemain du contrat, en *penitus extranei*. Dès lors la loyauté qu'ils se devaient en partageant la condition de contractant ne saurait totalement s'achever à l'issue du contrat ; à l'occasion, la bonne foi doit pouvoir dépasser les bornes contractuelles ». Telle est en tout cas la conception de l'article 1375 du Code civil québécois qui prévoit que le principe de bonne foi gouverne la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. Quant aux explications d'ordre juridique, il faut relever que c'est dans les mécanismes même de la responsabilité que l'on a essayé de retrouver les fondements généraux de l'obligation de minimiser le dommage. On a ainsi invoqué la faute de la victime, la faute dans la gestion d'affaires ou l'abus de droit<sup>560</sup>.

L'idée d'envisager la faute de la victime comme fondement de l'obligation de minimiser le dommage serait alors de considérer que le créancier commet une faute lorsqu'il ne prend pas les mesures raisonnables pour limiter son préjudice. Il s'agit d'une faute envers le débiteur défaillant auteur du dommage dont il a souffert. Cette faute consiste à laisser s'aggraver le dommage ou de ne rien faire pour le réduire ou l'endiguer, de sorte que la charge de réparation qui pèse sur le débiteur s'alourdit forcément. Vu de cette manière, le fait d'avoir laissé le dommage s'aggraver apparaît bien comme un fait qui cause à autrui un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil. La doctrine allemande partage cette vision. En mettant l'accent sur le fait que l'obligation de la victime de minimiser le dommage s'inscrit dans la « relation juridique spéciale » entre les parties, elle a surtout montré que la violation de cette obligation peut constituer une faute envers l'auteur du dommage initial, débiteur de la réparation.

Pour fonder l'obligation de minimiser le dommage, il a été également fait recours à la gestion d'affaires. L'idée consiste à considérer que le fait pour le créancier de ne pas avoir modéré le

---

<sup>559</sup>G. LOISEAU, « Au-delà du contrat : la bonne foi post-contractuelle ? », note ss Civ., 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, *JCP G* 2005.II. 10173.

<sup>560</sup>A. AKAM AKAM, « L'obligation de minimiser le dommage », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p. 72.

préjudice comme « une omission fautive dans la gestion des intérêts du débiteur de la réparation »<sup>561</sup>. Malgré son intérêt, on peut cependant tout de suite objecter à cette opinion que la gestion d'affaire étant par essence volontaire, celle-ci ne saurait être invoquée directement à l'appui de l'obligation de minimiser le dommage qui a un caractère légal ou conventionnel.

Enfin, l'abus de droit a été évoqué comme fondement de l'obligation de minimiser le dommage. On considère que la victime qui ne prend pas les mesures qui s'imposent en vue de limiter son préjudice fait un usage abusif de son droit à réclamer la réparation intégrale. Pour la doctrine belge qui a défendu cette idée, « le titulaire d'un droit n'est pas fondé à épuiser âprement toutes les prérogatives qu'il lui confère, sans le moindre souci des intérêts de celui à qui il peut l'opposer<sup>562</sup>.

Au total, aucun de ces fondements ne donne entière satisfaction pour expliquer ou justifier l'existence de l'obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle. Pas même la bonne foi prise dans une conception extensive<sup>563</sup> comme le veut une certaine doctrine<sup>564</sup>. L'obligation de minimiser le dommage fait partie de ces « nouveaux devoirs des contractants » qu'un auteur a si bien exposés<sup>565</sup> et qui viennent alourdir la charge du créancier.

---

<sup>561</sup> R. O. DALCO, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RGAR*. 1987, n°11271, p. 5.

<sup>562</sup> A. DE BERSAQUES, *L'abus de droit, op.cit.*, p. 281.

<sup>563</sup> Il s'agit d'une conception extensive de la bonne foi qui impose aux deux parties ; créancier et débiteur ; de se comporter loyalement l'une à l'égard de l'autre dans toute les phases du processus contractuel et bien entendu dans la phase post-contractuelle. Parce qu'elle véhicule une éthique du comportement dans les rapports contractuels, la bonne foi justifierait valablement que le créancier insatisfait soit tenu de prendre les mesures raisonnables pour limiter le préjudice subi. C'est dire que l'après-contrat qui garde souvent en mémoire la relation passée peut conduire à exiger le respect par le créancier des intérêts du débiteur.

<sup>564</sup>B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, *Nouvelle bibliothèque de Thèses*, vol.5. 2001. ; G.LOISEAU, *op.cit.*, p. 2314.

<sup>565</sup> J. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD), Dalloz, 2003, p. 99.

## Conclusion première partie

157. On aurait pu penser, à la lecture de l'article 1134 du code civil de 1804 qui constitue encore le droit commun dans certains Etats francophones membres de l'OHADA que le débat n'allait jamais exister sur le droit du créancier à l'exécution de la prestation qui lui a été promise. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » énonce le premier alinéa de cet article. Mais l'article 1142 du même code est venu ruiner toute cohérence dans la tête des lecteurs. « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » et à sa suite l'article 1184 vient disposer que « ...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 et intérêts.

Depuis lors, le lien entre obligation contractuelle et l'exécution de la prestation telle que promise est brisé sinon n'est plus linéaire. Une dissociation très nette existe entre le droit de créance, d'un côté, et le droit à son exécution forcée, de l'autre. Nous avons vu que les origines de cette perturbation du lien entre l'obligation et son exécution remontent au passage du droit romano germanique au droit français avec l'omission des obligations de praestere. Malgré l'absence de ces obligations dans le code civil, on retrouve leur régime juridique dissimilé sur les autres obligations identifiées dans le code. Egalement la présentation faite par les rédacteurs du code civil n'a pas été de nature à faciliter la vue panoramique qu'on devrait avoir sur les suites à donner à l'inexécution contractuelle. Dans la lettre de ces dispositions, le droit sans ambiguïté pour le créancier à l'exécution en nature de la prestation qui lui a été promise est absent dans le code civil. Il a fallu l'œuvre combinée de la jurisprudence et de la doctrine pour construire un droit à l'exécution. Mais pour des raisons de protection des libertés individuelles, d'ordre social et de plus en plus d'ordre économique, ce droit à l'exécution est toujours limité. Le créancier d'une obligation contractuelle ne peut plus toujours compter sur le juge pour obtenir, par la force, l'objet précis de ce qui lui avait été promis, il doit souvent se contenter d'une exécution dite par « équivalent ». Or, pour nous, dans la pureté des principes l'expression exécution « en nature » est pour le moins ambiguë, voire « trompeuse ». L'exécution est en nature ou, tout simplement, elle n'est pas; elle est seulement susceptible d'être spontanée ou imposée. Plus prosaïquement, comme l'avait observé M. AYNES, l'exécution par équivalent

n'emporte jamais l'équivalent de l'exécution<sup>566</sup>. Elle constitue simplement une compensation, sous forme monétaire, au profit du créancier qui n'a pu obtenir une exécution spontanée de son débiteur.

158. C'est ce droit construit avec ses limites qui est passé dans le droit positif des Etats africains. Au lendemain des indépendances, des Etats comme le Sénégal ont décidé d'avoir leur propre réglementation. Cet effort de démarcation de la législation coloniale est salubre en ce sens que des avancées ont été notées. Il s'agit de la réglementation de la caducité de l'offre en cas d'incapacité ultérieure ou de décès du pollicitant, du transfert de propriété solo consensus, de la consécration de la liberté contractuelle, de l'exception d'inexécution, de la possibilité de demander au juge de réduire l'obligation du créancier à sa demande suite à un manquement grave du cocontractant, de la cession du contrat. Mais aussi et surtout de la démarcation affichée au sujet de l'exécution des obligations de donner et d'autre part à l'exécution des obligations de faire. Hélas, le législateur sénégalais a repris à son compte des positions jurisprudentielles et doctrinales françaises qui ne font pas la part belle à l'exécution en nature. Il en est ainsi du régime des obligations de donner et de l'inefficacité des pactes d'actionnaire en cas de violation par le promettant de sa promesse. Le législateur communautaire de l'OHADA, à l'instar du législateur sénégalais, s'est départi de la législation de droit commun français reçue à bien des égards<sup>567</sup>. Mais la réglementation qu'il fait de la bonne foi fait craindre que cette notion ne soit un nid pour l'inexécution.
159. Du côté du droit français, la réforme intervenue pour moderniser le droit des obligations et tenir compte des critiques antérieures laisse perplexe sur l'orientation du droit français vers des considérations beaucoup plus économiques que juridiques en ce qui concerne l'exécution des obligations en nature. Le droit français, source historique des législations des Etats francophones d'Afrique, fait donc prédominer dans sa législation des considérations économiques faisant écho au courant doctrinal de l'analyse économique du droit. Les Etats africains doivent-ils suivre ce mouvement ? Ceci vient relancer l'épineuse question des

---

<sup>566</sup>A. BENABENT, L. AYNES, T. REVET, O. DESHAYES, P. STOFFEL-MUNCK, Y. M. LAITHIER, J. FRANCOIS, D. MAZEAUD, La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016), Revue des contrats 01 avril 2016 n° Hors-série.

<sup>567</sup> Caractère impératif de la notion de bonne foi de l'article 237 AUDCG révisé, la considération des usages professionnels et des pratiques établies comme principale sources d'interprétation de la volonté des parties, le maintien du contrat qui conserve une certaine utilité économique, l'aménagement de la résolution unilatérale de l'article 281 alinéa 2 de l'AUDCG révisé, l'aménagement de l'exception d'inexécution de l'article 282 de l'AUDCG révisé.

référents du droit dans l'espace OHADA ainsi que le poids de ces référents dans l'édification des normes dans cet espace.

Pour permettre une certaine fidélité des normes présentes dans l'espace OHADA avec les objectifs de cet espace communautaire, il faut aller à un recours beaucoup plus important, c'est-à-dire à la densification du droit à l'exécution en nature.

## Seconde partie : La nécessité du recours à un droit à l'exécution forcée légitimé par les valeurs africaines

160. Le législateur crée la norme générale et impersonnelle. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Les juges sont ainsi, selon une certaine conception, « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>568</sup>. La tradition républicaine française dont a hérité la grande majorité des Etats africains est restée fortement imprégnée de la crainte révolutionnaire du retour du pouvoir des juges siégeant aux Parlements de l'Ancien Régime, et du principe de la souveraineté de la Loi ayant induit la toute-puissance du législateur. C'est donc une approche de la construction juridique fondamentalement opposée à celle que l'on peut trouver dans les systèmes de *Common Law* des pays anglo-saxons, dans lesquels la jurisprudence est la principale source du droit. Malgré l'article 5 du Code Civil de 1804, qui empêche le juge de prononcer des arrêts de règlement<sup>569</sup>, il est aujourd'hui admis que le juge ne se contente pas d'appliquer la volonté du législateur sans y apporter de la clarté et des précisions ; or, en précisant, le juge ajoute au texte législatif. On en déduit donc que le juge soit aussi considéré comme source de droit, même si cette autorité suscite des controverses.
161. Autour du législateur et du juge rodent les tenants de la doctrine. Le terme doctrine, d'origine latine vient de « *doctus* » qui signifie savant ou dans un sens plus général la communauté des savants dans une discipline donnée. Elle désigne un ensemble d'opinions, le plus souvent écrites et publiées, formulées par des juristes ou par la communauté des juristes. Ces opinions sont le résultat de réflexions portant sur une règle ou sur une situation juridique. Ces opinions ainsi formulées font autorité<sup>570</sup>. Le rôle de la doctrine est d'ordre scientifique. Elle clarifie et ordonne le droit existant ; elle esquisse et inspire le droit à venir<sup>571</sup>. Mais on ne peut dire que les opinions qu'elle émet constituent par elles-mêmes des règles juridiques. D'un autre côté, comme

---

<sup>568</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1993, 486p.

<sup>569</sup> Lequel article trouve ses limites dans l'article 4, qui lui interdit de ne pas statuer 'sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi'. Cet article admet en effet la nécessité d'une interprétation du texte de loi qui présente des lacunes.

<sup>570</sup> En droit romain, les Institutes partie intégrante du corpus iuris civilis n'étaient-ils pas que le regroupement de toutes les opinions et avis des jurisconsultes sous l'empereur Justinien.

<sup>571</sup> G. MARTY et P. RENAUD, « Droit civil, Les obligations », t.I et t.II, vol.I, in *RIDC*, vol. 15, N°1, Janvier-mars 1963, p. 214.

l'enseigne le professeur MALAURIE, la doctrine est le miroir du droit, sa première mission est donc de l'expliquer tout entier<sup>572</sup>. Il s'agit dès lors de rendre clair ce qui est confus, de mettre en ordre un certain nombre de solutions hétéroclites. Le rôle majeur de la doctrine est de comprendre et de faire comprendre le droit. Il y a donc une dimension créatrice car inévitablement décrire le droit, c'est le reconstruire et contribuer à son évolution. Ainsi, par l'interprétation, la doctrine fait émerger des principes généraux qui, à terme, peuvent inspirer ou influencer le juge ou le législateur.

162. En matière d'exécution des obligations contractuelles, la jurisprudence est toujours mouvante ; la doctrine toujours vivante et active. La jurisprudence de la plupart des Etats membres de l'OHADA, par suivisme des solutions occidentales, est venue parachever l'œuvre de cantonnement de l'exécution en nature des obligations. Ce constat se fait de manière invariable dans les Etats de référence choisis pour la présente étude. Qu'on soit en présence d'Etat comme le Bénin qui applique encore le code civil français de 1804, ou d'Etat comme le Sénégal qui applique son COCC, ou bien même de la juridiction communautaire de l'OHADA qui applique les Actes Uniformes intégrés à la législation des Etats membres, la jurisprudence fait la part belle à l'exécution par équivalent. L'élaboration d'une construction normative stricte en matière de droit à l'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA basée sur des réflexions doctrinales endogènes est nécessaire à la restauration de ce droit. Cette construction passe par une densification, c'est-à-dire un recours de plus en plus croissant à l'idéologie qui structure les sociétés et les droits traditionnels africains. Pour que cette densification se fasse sans incohérence dans l'espace OHADA, il faut procéder dans un premier temps à une élimination des concepts qui lui sont nuisibles (Titre 1). Ensuite, il faut orienter le droit à l'exécution de sorte qu'il soit en adéquation avec les objectifs de l'OHADA (Titre2).

---

<sup>572</sup> P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Introduction générale*, par P. MALAURIE, CUJAS, 2e édition, 1995, p. 246.

## **Titre 1 : L'élimination des concepts nuisibles au droit à l'exécution forcée**

163. En jurisprudence de la majeure partie des Etats membres de l'OHADA, l'exécution forcée en nature des obligations de donner ne pose pratiquement pas de problème. Le bien à transférer devenant la propriété du cocontractant dès accord des volontés et l'action en saisie revendication ou appréhension ne soulève pas de grands débats théoriques.

Comme on pouvait s'y attendre l'exécution qui pose des difficultés théoriques et pratiques en jurisprudence, dans les Etats Africains membre de l'OHADA qui ont en grande partie dans leur droit positif le Code civil français de 1804, reste et demeure l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire. La France elle-même pour palier à ces difficultés d'exécution a, dans sa réforme de 2016, supprimé du moins formellement la distinction entre les obligations<sup>573</sup>.

Pour mieux montrer ces difficultés dans l'espace OHADA, nous prendrons comme appui une certaine jurisprudence de la Cour Commune et de Justice (CCJA) de l'OHADA.

164. La CCJA, juridiction transnationale dans l'ordre juridique OHADA va très loin dans l'affirmation de cet ordre juridique en dégagant des principes généraux du droit à partir du fonds commun de valeurs et de normes de l'espace OHADA.

Elle a ainsi affirmé, par exemple en matière de preuve, « qu'il est de règle que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et que « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »<sup>574</sup>. Elle a par ailleurs aussi affirmé qu' « il est de principe, d'une part, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de compléter ni de modifier la clause de révision adoptée par les parties (...) »<sup>575</sup>. Mais pour autant, la CCJA ne se démarque pas de certaines tendances moderne occidentale surtout en matière de suites à donner à une inexécution contractuelle.

Il va donc falloir que la juridiction suprême chargée de fixer l'état du droit dans l'espace OHADA et dont les juridictions de fond de chaque Etat membre doivent s'inspirer au risque de

---

<sup>573</sup> Art. 1221 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

<sup>574</sup> CCJA, arrêt n° 13, 18 mars 2004, Fotoh, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J, 08-68.

<sup>575</sup> CCJA, 2ème ch, arrêt n°4, 9 mars 2006, Société ivoirienne de promotion de supermarchés, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J, 07-11.

voir disparaître leur décision<sup>576</sup>, se démarque de ces tendance en allant puiser dans l'originalité de l'espace qu'elle couvre (Chapitre2). Cette démarcation passe en amont par la suppression de certains concepts qui ne sont qu'en réalité que de faux concepts (Chapitre 1).

## Chapitre 1 : La suppression des faux concepts

165. Lorsque l'on fait une étude sur les mécanismes juridiques hors du statut personnel<sup>577</sup> des individus en Afrique, et plus précisément dans les Etats africains de tradition juridique française qui se retrouvent majoritaires dans l'espace OHADA, on arrive souvent au constat que ces Etats adoptent en l'état, les critères dégagés par la jurisprudence française. L'adoption en elle-même de ces solutions n'est pas péjorative ; la roue ne se réinventera plus. Mais le regret c'est de constater que les errements, les contre-performances, les balbutiements du système juridique français ne servent pas de leçon pour un saut dans le futur et pour l'adoption de mécanisme à la pointe de l'évolution intégrant au mieux les réalités africaines. Ceci porte le grief de ne pas répondre effectivement aux exigences des Etats africains, le monde des affaires étant encore en construction dans la presque majorité des Etats membres de l'OHADA.
166. L'invention en France d'une « responsabilité contractuelle » taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle est postérieure au Code civil de 1804 : le Code envisage en effet les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat comme un mode de paiement forcé de l'obligation ; un effet de l'engagement contracté et non comme la réparation d'un dommage injustement causé c'est-à-dire la sanction d'un délit. Le glissement du concept s'est opéré à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et transparait encore aujourd'hui dans la jurisprudence des Etats africains ci-dessus indiqués<sup>578</sup>. Les conséquences de ce glissement sont considérables : d'un côté, les schémas de la responsabilité délictuelle ont envahi et déformé le régime du contrat. L'utilisation de la « responsabilité contractuelle » pour réparer des dommages extra-contractuels comme les dommages causés à la personne d'un cocontractant perturbe et complique le système de

---

<sup>576</sup> La CCJA de l'OHADA est considérée comme un troisième degré de juridiction dans l'espace OHADA. En effet d'après le traité de l'organisation, quand elle casse une décision, elle a le pouvoir de l'évoquer et de statuer sur le fond contrairement à la majeure partie des juridictions suprêmes. Une décision d'une juridiction de fond non conforme à l'interprétation du droit émanant de la CCJA échappe donc totalement à cette juridiction puisqu'elle n'aura pas l'occasion d'être saisie sur renvoi après cassation.

<sup>577</sup> Le statut personnel se rapporte à l'état et à la capacité des personnes, à la nationalité et à la condition des étrangers.

<sup>578</sup> L'arrêt de la CCJA qui est l'unique juridiction suprême donnant l'interprétation du droit dans l'espace OHADA au sujet de l'affaire Etat béninois contre Bénin Control SA en dit long.

responsabilité civile <sup>579</sup> (section 1). D'un autre côté, le concept même d'exécution par équivalent n'arrange en rien les suites à donner à une inexécution contractuelle (section 2).

## **Section 1 : Le faux concept<sup>580</sup> identifié : la responsabilité contractuelle**

167. Depuis plus d'un siècle, l'habitude a été prise de traiter l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité civile. Une responsabilité contractuelle certes, qui est distincte de la responsabilité délictuelle, mais construite à son image. Exprimant cette idée moderne de la responsabilité contractuelle, le doyen CARBONNIER écrit ainsi que « le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (Art. 1382-1383) »<sup>581</sup>. Ce concept d'une responsabilité contractuelle ayant une fonction de réparation des dommages injustement causés s'oppose à la conception du Code civil, selon laquelle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une fonction d'exécution par équivalent<sup>582</sup>.

Nous aborderons successivement le passage de la responsabilité délictuelle à la construction d'une responsabilité contractuelle (Paragraphe 1), ainsi que les suites de la conceptualisation de cette responsabilité contractuelle (Paragraphe 2).

---

<sup>579</sup> P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p. 323.

<sup>580</sup> P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz-Action, 2002, n° 812 et s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 ; P. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op.cit.*, p. 324.

<sup>581</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22e éd. refondue 2000, n° 372, p. 257.

<sup>582</sup> P. MALAURIE et L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2016, p. 808 et s.

## **Paragraphe 1 : De la responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle**

168. Dans le droit positif des Etats francophones d'Afrique, la responsabilité contractuelle combine les deux fonctions de réparation et de paiement forcé<sup>583</sup>.

TALLON a montré comment le concept moderne de responsabilité contractuelle empêchait de bâtir une présentation cohérente des remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution du contrat<sup>584</sup>. De leur côté, Le TOURNEAU et CADIET, dans leur traité de la responsabilité, mettent clairement en relief les difficultés résultant de l'intrusion, dans le régime de la défaillance contractuelle, de schémas empruntés, plus ou moins consciemment, à la responsabilité délictuelle<sup>585</sup>. Nous nous attacherons à décrire comment s'est opéré ce glissement de concept en jurisprudence (A), et les conséquences qui en ont résulté (B).

### **A- La consolidation jurisprudentielle du concept de la responsabilité contractuelle**

169. La responsabilité contractuelle a ses origines lointaines dans l'œuvre de PLANIOL<sup>586</sup>. A la suite de PLANIOL, ESMEIN partisan de l'unité entre les deux types de responsabilités assimile complètement les fondements des deux responsabilités<sup>587</sup>. Pour lui<sup>588</sup>, la faute apparaît comme l'inexécution d'une obligation légale puisque c'est la loi qui nous oblige à exécuter les engagements que nous avons assumés<sup>589</sup>. La faute étant la même dans le contrat comme dans le délit, la sanction devrait être la même, sauf différences de détails à justifier dans chaque

---

<sup>583</sup> J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978.

<sup>584</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD. Civ.* 1994, p. 223 et « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges Cornu*, 1995, p. 429.

<sup>585</sup> P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n° 220 et s. et 1481 et s.

<sup>586</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 4e éd., 1907, n° 227, p. 82.

<sup>587</sup> ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *Mélanges Ripert*, 1950, II, p. 101.

<sup>588</sup> Même dans la responsabilité contractuelle.

<sup>589</sup> Conclusion typique de la doctrine pantimétique : « La société nous fixe des règles de conduite sans lesquelles la vie en commun serait impossible. Elle nous commande avec la même force d'exécuter les ordres qu'elle nous donne elle-même et les engagements que nous avons volontairement assumés. Comment concevoir alors que les principes de la sanction diffèrent suivant l'origine de l'obligation ? Seules sont admissibles des différences sur des points spéciaux, à condition d'être sérieusement justifiées ». P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD. Civ.* 1933, p. 627.

cas<sup>590</sup>. Mais pour des auteurs comme MAZEAUD<sup>591</sup> partisan de la doctrine dualiste plus prudente, il n'y a certes pas de différence fondamentale entre les deux responsabilités<sup>592</sup>, mais il existe des différences accessoires tenant à la source, volontaire ou légale des obligations violées<sup>593</sup>. Une seule nature, mais des différences de régime plus ou moins justifiables selon qu'on est ou non volontariste. C'est cette doctrine qui fera l'opinion majoritaire<sup>594</sup>.

170. La consolidation définitive du concept de responsabilité contractuelle viendra de deux faits jurisprudentiels presque concomitants : l'irruption de l'obligation contractuelle de sécurité, puis le succès de la distinction des obligations de moyens et de résultat.

L'introduction de l'obligation de sécurité dans les contrats a définitivement ancré la responsabilité contractuelle dans une fonction de réparation, où elle concurrence désormais la responsabilité délictuelle.

Au tournant du XX<sup>ème</sup> siècle, la responsabilité contractuelle a été une voie offerte aux contractants victimes d'un dommage corporel pour échapper à la nécessité de prouver la faute de l'auteur du dommage. On force le contrat pour y faire entrer une garantie de sécurité ; la victime invoquera l'inexécution du contrat plutôt que le délit et l'article 1147 du code civil de 1804 la dispensera de prouver la faute du débiteur de sécurité<sup>595</sup>. La contractualisation de ce type de dommage était donc comme un procédé d'objectivation de la responsabilité.

171. Comme on le sait, l'obligation de sécurité pénètre d'abord le contrat de transport<sup>596</sup>. En matière de transport, l'article 1782 du code civil de 1804 fournissait le modèle d'une obligation accessoire de conservation des choses qui sont confiées au voiturier. Celui-ci est tenu de la perte et des avaries, sauf à prouver le cas fortuit ou la force majeure<sup>597</sup>. Cette obligation de conservation a été étendue *a fortiori* aux personnes<sup>598</sup> malgré que la jurisprudence de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle refusait la voie contractuelle à la victime de l'accident de transport, comme elle

---

<sup>590</sup> C'est la doctrine pantimétique.

<sup>591</sup> H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1<sup>re</sup> éd. 1931, n° 100 et s.

<sup>592</sup> Elles sont même fondées sur la faute.

<sup>593</sup> D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *op. cit.* p. 437.

<sup>594</sup> Consacrée par la Thèse de BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lyon, 1930.

<sup>595</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.* 1994, *Chron.*, p. 81.

<sup>596</sup> L'accident de transport étant avec l'accident du travail, l'autre grand type d'accident de la société machiniste et la doctrine de Saintelette visant d'ailleurs explicitement à couvrir de la garantie contractuelle aussi bien les accidents de transport que les accidents du travail.

<sup>597</sup> Art. 1784 du même code.

<sup>598</sup> LALOU, « Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant "sain et sauf" », *DH* 1931.*Chron.*37.

l'avait refusée à l'ouvrier victime d'un accident du travail<sup>599</sup>. Ce revirement<sup>600</sup> a été le signe que s'acclimate, en droit positif français dont s'est inspiré les Etats de l'espace OHADA, l'idée que la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle partagent une même fonction, et ont une même nature<sup>601</sup>. Ce qui est recherché, c'est l'avantage probatoire que confère à la victime le régime du contrat par rapport au régime du délit.

Le procédé est si commode qu'il gagne très rapidement, en jurisprudence, d'autres opérations à part les contrats de transport<sup>602</sup>. C'est le cas de la réparation des dommages causés par les produits défectueux<sup>603</sup> où la haute juridiction française décide que « le vendeur professionnel tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur »<sup>604</sup>. Ainsi, l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>605</sup> constitue *ipso facto* une faute délictuelle à l'égard des tiers : on saute donc l'obstacle de l'effet relatif, puisque l'action du tiers reste une action délictuelle, fondée sur l'article 1382 ; mais on voit bien que la faute délictuelle du vendeur, définie comme le manquement à son obligation contractuelle de livrer

---

<sup>599</sup> Civ. 10 nov. 1884, S. 1885.1.129, D. 1885.1.433, note crit. Sarrut ; Civ. 13 mars 1895, S. 1895.1.258 ; Civ. 1<sup>er</sup> mai 1899, D. 1899.1.558.

<sup>600</sup> Trois arrêts : Civ. 21 nov. 1911 (S. 1912.1.73, note Lyon-Caen ; D. 1913.1.249, 1<sup>re</sup> esp.) ; Civ. 27 janv. 1913 (S. 1913.1.17 ; D. 1913.1.249, 2<sup>e</sup> esp.) ; Civ. 21 avr. 1913 (S. 1914.1.5, note Lyon-Caen ; D. 1913.1.249, concl. Sarrut). Les deux premiers arrêts ne règlent que des questions de compétence territoriale ; c'est seulement dans le troisième arrêt (*C<sup>e</sup> du Chemin de fer de Paris à Orléans c/ Vve Donat*) que la Cour de cassation utilise ce procédé pour appliquer l'art. 1147 et évincer les articles 1382 et 1383.

<sup>601</sup>A propos de la distinction de l'acte juridique et du fait juridique, cette question est longuement débattue à l'aide des « données de la science du droit » et de la « pure technique juridique » - l'accent étant mis sur l'idée que la responsabilité délictuelle est « de droit commun » et que la responsabilité « contractuelle » n'en est qu'un « dérivé » (d'où BONNECASE, au n° 506, conclut « scientifiquement » que « le domaine du fait juridique... englobe... celui de l'acte juridique »). BONNECASE, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, 1925, II, n° 452 et s.

<sup>602</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2006, p. 287. ; H. GROUDEL, « Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats ? », *RCA* 1990.chron.16.

<sup>603</sup> Le réflexe contractualiste a resurgi avec la réparation des dommages causés par les produits défectueux. Ici encore, le plus simple, *de lege ferenda*, aurait été de construire un régime uniforme de responsabilité délictuelle objective des fabricants. Mais, dans le silence de la loi, la jurisprudence a suivi la pente, plus facile pour elle, de la contractualisation des dommages. La garantie des vices transportera donc avec elle l'obligation de sécurité jusqu'au bout de la chaîne des ventes ; et quand l'on en viendra, pour cause de trop brève prescription, à détacher l'obligation de sécurité de la garantie, la transmission *de plano* de toutes les actions contractuelles en responsabilité aura déjà été admise.

<sup>604</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, D. 1995.350, note JOURDAIN, RTD civ. 1996. 634, obs. JOURDAIN ; JCP 1995.1.3853, obs. G. VINEY ; *RCA* 1995.chron. n° 16, obs. GROUDEL ; *RGAT* 1995.674, nos obs. 529.

<sup>605</sup> Livrer un produit exempt de vice.

un produit non défectueux, n'est pas détachable du contrat<sup>606</sup> : sa faute délictuelle est en réalité une faute purement contractuelle<sup>607</sup>.

C'est également le cas de l'obligation de sécurité quant aux biens<sup>608</sup>. La jurisprudence utilise notamment cette expression en matière de responsabilité du fait des produits ; elle a été précédée par une partie de la doctrine<sup>609</sup>. Le rattachement au contrat d'une obligation de sécurité quant aux biens a pour conséquence de contractualiser un dommage dont la nature est délictuelle. Il en résulte, comme pour la réparation des dommages corporels, d'incertains conflits de frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ; on trouve des exemples de cette incertitude dans les cas où un entrepreneur cause, dans l'exécution du contrat, un dommage aux biens du maître de l'ouvrage chez qui il travaille<sup>610</sup>.

La concurrence du délit et du contrat s'est compliqué de deux façons<sup>611</sup>. Du côté du délit, le triomphe d'un principe général de responsabilité du fait des choses donne fréquemment aux victimes d'accidents corporels le même avantage probatoire que celui qu'on cherche à leur offrir avec la créance de sécurité ; or, dans maintes situations contractuelles, le dommage est causé à l'une des parties par une chose appartenant à l'autre partie, ou fournie par elle, ou manipulée par elle<sup>612</sup>. On note également une nouvelle complication dans la structure du système de réparation des dommages corporels ; les tiers auront avantage à accrocher chaque fois qu'ils le pourront leur action délictuelle à la violation d'une obligation contractuelle de sécurité plutôt qu'à la garde de la structure qui leur permettait elle aussi de rechercher, mais dans des conditions plus

---

<sup>606</sup> Ce n'est pas une « faute délictuelle prise en elle-même, indépendamment du point de vue contractuel », selon une autre formule de la Cour de cassation ; V. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2006.402.

<sup>607</sup> H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *RTD. civ.* 1936.1 ; MAZEAUD-TUNC, I, n° 103-9.

<sup>608</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, p. 328, texte et note 33. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, D. 1989.381, note MALAURIE, *RTD. civ.* 1989.757, obs. Jourdain ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, Bull. civ. I, n° 201 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 1991, *RTD. civ.* 1992.107, obs. Jourdain ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avr. et 26 mai 1992, *RTD civ.*, 1992.766, obs. Jourdain ; LAPOYADE-DESCHAMPS, « Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? », *RCA* 1992.chron.33.

<sup>609</sup> MAZEAUD-TUNC, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *RTD civ.* 1936, n° 162.

<sup>610</sup> V. la jurisprudence des électriciens et autres chauffagistes dans le cas d'incendie, Huet, *op. cit.* n° 32303 ; not. Civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 1992, *RCA* 1992.346 et obs. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? », *RCA* 1992.chron.33 ; la question a été aiguisée par les clauses des polices d'assurance de responsabilité professionnelle qui ne couvrent pas toujours les deux types de responsabilité. G. Durry, « La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle », *Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec*, 1986, n° 43 et s.

<sup>611</sup> P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 338.

<sup>612</sup> Esmein pressent cette concurrence des art. 1147 et 1384 § 1 dès 1925 (note sous Civ. 27 juill. 1924, S. 1925.1.249).

étroites, la responsabilité du fabricant<sup>613</sup>; pour ces tiers, l'article 1382 devient donc un texte plus favorable que l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup>.

Le développement de l'obligation de sécurité a induit trois phénomènes liés : le gonflement artificiel du contrat, le refoulement de la responsabilité délictuelle, et la multiplication des conflits de frontières entre les deux ordres de responsabilité. L'introduction de l'obligation de sécurité, faux enrichissement du concept contractuel, constitue en réalité un simple transvasement, dans le contrat d'une obligation de nature extra-contractuelle<sup>614</sup>.

172. De son côté, la distinction des obligations de moyens et de résultat se répand elle aussi très rapidement. La distinction opérée par DEMOGUE, à la fin des années vingt, entre les obligations de moyen et de résultat a, considérablement renforcé l'analogie de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle<sup>615</sup>. D'une part, l'existence d'obligations de moyens conforte l'idée que la faute contractuelle est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle<sup>616</sup>. D'autre part, les obligations de résultat apparaissent alors comme des cas de responsabilité sans faute parallèles aux cas de responsabilité délictuelle objective. Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité a renforcé l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité civile sous deux figures, et que le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective<sup>617</sup>.

Pour les tenants de ce courant, si la responsabilité délictuelle comme celle contractuelle, découlent toujours de la violation d'une obligation préexistante<sup>618</sup>, il est tentant d'opérer, dans les obligations légales une classification comparable à celle qu'on découvre dans les obligations

---

<sup>613</sup> Plus problématiquement celle du vendeur.

<sup>614</sup> JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », *Rec. d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, p. 333.

<sup>615</sup> DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau, 1925, t. V, n° 1237.

<sup>616</sup> V. sur ce point G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.* n° 168, p. 289 et s.

<sup>617</sup> Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Revue Droits*, 1987, p. 40.

<sup>618</sup> Un peu comme ne droit allemand où il n'y a de responsabilité du débiteur que pour inexécution fautive, en vertu d'un principe général de culpabilité. Zweigert et Kötz, *An introduction to comparative law*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford, University Press, 1987, trad. T. Weir, p. 539 et s.

contractuelles<sup>619</sup>: il y aurait donc des obligations légales de résultat<sup>620</sup> et des obligations légales de moyens<sup>621</sup>. Et c'est ce parallélisme qui justifierait la construction, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, de deux régimes semblables de responsabilité l'un pour faute prouvée, l'autre sans faute prouvée<sup>622</sup>. La distinction des deux types d'obligations primordiales commande, indépendamment de leur source, le régime de la responsabilité qui en procède<sup>623</sup>. Le concept moderne de responsabilité contractuelle pousse inévitablement l'analyse de l'inexécution du contrat vers la responsabilité du fait personnel<sup>624</sup>. Ce premier pas accompli, d'autres suivront, quasi mécaniquement : alignement, aussi complet que possible, des faits générateurs de responsabilité contractuelle sur les faits générateurs de responsabilité délictuelle ; puis l'absorption de l'une par l'autre.

## **B- L'institution d'une réparation sans préjudice prouvée en matière contractuelle**

173. Les obligations de faire et de ne pas faire présentent un régime juridique proche lorsqu'il est question de faire exécuter en nature l'obligation<sup>625</sup>. Pour ces deux catégories d'obligation, cette forme d'exécution s'avère difficile.

En matière d'obligation de ne pas faire, il en est particulièrement ainsi lorsque les manquements du débiteur créent une situation irréversible<sup>626</sup>. Tel est le cas par exemple de la divulgation d'un secret de fabrication<sup>627</sup>. Le cas échéant, en vertu de l'article 1142 du Code civil, l'inexécution est sanctionnée par l'attribution de dommages-intérêts<sup>628</sup>. Il convient alors de relever que

---

<sup>619</sup> Entre personnes que ne lie aucun contrat, ce qu'on appelle « obligation » est en réalité un simple devoir ; « mais ne peut-on pas dire que ce devoir général de prudence et diligence est une obligation activement universelle ? » (on reconnaît l'empreinte de Planiol). D'ailleurs, « la confusion qui est faite constamment entre obligation et devoir... est extrêmement pratique du point de vue de la langue. Elle ne peut pas présenter de danger sérieux. Il importe donc, après avoir remarqué la différence, de souligner aussi la ressemblance, afin de ne pas introduire *artificiellement* un élément d'opposition entre responsabilité contractuelle et délictuelle ». L'artifice serait donc dans l'emploi du mot « obligation » dans son sens juridique. H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *op.cit.* n° 103-9.

<sup>620</sup> Encore nommée des obligations déterminées.

<sup>621</sup> Encore nommée des obligations de prudence ou de diligence.

<sup>622</sup> H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *op.cit.*, 1936, p. 1.

<sup>623</sup> P.REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op.cit.* p. 340.

<sup>624</sup> « Responsabilité contractuelle du fait personnel », chez MAZEAUD, TUNC, intitulé des n° 652 et s.

<sup>625</sup> La condamnation à des astreintes.

<sup>626</sup> C. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD Com.2010, p.243.

<sup>627</sup> J. FLOUR., J. -L AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX., *Les obligations*, vol. III, Le rapport d'obligation, *op. cit.*, n° 163, p. 114.

<sup>628</sup> A.MAIROT, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *Droit civil*, Revue Lamy, février 2012, p. 51.

s'agissant des obligations de ne pas faire, la Cour de cassation présente un mécanisme réparateur singulier, distinct de celui des obligations de faire.

Dès lors que la violation de l'obligation de ne pas faire ne permet pas une réparation en nature, on fait recours à une réparation par équivalent<sup>629</sup>. Le cas échéant, la Cour de cassation juge que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention »<sup>630</sup>. En d'autres termes, s'agissant d'une obligation de ne pas faire, la réparation s'opère sans démonstration de préjudice. Il s'agit là d'une solution singulière et propre aux obligations de ne pas faire. Réparer la violation d'une obligation de ne pas faire par le seul fait de la contravention constitue un recours atypique à une automatique réparation par présomption. Il semble qu'en raison de la nature singulière des obligations de ne pas faire, la jurisprudence soit contrainte de recourir en la matière à la faculté de présomption du droit. Initialement, la Cour de cassation jugeait que l'article 1145 du Code civil dispensait simplement le créancier de mettre en demeure le débiteur défaillant afin d'obtenir des dommages-intérêts, le seul manquement à une obligation de ne pas faire établissant l'inexécution<sup>631</sup>. Il s'agissait là d'une différence majeure du régime juridique des obligations de faire et de ne pas faire.

Or, depuis l'arrêt sus indiqué, la différence de régime s'est accrue entre ces deux types d'obligations.

174. La difficulté d'une telle position est de savoir comment évaluer le montant des dommages-intérêts en l'absence de préjudice avéré. Le montant des dommages-intérêts ne peut, en ce cas, qu'être forfaitaire<sup>632</sup> et fondé sur une présomption<sup>633</sup>. Des dispositions légales attestent de la nature réparatrice des dommages-intérêts contractuels. D'après l'article 1149 du Code Civil, les dommages-intérêts doivent correspondre au *damnum emergens* et au *lucrum cessans*<sup>634</sup>. De même, l'alinéa 2 de l'article 1184 du Code Civil démontre que les dommages-intérêts contractuels ne permettent pas, même par équivalent, l'exécution de l'obligation. En cas d'inexécution d'un contrat synallagmatique, si le créancier opte pour la résolution du contrat avec dommages-intérêts, ces derniers ne peuvent évidemment avoir une fonction d'exécution puisque le créancier a lui-même renoncé à l'exécution, préférant la disparition du contrat<sup>635</sup>.

---

<sup>629</sup> Ibid.

<sup>630</sup> Cass. 1re civ., 10 mai 2005, n° 02-15.910, précité ; Cass. 1re civ., 31 mai 2007, n° 05-19.978 précité.

<sup>631</sup> Cass. 1re civ., 26 févr. 2002, n° 99-19.053, Bull. civ. I, n° 68, D. 2002, p. 1114, Defrénois 2002, art. 37558, obs. E. SAVAUX, RTD civ. 2002, p. 809, obs. J. MESTRE J. et B. FAGES.

<sup>632</sup> S. CARVAL, obs. précitées sous Cass. 1re civ., 31 mai 2007, Bull. civ. n° 05-19.978.

<sup>633</sup> P. JOURDAIN, obs. sous Cass. 1re civ., 31 mai 2007, Bull. civ. n° 05-19.978.

<sup>634</sup> C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Études P. CATALA, Litec*, 2001, p. 543 et s., spéc. n° 4, p. 545.

<sup>635</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 928.

Partant, les dommages-intérêts contractuels ont une seule fonction : la réparation du dommage causé par la violation de l'obligation. Il en est ainsi tant pour les obligations de ne pas faire que pour les obligations de faire<sup>636</sup>.

175. Dès lors qu'il est admis que les dommages-intérêts réparent le préjudice subi par le créancier, la question qui se pose est de déterminer si la violation d'une obligation constitue par elle-même un dommage. La Cour de cassation dans une autre de ces décisions y semble opposée. Elle juge qu'une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage<sup>637</sup>. Mais les décisions rendues en matière d'obligation de ne pas faire suggèrent que la violation de telles obligations pourrait donner lieu à un régime particulier, distinct de celui des obligations de faire. Indiquant qu'en cas de violation d'une obligation de ne pas faire, le débiteur doit des dommages-intérêts du seul fait de la contravention, il est permis de se demander si la violation de ce type d'obligation ne crée pas *ipso facto* un dommage.

Il a été démontré que toute violation d'une obligation crée un préjudice moral ce qui n'est pas de nature à justifier la particularité pour les obligations de ne pas faire. En plus, l'agacement ou la déception créé par le non-respect d'une obligation ne permet pas de fonder une action en réparation. En vertu de l'adage de *minimis non curat praetor*, le créancier ne peut pas agir pour un préjudice modéré. En outre, admettre la recevabilité de l'action en réparation sur cet unique fondement tendrait à une confusion entre l'atteinte morale et l'atteinte à l'ordre moral<sup>638</sup>. Malgré toutes ces craintes et en dehors de toute atteinte morale, la violation d'une obligation de ne pas faire a été considérée comme créant un préjudice qui justifie l'attribution de dommages-intérêts du seul fait de la contravention. À l'exception des hypothèses dans lesquelles l'exécution en nature est possible, l'action du débiteur serait *ipso facto* créatrice d'un dommage. Le préjudice a été considéré comme certain mais difficile à évaluer<sup>639</sup>. Les magistrats devraient alors présumer de l'existence du préjudice<sup>640</sup>.

---

<sup>636</sup> A. MAIROT, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *op. cit.*, p. 54.

<sup>637</sup> Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-20.857, Bull. civ. II, n° 191, D. 2008, p. 2348, RDC 2009, p. 77 et s., note O. DESHAYES, Dr. sociétés novembre 2008, comm. 230, 1re esp., note J. MONNET.

<sup>638</sup> A. MAIROT, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *op.cit.*, n°296-54.

<sup>639</sup> Ainsi, en cas de rétablissement illicite, le créancier peut difficilement apporter la preuve du préjudice subi, notamment si l'action est intentée rapidement, rendant délicate l'appréciation d'un éventuel déplacement de clientèle

<sup>640</sup> S. CARVAL., obs. précitées sous Cass. 1re civ., 31 mai 2007, n° 05-19.978.

## **Paragraphe 2 : Les suites de la conceptualisation de la responsabilité contractuelle**

176. Le schéma d'une responsabilité contractuelle du fait personnel une fois imposé, d'autres faits générateurs de responsabilité délictuelle vont gagner le terrain du contrat. Il y a là du mimétisme : la responsabilité contractuelle est devenue doctrinalement tributaire de la délictuelle<sup>641</sup>. L'invention de ces faits générateurs de responsabilité contractuelle répond à une nécessité plus impérieuse encore en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, car la faute personnelle du débiteur, prise comme procédé d'imputation, est un principe trop étroit pour couvrir la très grande diversité des causes de dommages en matière contractuelle ; on voit donc inutilement se constituer une responsabilité contractuelle du fait d'autrui et une responsabilité contractuelle du fait des choses (A). La concurrence anarchique des deux systèmes de réparation, engendre tant de bizarreries et d'injustices<sup>642</sup> qu'il a été proposé une unification des responsabilités c'est-à-dire, en réalité, l'absorption complète du régime de l'inexécution contractuelle par le régime du délit (B).

### **A- L'inutile responsabilité contractuelle du fait d'autrui et des choses**

177. L'expression « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » a été introduite dans le vocabulaire doctrinal français par BECQUE<sup>643</sup>. Il soutient qu'il existe des dispositions particulières assez nombreuses<sup>644</sup> à partir desquelles on peut inférer l'existence d'un tel principe, en suspension dans le Code civil de 1804. Mais, arrivant au fondement, BECQUE explique très simplement la responsabilité contractuelle pour autrui, en droit français, comme l'application pure et simple du droit commun. Selon la doctrine du Code, le débiteur de l'obligation inexécutée doit des dommages et intérêts, sauf à établir la cause étrangère qui le libère ; or le fait du tiers volontairement introduit par le débiteur dans l'exécution du contrat, comme auxiliaire ou

---

<sup>641</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.* n° 154.

<sup>642</sup> TUNC, *La responsabilité civile, op.cit.*, n° 46.

<sup>643</sup> BECQUE, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *RTD. Civ.* 1914.251. BECQUE avait été précédé par SALEILLES chez qui l'on voit comment la question s'est présentée lors de la préparation du BGB, en réaction contre l'opinion de Windscheid, qui voulait que le débiteur ne répondît que de sa *culpa in eligendo*. R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale des obligations*, Hachette, 2014, p.54.

<sup>644</sup> art. 1245, 1735, 1797, 1953, 1994.

substitut, ne pourra qu'exceptionnellement être considéré comme un cas de force majeure<sup>645</sup> ; il est donc inutile de faire appel à la responsabilité du fait d'autrui pour justifier le droit du créancier à des dommages et intérêt<sup>646</sup>. Pour le cas d'exécution par des préposés, la Cour de cassation française a clairement rappelé la doctrine classique à la fin des années soixante en approuvant une cour d'appel d'avoir décidé que « les termes de l'article 1147 ne permettent pas d'établir une distinction suivant que le débiteur exécute lui-même ou fait exécuter par un ou plusieurs de ses préposés »<sup>647</sup>. Dans le cas de substitution dans l'exécution<sup>648</sup>, il est également inutile d'évoquer la responsabilité contractuelle du fait d'autrui : tant qu'il n'est pas libéré, le débiteur primitif répond de l'inexécution tout simplement parce qu'il est toujours débiteur ; et lorsqu'il est libéré<sup>649</sup> il ne peut être responsable, sauf à avoir promis sa garantie. Dans ce cas, la prétendue responsabilité du fait d'autrui est encore une obligation personnelle<sup>650</sup>. Construire une responsabilité contractuelle du fait d'autrui est donc à considérer comme inutile, tant qu'on en reste au régime de l'inexécution du contrat tel que le conçoit le Code : on ne répond pas du fait d'autrui quand l'on paye simplement ce que l'on doit. En revanche, un tel mécanisme devient indispensable lorsqu'on raisonne en termes de responsabilité, chaque fois qu'on ne peut établir une faute du débiteur. Il faut alors, pour fonder ce qui apparaît comme une exception à une responsabilité du fait personnel, chercher des justifications plus ou moins aisées, la plus artificielle étant certainement la représentation du débiteur dans l'exécution du contrat par ses aides ou substitués<sup>651</sup>. Outre ce défaut de simplicité, le détour de la responsabilité contractuelle pour autrui présente, par rapport à la solution classique, deux inconvénients.

Une première difficulté est de faire accepter cette responsabilité pour autrui lorsque l'obligation inexécutée apparaît comme une obligation de moyens. Un second inconvénient de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est d'appeler l'application analogique de l'article 1384, alinéa 5, alors qu'il n'y a point d'analogie<sup>652</sup>.

178. Quant à la responsabilité contractuelle du fait des choses, ses commencements ont en effet été obscurcis par la question du cumul : à l'époque où l'article 1384, alinéa 1, était encore

---

<sup>645</sup> P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée », *RTD. Civ.* 1989, p. 96.

<sup>646</sup> RODIERE, « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *D.* 1952. *Chron.* 79.

<sup>647</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 1967, *JCP* 1968.II.15365, note DURAND; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mars 1968, *Bull. civ.* I, n° 84.

<sup>648</sup> Par sous-contrat ou cession de contrat.

<sup>649</sup> Hypothèse d'une cession parfaite.

<sup>650</sup> D. REBUT, « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ*, 1996, p. 409.

<sup>651</sup> *Ibid.*

<sup>652</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, op.cit.*, n° 170.

d'invention récente on se demandait seulement si ce texte était applicable entre contractants<sup>653</sup>. L'interdiction de l'option condamne évidemment ce procédé, dès lors que la victime invoque l'inexécution d'une obligation contractuelle : ce qui ne se perçoit très bien qu'à partir des années quarante, au moment où la Cour de cassation ferme la responsabilité contractuelle du médecin<sup>654</sup> à l'invasion de l'article 1384, alinéa 1<sup>655</sup>. Mais, la voie délictuelle se trouvant ainsi fermée par le principe de non-cumul, il reste la possibilité du décalque contractuel de l'article 1384 ; on propose donc l'admission d'une responsabilité contractuelle du fait des choses livrées d'une part, et du fait des choses mises en oeuvre pour l'exécution du contrat d'autre part. Ce cheminement intellectuel se repère très bien dans les grands traités de responsabilité moderne. L'intégration de ce nouveau fait générateur de responsabilité contractuelle a été profitable pour les contractants victimes d'un dommage corporel. On constate en effet que l'application du régime contractuel conduit fréquemment à voir dans l'obligation de sécurité une simple obligation de moyens, alors même que le dommage est causé par une chose utilisée par le débiteur pour l'exécution du contrat ou livrée par le débiteur en exécution du contrat. Pour retrouver ici l'équivalent du régime délictuel, il a donc fallu inventer une responsabilité contractuelle du fait des choses : le principe de non-cumul est formellement respecté, et la diversité naturelle des obligations contractuelles « de sécurité » se trouve effacée par ce subterfuge<sup>656</sup>.

179. Au Sénégal, on retrouve de tels développements au sujet de la responsabilité contractuelle même si celle-ci n'est pas définie<sup>657</sup>. En effet, la loi sur les transactions électroniques dispose que le fournisseur est responsable de plein droit de l'exécution des obligations du contrat, que ces obligations soient exécutées par lui-même ou par d'autres prestataires, sans préjudice de

---

<sup>653</sup> A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Thèse. Lyon, 1931, n° 275 ; c'est ainsi également que JOSSERAND (*De la responsabilité du fait des choses inanimées, p. 1131*) puis DEMOGUE (*Traité, t. V. n° 1244*) voyaient la question du « fait de la chose » en matière contractuelle.

<sup>654</sup> Grand utilisateur de choses dangereuses pour le corps des patients.

<sup>655</sup> Civ. 27 mars 1940, DC 1941.53, 2<sup>e</sup> esp., note NAST, qui reconnaît à cette décision le mérite de « mettre un frein à la tendance de certains cours d'appel et de certains tribunaux qui voient dans l'art. 1384 al 1 c. civ. une sorte de "tarte à la crème" et veulent résoudre par lui toutes les questions de responsabilité ». On remarquera que c'est pour écarter l'application de l'art. 1384 al. 1 dans les rapports entre contractants qu'un arrêt de la cour de Lyon du 30 nov. 1953 a forgé la « responsabilité contractuelle du fait des choses » (*D. 1954.172, note RODIERE*).

<sup>656</sup> « Contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en oeuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle ». Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, D. 1995.350, note JOURDAIN ; RTD. civ. 1995.631, obs. JOURDAIN ; JCP 1995.I.3853, n° 9 et s. obs. Viney ; Groutel, RCA 1995.chron.16 ; Leduc, *La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses*, D. 1996.Chron.164 ; Remy, RGAT 1995.529.

<sup>657</sup> I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international *Le Code des obligations civiles et commerciales : 50 ans après*, Novembre 2016, Ziguinchor, inédit.

son droit de recours contre ceux-ci <sup>658</sup>. Non seulement la responsabilité contractuelle est donc bien consacrée au Sénégal, mais la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est aussi admise.

### **B- L'absorption du régime de l'inexécution contractuelle par le régime du délit à des fins d'unification**

180. Le concept moderne de responsabilité contractuelle n'a pas encore achevé sa course, ni produit toutes ses conséquences. Outre l'imparfait alignement des faits générateurs, plusieurs autres points du régime de l'inexécution du contrat sont atteints.

En premier lieu, la mesure des dommages et intérêts : le principe de réparation intégrale, propre au délit, a gagné le terrain du contrat, en dépit de l'article 1150 du Code civil, selon lequel, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts que l'on pouvait prévoir lors de la conclusion du contrat<sup>659</sup>. La doctrine classique explique simplement ce texte par la nature même des dommages et intérêts, qui procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature et rien de plus<sup>660</sup>. La doctrine moderne y voit au contraire une dérogation difficilement justifiable au principe de réparation intégrale du dommage injustement causé et propose soit de l'abroger<sup>661</sup>, soit de le maintenir seulement comme instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts<sup>662</sup>. L'effacement de l'article 1150 par le principe de réparation est depuis longtemps à l'oeuvre. On rappellera que pour POTHIER, les dommages-intérêts prévisibles s'entendaient des dommages-intérêts intrinsèques, c'est-à-dire ceux dont le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux dont

---

<sup>658</sup> Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques. Article 11 : « Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 8 de la présente loi est responsable de plein droit à l'égard de son cocontractant de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au cocontractant, soit à un cas de force majeure».

<sup>659</sup> I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, Thèse. Paris II, 1979.

<sup>660</sup>P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *op. cit.* n° 354 et s. Il y aurait à réfléchir, par ailleurs, sur la distinction des dommages-intérêts dus au cas de résolution et en l'absence de résolution (GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 180 et s.) - et beaucoup à apprendre des droits étrangers sur les diverses méthodes d'évaluation des dommages-intérêts selon la fonction qu'on leur prête (TREITEL, *op. cit.* n° 82 et s.).

<sup>661</sup> MAZEAUD-TUNC, « Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence » *op. cit.*, p. 2391.

<sup>662</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 921 et s.

l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens<sup>663</sup>. C'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, « *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* »<sup>664</sup>. Et c'était bien ainsi que l'entendaient les rédacteurs de l'article 1150<sup>665</sup> du code civil de 1804 qui constitue le droit commun des obligations dans l'espace OHADA. La prévisibilité, dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation. Le dommage prévisible n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée, l'avantage promis et non reçu. L'explication moderne de ce texte fait au contraire de la prévisibilité une notion psychologique, en justifiant l'exigence de prévisibilité par la volonté implicite des parties qui auraient prévu l'inexécution et tacitement envisagé ses conséquences<sup>666</sup>. Dans le système moderne, c'est donc le caractère volontaire de l'obligation violée qui fonde l'article 1150, alors que dans le système classique, c'est tout simplement la fonction de paiement des dommages-intérêts.

181. L'exécution forcée du contrat tend à s'absorber dans la réparation. Un auteur<sup>667</sup> a très bien décrit ce mouvement en analysant la classification des modes de réparation présentée dans le « Traité de la responsabilité » de MAZEAUD et TUNC<sup>668</sup> : ordonner l'exécution du contrat refusée par le défendeur, ou la livraison de l'objet vendu, ou la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement (art. 1143), ou l'exécution par le créancier aux dépens du débiteur (art. 1144), tout devient procédé de réparation en nature par simple opposition aux dommages et intérêts présentés comme un procédé de réparation par équivalent. Toute l'exécution forcée du contrat tend à devenir ainsi réparation, parce que l'inexécution du contrat est comprise comme un cas de responsabilité. Seules échappent encore à l'emprise de la réparation, la résolution, l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat<sup>669</sup>. Il en résulte que la présentation de l'inexécution est rompue en deux morceaux : celui de la responsabilité contractuelle, rattaché à la responsabilité en général, et celui qui reste rattaché aux contrats synallagmatiques. L'articulation des divers remèdes, leurs combinaisons, le rôles du créancier et du juge sont alors très mal perçus<sup>670</sup>.

---

<sup>663</sup> Dommages et intérêts extrinsèques.

<sup>664</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op.cit.* p. 922.

<sup>665</sup> BIGOT-PREAMENEU, LOCRE, VI, 154, n° 43.

<sup>666</sup> M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 302.

<sup>667</sup> *Ibid.*, p. 139 et s.

<sup>668</sup> MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité*, t. III, p. 2303 et s.

<sup>669</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op.cit.*, n° 236, p. 431.

<sup>670</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op.cit.*, n° 20.

182. Il y a plus : l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément la conception de la force obligatoire du contrat. Si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire<sup>671</sup>. La doctrine de Planiol découvre ici sa pointe philosophique : le contrat réduit à sa fonction de source primaire d'obligations n'est fait que pour être exécuté volontairement ; le droit d'exiger l'exécution se transforme en droit d'exiger réparation<sup>672</sup>; les actions dont les pactes sont munis (art. 1134) disparaissent dans le brouillard de l'action générale en responsabilité. L'existence d'obligations contractuelles préexistant au fait dommageable ne sert qu'à décider s'il y a ou non responsabilité<sup>673</sup>.

Cette absorption des règles de l'inexécution par les règles de la réparation préparait l'unification de la responsabilité civile. Les critiques portées contre la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle sont connues : différences de régime sans justification rationnelle, difficultés à situer le dommage dans le champ ou à l'extérieur du contrat, absurdité des résultats quand un même dommage survenu dans les mêmes circonstances est traité contractuellement à l'égard de certaines victimes et délictuellement à l'égard d'autres victimes. Le tout couronné par la conception rigide et spécifiquement française du principe de non-cumul. La critique est spécialement forte quand le dommage dont il s'agit est causé à la personne du contractant : ni les différences de faits générateurs, ni les différences quant à la preuve, ni la différence des prescriptions, ni la différence du régime des clauses d'exonération ne sont alors justifiables. Il a fallu unifier le régime des deux responsabilités<sup>674</sup> et, en attendant, assouplir le principe de non-cumul, ou y renoncer. Cette solution préconisée paraît contestable.

183. La conception unitaire de la faute héritée de PLANIOL et adoptée par le législateur sénégalais<sup>675</sup> a eu pour conséquence dans cet Etat, l'identité de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle<sup>676</sup>. La conséquence qui en résulte est que le Sénégal n'échappera pas à ces querelles doctrinales que le professeur NDIAYE qualifiera d'inutile<sup>677</sup>.

A la responsabilité contractuelle qui a clairement été identifiée comme un faux concept dont il va falloir se départir pour l'affirmation du droit à l'exécution en nature du créancier en cas d'inexécution, il faut ajouter un autre concept tout aussi faux : l'exécution par équivalent.

---

<sup>671</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op.cit.*, p. 141.

<sup>672</sup> A la condition qu'il y ait eu faute et dommage.

<sup>673</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op.cit.*, n° 236, p. 431.

<sup>674</sup> TUNC, *La responsabilité civile*, *op. cit.* n° 46.

<sup>675</sup> Article 119 : « La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit. »

<sup>676</sup> I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international *Le Code des obligations civiles et commerciales : 50 ans après*, *op. cit.*

<sup>677</sup> *Ibid.*

## **Section 2 : Les faux concepts dissimulés : l'exécution par équivalent et la réparation en nature.**

184. Il est fréquent de constater que les juristes manipulent les principes fondateurs du droit sans nécessairement en connaître l'exacte teneur. Avec le temps, la certitude scientifique étant acquise, les notions semblent simples et comprises. Pourtant, malgré leur ampleur et leur fonction fondamentales, les principes fondateurs du droit apparaissent réduits bien souvent à des notions floues et peu définies<sup>678</sup>. Une telle remarque cadre parfaitement avec la notion de l'exécution par équivalent.

A la suite des développements précédents sur la responsabilité contractuelle, il convient de jeter un regard sur l'autre construction qui joue contre l'exécution en nature des obligations contractuelles : l'exécution par équivalent. Il conduit à voir dans la somme versée au créancier de l'obligation par le débiteur, en lieu et place de l'exécution de la prestation promise, une mise en force du contrat (Paragraphe1). Cette mise en force s'accommode de raisonnements analogues faisant intervenir le concept de réparation en nature (Paragraphe2).

### **Paragraphe1 : L'exécution par équivalent, une mise en force critiquable du contrat**

185. Pour justifier l'existence de la notion d'exécution par équivalent et les mécanismes qu'elle fonde, il est vainement souvent avancé que l'équivalent remplace valablement l'exécution<sup>679</sup>. Dans la réalité, l'exécution est à l'antipode de l'équivalent (A). De même, le rejet de la responsabilité contractuelle invoqué pour justifier le concept d'exécution par équivalent peine à convaincre (B).

---

<sup>678</sup> B. MOORE « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain » éd. Thémis, article disponible sur [www.themis.umontréal.ca](http://www.themis.umontréal.ca). Consulté le 15 Décembre 2017.

<sup>679</sup> P. THERY, « Exécution », in *Dictionnaire de la culture juridique française*, Lamy-PUF, 2003, p. 678.

## A- L'équivalence et l'exécution, des notions inconciliables

186. D'abord, l'exécution par équivalent suppose par hypothèse une inexécution. Elle prétend fournir au créancier la satisfaction qu'il n'a justement pas eue. Or, quoi que l'on fasse, l'exécution et l'inexécution ne sont pas simplement contraires. L'inexécution est un fait qui s'ajoute au contrat. Elle produit dans la situation des parties des effets spécifiques qui ne sont pas simplement l'inverse de ceux de l'exécution<sup>680</sup>. La différence est particulièrement nette en cas d'exécution défectueuse de l'obligation. En cas d'exécution défectueuse, l'inexécution a des effets induits qui ne relèvent pas, à proprement parler, de l'exécution de l'obligation. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une mauvaise réparation effectuée par un garagiste provoque un accident dans lequel le propriétaire subit un préjudice corporel. Seul le fait d'avoir mal effectué le travail intéresse l'exécution de l'obligation souscrite par le garagiste : réaliser une réparation. La perte du véhicule dans l'accident et le dommage corporel subi par son propriétaire ont leur source dans le fait que constitue la mauvaise exécution de cette obligation. L'exécution par équivalent oblige alors à distinguer les différents types de « dommages ». Les dommages-intérêts contractuels ne peuvent compenser que la perte subie par le client pour avoir payé une mauvaise réparation au prix d'une bonne. Tout le reste devrait relever de la responsabilité délictuelle. La responsabilité contractuelle qui prend en charge l'ensemble des préjudices réalise une simplification en réglant en même temps et sans distinguer nettement, le problème de l'exécution et celui de la réparation des dommages causés par le fait de l'inexécution<sup>681</sup>. On pourrait vouloir opposer, sous le regard du principe de la force obligatoire du contrat, l'exécution forcée en nature et l'exécution par équivalent. L'incitation est dans la formulation même du thème proposé. Mais précisément, ce qui est notable, c'est que le rattachement de la sanction de l'inexécution au principe de la force obligatoire du contrat pousse également une partie de la doctrine à l'essor d'une exécution forcée par équivalent et, corrélativement, à un recul de la réparation<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> B. FAGES., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 693.

<sup>681</sup> Si l'on a pris l'habitude de croire que les effets de l'inexécution sont simplement le contraire de ceux de l'exécution, c'est que pour fonder une responsabilité contractuelle, il faut qu'une obligation contractuelle ait été violée. D'où l'intégration au contrat des obligations accessoires, particulièrement de l'obligation de sécurité. D'où également l'idée que si cette seconde obligation avait été correctement exécutée le dommage ne se serait pas produit (conséquence inverse de l'exécution). Or, le dommage ne provient pas tant de l'inexécution de cette obligation accessoire que, comme effet induit, du fait que constitue l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation principale.

<sup>682</sup> J. DEPREZ., « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, Dalloz, 1968, p. 28.

187. Nul n'ignore qu'il a toujours été admis qu'à la place de l'exécution forcée en nature, le créancier, victime de l'inexécution du contrat, puisse solliciter des dommages-intérêts. Ce qui est notable, c'est la tentation de ramener l'octroi de dommages-intérêts dans le giron de l'exécution forcée<sup>683</sup>. Le mouvement se nourrit d'arrêts importants des diverses chambres de la Cour de cassation française. Ainsi, selon la formule employée, les dommages-intérêts « sont une modalité d'exécution par équivalent de l'obligation demeurée impayée »<sup>684</sup>. Bien que la jurisprudence ne soit pas fixée en ce sens, la tendance ne saurait être négligée<sup>685</sup>.

Les conséquences sont déterminantes : les dommages-intérêts sont alors dus sur le seul constat de la défaillance du débiteur, « peu important que cette inexécution n'ait pas été fautive »<sup>686</sup> ; plus encore, ils sont dus sans qu'il y ait besoin de prouver un préjudice.

L'expression d'exécution par équivalent manifesterait en ce cas la force obligatoire du contrat sur le terrain de son inexécution avérée : les dommages-intérêts deviennent une modalité de l'exécution de l'obligation, certes imparfaite mais prétendument satisfaisante<sup>687</sup>. Et l'on retrouve la justification précédente, qui n'a fait qu'étendre son influence. Il suffit de lire ce qu'écrivait STOFFEL-MUNCK sous l'arrêt de la Chambre sociale du 4 décembre 2002 : la solution « raffermir la force obligatoire du contrat, ce qui est sécurisant aussi bien du point de vue des parties qu'au point de vue du législateur. S'agissant, en premier lieu, des parties, il ne faudrait pas oublier que le créancier est en droit d'obtenir paiement des prestations qui lui sont dues et que le débiteur doit s'attendre à les fournir. Exiger du créancier qu'il démontre le préjudice que lui cause l'inexécution avant de lui accorder une satisfaction par équivalent est faire peu de cas de ces prévisions »<sup>688</sup>.

Toutefois, le raisonnement ajoute à celui mené dans le contexte d'une exécution forcée en nature. La solution repose en effet sur l'idée que le lien d'obligation a une valeur en soi, dont l'inexécution serait nécessairement le reflet, sans que l'on ait besoin et plus encore sans que l'on doive s'interroger sur le préjudice subi. À la fonction compensatoire et indemnitaire des dommages-intérêts s'ajoute une fonction satisfaisante, l'idée même d'équivalence que les dommages-intérêts assumeraient en apportant témoignage<sup>689</sup>.

---

<sup>683</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op.cit.*, p. 167.

<sup>684</sup> Etant entendu que l'obligation violée ne consistait pas en une somme d'argent.

<sup>685</sup> E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Thèse Poitiers, 2002, n° 260.

<sup>686</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op.cit.*, 168.

<sup>687</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 01 janvier 2005 n° 1, p. 37.

<sup>688</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *obs. ss. Soc.* 4 déc 2002, *RDC*. 2003, p. 16.

<sup>689</sup> E. DEBILY, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires », *op.cit.*, p. 164.

Il semble tout de même qu'il y a un paradoxe à, d'un côté, dévaloriser la fonction indemnitaire des dommages-intérêts, en estimant comme on l'a vu précédemment qu'ils ont, sur le terrain de la réparation, une vertu inférieure à l'exécution forcée et, de l'autre, venir faire appel à eux pour permettre l'exécution de l'obligation.

## **B- L'équivalence et les dommages et intérêts, une image inconcevable**

188. Dans une espèce<sup>690</sup> soumise à la cour de cassation française, pour rejeter l'argumentaire du demandeur, la chambre sociale a eu recours à un motif de principe en énonçant : « Mais attendu, d'une part, qu'aux termes de l'article 1142 du Code civil toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur ; que, d'autre part, selon l'article 1147 du même Code, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ; qu'il en résulte que les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire ».

La Cour de cassation par cette décision se rapproche du courant doctrinal qui nie le concept de « responsabilité contractuelle ». En donnant un tel motif à sa décision, la chambre sociale apporte un soutien de poids à la thèse des négateurs de la responsabilité contractuelle. On rappellera que, pour ceux-ci, les dommages-intérêts contractuels n'ont pas pour objet la réparation d'un dommage mais seulement d'assurer l'exécution par un équivalent monétaire de l'obligation transgressée, de sorte que la prétendue responsabilité contractuelle ne serait en réalité qu'un « faux concept »<sup>691</sup>. Cette décision non seulement identifie expressément les dommages-intérêts à une modalité d'exécution de l'obligation contractuelle, mais encore s'appuie sur les articles 1142 et 1147 du Code civil de 1804, ceux-là mêmes qui servent d'argument de texte aux auteurs pour prétendre que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas

---

<sup>690</sup> Un employeur avait été condamné à verser des dommages-intérêts à des salariés pour avoir méconnu son obligation de délivrer des bulletins de salaires, un certificat de travail et une attestation ASSEDIC imposée par la législation du travail. L'AGS qui, selon la loi, doit garantir des sommes dues en exécution du contrat de travail (art. L. 143-11-1 c. trav.), fut condamnée par une cour d'appel à garantir les dommages-intérêts alloués. Dans son pourvoi, l'AGS soutenait que ces indemnités n'étaient pas dues « en exécution du contrat de travail » mais à raison d'une négligence de l'employeur.

<sup>691</sup> P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz-Action, 2002, n° 812 et s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994.,p.223 ; P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.p. 323.

entendu attribuer aux dommages-intérêts d'autre fonction que celle de mode de paiement de l'obligation contractuelle. Dès lors, la jurisprudence aurait admis que les sommes allouées aux créanciers ne tendent nullement à réparer un dommage mais à leur procurer un équivalent en argent de l'avantage contractuel attendu ; elles ne seraient en somme qu'un effet de l'obligation détaché de toute référence à un préjudice ou à une réparation.

Mais par rapport à la notion d'exécution par équivalent même, l'unanimité est loin d'être faite. On remarquera d'abord que les prétendus enseignements de l'histoire, mis en avant par les partisans de l'exécution par équivalent, souffrent d'imperfections, comme l'a montré VINEY<sup>692</sup>. Surtout, dans le Code civil, bien des articles relatifs à divers contrats spéciaux attribuent aux dommages-intérêts une fonction de réparation d'un préjudice ou se réfèrent explicitement à la notion de responsabilité<sup>693</sup>, bien qu'ils fussent écrits à une époque où celle-ci n'était encore qu'imparfaitement conceptualisée ; sans oublier l'article 1149, qui mesure les dommages-intérêts à la perte faite et au gain manqué, et l'article 1184, alinéa 2, qui admet leur allocation en cas de résolution, hypothèse dans laquelle, ils ne peuvent certainement pas représenter un mode d'exécution<sup>694</sup>.

189. Quoi qu'il en soit, la controverse sur la nature des dommages-intérêts contractuels est toujours vive et le rejet de leur fonction de réparation n'est pas unanime<sup>695</sup>.

Il y a en effet, semble-t-il, une différence fondamentale entre l'exécution et la réparation : tandis que la première consiste à fournir la prestation promise, la seconde vise seulement à compenser le dommage résultant de la défaillance du débiteur. L'exécution ne se conçoit donc qu'en nature, et les dommages-intérêts ne peuvent être assimilés à un mode de paiement de l'obligation méconnue<sup>696</sup>. Pour quelle raison en effet devraient-ils avoir une fonction différente selon qu'ils sont alloués en cas d'inexécution contractuelle ou à la suite d'un délit voire d'un quasi-délit ? Les dommages-intérêts ne changent pas de nature au gré de la cause de leur versement et, comme leur nom le laisse supposer, ils ont toujours pour fonction la réparation d'un dommage<sup>697</sup>.

---

<sup>692</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 921s.

<sup>693</sup> V. par ex. les art. 1611, 1732 et s., 1891, 1898, 1991 et s.

<sup>694</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op.cit.* n° 7.

<sup>695</sup> P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée », *RTD civ.* 2003 p. 712.

<sup>696</sup> P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées SAVATIER, PUF, 1998, p. 65.

<sup>697</sup> C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 543, n° 4.

190. On a attribué parfois aux dommages-intérêts contractuels une fonction de paiement parallèle à leur fonction de réparation lorsqu'ils sont censés se substituer à la prestation inexécutée, ce qui conduit à les rattacher à la responsabilité contractuelle<sup>698</sup>. Mais, bien que ces dommages-intérêts évoquent l'idée d'équivalent de l'exécution, il a été soutenu qu'ils en demeurent distincts, se mesurant non à la valeur de la prestation contractuelle mais plutôt au préjudice inhérent ou consubstantiel à l'inexécution. Leur fonction serait essentiellement indemnitaire en ce qu'ils tendent à compenser une perte ou une privation née de l'inaccomplissement de la prestation promise<sup>699</sup>.

Au demeurant, on peut se demander si les sommes dues en cas d'inexécution d'une prestation ont toutes la nature de dommages-intérêts. Non sans pertinence, un auteur a fait remarquer que, lorsqu'elles ne réparent pas un préjudice « consécutif » à l'inexécution, c'est-à-dire causé par l'inexécution, les sommes allouées s'analysent plutôt en une restitution de prix<sup>700</sup>. Elles correspondent en effet soit à un remboursement en cas de résolution, soit à la réduction d'un prix jugé excessif eu égard à la prestation fournie lorsque l'obligation n'a été que partiellement ou imparfaitement exécutée ; elles sont alors la conséquence d'une réfaction, d'une résolution partielle ou d'une action estimatoire. Et c'est pour ne pas heurter de front la règle interdisant au juge de réviser le contrat qu'on les qualifie parfois de dommages-intérêts. D'ailleurs, si aucun prix n'a été versé, aucune restitution n'est due selon cette thèse ; ce qui montrerait que ces « faux dommages-intérêts » ne réparent d'autre préjudice que le fait d'avoir payé ou trop payé. On réservera seulement le cas où une exécution défectueuse a causé quelque altération, dégradation ou malfaçon à la chose livrée, construite ou réparée : les sommes versées au créancier correspondent alors moins à une réduction de prix qu'au coût des réparations nécessaires à la remise en état<sup>701</sup>.

Selon cette analyse, les sommes allouées au créancier d'une obligation contractuelle inexécutée soit réparent un préjudice causé par l'inexécution (ce sont des dommages-intérêts), soit représentent la restitution de tout ou partie du prix payé<sup>702</sup>.

191. En dépit du charme avec lequel la thèse du rejet de la responsabilité contractuelle et corrélativement celle de l'exécution par équivalent s'exprime, une frange importante de la

---

<sup>698</sup> J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, 1978.

<sup>699</sup> J. FLOUR, J. -L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, 3, Le rapport d'obligation, n° 172.

<sup>700</sup> P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, Thèse Paris I, 2000.

<sup>701</sup> Ibid.

<sup>702</sup> P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée », *RTD civ.* 2003 p. 713.

doctrine<sup>703</sup> et nous à leur suite, la pensons inachevée. Tout autant que la responsabilité contractuelle, l'exécution par équivalent est aussi un « faux concept »<sup>704</sup>. La notion même d'exécution par équivalent peut-être contestée. Exécuter n'est-ce pas fournir au créancier exactement ce qui lui a été promis ? Lui donner de l'argent à la place d'un bien ou d'un service, est-ce vraiment exécuter<sup>705</sup> ? Nous devons admettre avec Patrice JOURDAIN que « dire que les dommages-intérêts représentent un mode d'exécution par équivalent n'est en réalité qu'une image ; à proprement parler, une telle exécution est inconcevable <sup>706</sup> ».

A côté de l'exécution par équivalent, un autre concept concourt davantage à une régression de l'exécution en nature des obligations contractuelles. Il s'agit de la réparation en nature qui, comme l'indique sa dénomination, n'est rien d'autre qu'un mécanisme de responsabilité quoi que les démonstrations jurisprudentielles ou doctrinales veuillent faire croire.

## **Paragraphe 2 : La réparation en nature, un pur mécanisme de responsabilité**

192. Les juges se sont vu également reconnaître, lorsqu'ils sont saisis des conséquences de l'inexécution, la possibilité d'ordonner d'autres mesures, qui ne reposent sur aucune base textuelle et qui tendent à remédier aux conséquences dommageables de l'inexécution : ces mesures sont rangées dans une catégorie que l'on désigne par l'expression polémique<sup>707</sup> « réparation en nature ». Malgré les objections que l'on peut formuler à son encontre, elle a été admise dans son principe par la jurisprudence (A). Toutefois, ce concept n'a de cohérence et

---

<sup>703</sup> C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op.cit.*, n° 2 ; P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée », *op.cit.*, p. 713.

<sup>704</sup> J. FLOUR., J.-L. AUBERT, Y. FLOUR. et E. SAVAUX., *Les obligations*, vol. III, Le rapport d'obligation, *op. cit.*, n° 163, p. 114.

<sup>705</sup> POTHIER dont on sait qu'il concevait les dommages et intérêts comme un effet de l'obligation indique pourtant (Traité des obligations, partie I, chapitre II, article III, n° 160) qu'« il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionnées l'inexécution de l'obligation, et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation ». La raison de cette limitation est connue : le débiteur est censé ne s'être soumis qu'aux dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat. Mais il n'empêche que le créancier n'obtiendra pas exactement la même chose que si le contrat avait été exécuté.

<sup>706</sup> P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1998, p. 76.

<sup>707</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223 et surtout P. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile » *Droit et cultures*, 1996, p. 31 et « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept » *RTD civ.*, 1997, p. 323.; V. également en faveur de cette thèse, l'ouvrage de P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *loc.cit.*.

d'utilité qu'à condition qu'on le distingue de l'exécution en nature. Or, si l'autonomie de ces deux notions est en principe affirmée, le critère de la distinction entre elles laisse à désirer (B).

### **A- L'admission du principe de la réparation en nature en jurisprudence**

193. La possibilité d'une réparation en nature, c'est-à-dire revêtant une forme autre que les dommages et intérêts a été contestée en matière délictuelle<sup>708</sup>. En matière contractuelle, elle rencontre des objections spécifiques.

Celle qui a été le plus souvent invoquée est tirée de l'article 1142 du Code civil qui, nous l'avons vu, a été interprété par une doctrine majoritaire comme posant en principe que l'inexécution d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire ne pourrait engendrer qu'une dette de dommages et intérêts. Cette argumentation ne nous retiendra pas car n'étant pas la seule interprétation possible. Il a tout à fait été possible de lire l'article 1142 comme donnant seulement au créancier d'une obligation inexécutée la faculté de réclamer des dommages et intérêts, sans pour autant lui retirer celle de recourir aux autres moyens que le droit lui reconnaît également par ailleurs de réagir à l'inexécution.

En revanche, il existe une autre objection, plus pertinente: n'est-il pas en effet contestable, au regard notamment du principe de la force obligatoire du contrat, de permettre au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention ? Or, c'est bien ce qu'il fait lorsqu'il ordonne une mesure de réparation en nature si celle-ci se distingue à la fois de l'exécution pure et simple par le débiteur et de la faculté de remplacement qui est, quant à elle, spécialement autorisée par les articles 1143 et 1144.

Pourtant, la jurisprudence française a très nettement admis que le débiteur d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire peut être condamné, en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, à fournir une prestation distincte de celle à laquelle il s'était engagé, dès lors que cette prestation de remplacement permet de compenser, au moins partiellement, la perte causée par l'inexécution. Ce faisant, elle a reconnu la possibilité d'une réparation par un équivalent non pécuniaire qui ne se confond ni avec l'exécution proprement dite ni avec les dommages et intérêts. C'est le procédé que l'on désigne par l'expression de « réparation en nature ».

---

<sup>708</sup> V. L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Thèse Paris, 1933.

194. Les applications de la réparation en nature dans le domaine contractuel sont d'une grande variété<sup>709</sup>. Les plus caractéristiques concernent le louage d'ouvrage et la vente ou les autres contrats engendrant une obligation de livrer ou de restituer un bien. Lorsque le locateur d'ouvrage a mal exécuté sa tâche et que l'objet fabriqué ou construit se révèle de ce fait défectueux ou non conforme, il est fréquent en effet, que le juge ordonne au débiteur de procéder ou de faire procéder à la remise en état ou à la mise en conformité du bien<sup>710</sup>.

De même, lorsque le vendeur n'a pas livré à temps le bien vendu, il arrive qu'à défaut de pouvoir ordonner la remise du bien lui-même qui a disparu ou n'est plus dans le commerce, le tribunal ordonne la livraison d'un bien équivalent. Il en va parfois de même en cas de non restitution de la chose en fin de bail ou de prêt<sup>711</sup>. Ajoutons qu'en dehors de ces applications les plus courantes, la jurisprudence fournit bien d'autres exemples de mesures imposées par le juge, à titre de réparation au responsable d'un dommage contractuel et qui, faute d'être assimilables à des dommages et intérêts, sont rangées dans la catégorie des mesures de réparation en nature. C'est le cas notamment, de la condamnation à cesser une exploitation exercée au mépris d'un engagement de non-concurrence<sup>712</sup> ou à refaire un acte juridique pour permettre au créancier d'obtenir l'avantage que lui donnait le contrat inexécuté<sup>713</sup>.

On relève également des hypothèses dans lesquelles le débiteur s'est vu imposer, pour compenser le dommage causé par l'inexécution, une obligation qu'il n'avait pas explicitement consentie, par exemple une obligation de non-concurrence<sup>714</sup>. On peut encore citer certaines décisions qui ont, à titre de réparation, condamné le responsable à se substituer à la victime pour le paiement d'une dette<sup>715</sup>.

De même, en cas de manquement à une obligation contractuelle d'information, le responsable de l'information insuffisante ou erronée est souvent condamné à garantir à la victime du défaut d'information la situation dont celle-ci a pu légitimement se croire bénéficiaire<sup>716</sup>.

---

<sup>709</sup> V. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, Thèse, L.G.D.J., 1974 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op.cit.*, n° 16 et s.

<sup>710</sup> V. notamment Civ. 3, 28 février 1969, Bull. civ., III, n° 182 ; Civ. 3, 31 mai 1971, D., 1971 som. p. 139 ; civ. 3, 25 octobre 1976, D., 1976, IR, p. 76 ; 17 janvier 1984, J.C.P., 1984, IV, p. 93 ; Civ. 3, JO janvier 1990, Bull. civ., III, n° 5 et autres arrêts cités in *La responsabilité: effets*, n° 18.

<sup>711</sup> V. notamment Civ. 1, 20 janvier 1953, J.C.P., 1953, II, 7677.

<sup>712</sup> V. Soc. 24 février 1979, D., 1979, p. 619, note Y. SERRA.

<sup>713</sup> Voir, par exemple, Civ. 2, 19 février 1970, Gaz. Pal., 1970, I, 282.

<sup>714</sup> V. Com. 25 juin 1991, Bull. civ., IV, n° 236.

<sup>715</sup> V. Civ. 1, 28 avril 1986, Bull. civ., I, n° 107 ; 25 février 1986, R.G.A.T., 1986, p. 589.

<sup>716</sup> V. par exemple, Civ. 1, 20 octobre 1987, D., 1987 ; Som. p. 159 ; obs. H. GROUDEL ; Soc. 15 avril 1992, Bull. civ., V, n° 276.

Relève également de la réparation en nature, le prononcé d'une déchéance du bénéfice d'une créance pour sanctionner l'inexécution contractuelle imputable au créancier déchu<sup>717</sup> ou la privation du bénéfice d'une prescription extinctive qui était en principe acquise<sup>718</sup> ou le prononcé de l'inopposabilité d'un acte conclu en violation des droits contractuels d'autrui<sup>719</sup>.

Les mesures que l'on rattache à la réparation en nature apparaissent donc très diverses et assez hétéroclites même si la faculté pour le juge d'y recourir n'est pas inconditionnelle<sup>720</sup>.

Elle contribue également à rendre moins nette la distinction entre réparation en nature et exécution en nature. Or, la principale difficulté que soulève la réparation en nature c'est qu'elle est très difficile à distinguer de l'exécution alors que précisément elle n'a de raison d'être que si elle est autonome par rapport à celle-ci.

### **B- L'autonomie de l'exécution en nature par rapport à la réparation en nature**

195. L'autonomie de la réparation en nature par rapport à l'exécution est en effet nécessaire, car leur dualité ne s'explique et ne se justifie qu'à condition que chacune soit susceptible d'apporter à l'inexécution une réponse ou un remède que l'autre n'apporte pas. Or, si actuellement cette autonomie est admise en principe et se traduit par la reconnaissance de régimes différents, elle est en réalité très compromise par la difficulté de déterminer le critère de la distinction entre l'une et l'autre.
196. Le régime de la réparation en nature s'oppose en principe nettement sur plusieurs points importants à celui de l'exécution en nature.

Tout d'abord, leurs conditions sont nettement différentes. Alors que la réparation en nature, étant un effet de la responsabilité, exige la preuve des conditions de celle-ci, en particulier celle

---

<sup>717</sup> V. Civ. 1, 22 février 1984, D., 1984, p. 386, note C. BERR et H. GROUDEL; Civ. I, 5 novembre 1978, D., 1978, p. 40, note C. BERR et H. GROUDEL; Soc. 22 mai 1986, Bull. civ., V, n° 211.

<sup>718</sup> V. Civ. 1, 19 février 1988, R.G.A.T., 1988, p. 400.

<sup>719</sup> V. Soc. 25 avril 1992, Bull. civ., V, n° 276.

<sup>720</sup> En effet cette faculté rencontre deux limites : La première tient au fait que la réparation en nature est une solution subsidiaire par rapport à l'exécution. Tant que l'exécution est possible, le juge n'a en effet aucune raison de lui préférer la réparation en nature qui n'en est qu'un succédané, par définition imparfait. Il faut donc, semble-t-il, que l'exécution soit devenue impossible pour que la réparation en nature soit envisageable

La seconde limite à la possibilité d'une réparation en nature est plus subtile. Elle tient à la notion même de réparation qui, par définition, doit contribuer à faire disparaître, ou, au moins, à réduire, le préjudice. Or, en matière contractuelle, le dommage est souvent, au moins pour partie, la perte de la prestation promise. Il faut donc que, au moins dans ce cas, la prestation à laquelle le débiteur est condamné présente une certaine équivalence avec celle qu'il s'était engagé à fournir. Cette condition d'« équivalence qualitative » ou d'adéquation relative de la réparation au dommage est de nature à réduire en fait assez sensiblement l'application de la réparation en nature en matière contractuelle.

d'un préjudice en relation de causalité avec l'inexécution, l'exécution s'impose, en revanche du seul fait de l'engagement. Elle peut donc être exigée sans qu'il y ait à établir un dommage quelconque<sup>721</sup>.

Quant aux pouvoirs du juge, ils sont très réduits, aussi bien lorsque le créancier demande l'exécution que lorsque le débiteur l'offre. L'exécution étant un droit, elle doit être prononcée si elle est possible et satisfaisante pour le créancier. Le juge n'a donc pas le pouvoir de la refuser et de lui préférer une réparation, que ce soit sous forme de dommages et intérêts ou de réparation en nature. Il doit seulement vérifier que l'exécution est due et que la demande n'est pas abusive.

197. Bien que soit discuté le point de savoir, si la force obligatoire du contrat emporte nécessairement la primauté de l'exécution forcée en cas d'inexécution<sup>722</sup>, celle-ci occupe une place particulièrement forte en droit des contrats. Lorsqu'elle est possible, elle ne peut être refusée au créancier qui la demande<sup>723</sup>. D'un autre côté et inversement, la Cour de cassation<sup>724</sup> a bien admis que le créancier est tenu d'accepter la fourniture de la prestation *in specie* par son débiteur.

Enoncer que le créancier bafoué se doit d'accepter l'offre d'exécution faite par son débiteur paraît tout à fait fondé, pour la simple et bonne raison qu'une telle assertion a pour elle la force obligatoire du contrat<sup>725</sup>. Il tombe sous le sens, en effet, qu'une fois le contrat conclu, l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil interdit au créancier de ne plus vouloir de la prestation qui lui est due en vertu de ce contrat. Autrement, la force obligatoire du contrat signifie non seulement que le débiteur doit exécuter ce qu'il a promis<sup>726</sup> mais encore que le créancier doit recevoir l'objet de cette promesse. Le droit à la prestation qui est le sien occulte souvent le devoir de recueillir cette prestation qui s'impose à lui et qui n'est que l'envers du droit du débiteur au paiement. C'est là un effet nécessaire de l'irrévocabilité et de l'intangibilité des conventions<sup>727</sup>, à défaut duquel on permettrait indirectement au créancier de revenir sur l'accord ou de le modifier.

---

<sup>721</sup> V. Civ. 3, 9 décembre 1970, Bull. civ., III, n° 683; Civ. 3, 25 janvier 1995, R.C.A., 1995, n° 121. Voir pourtant, contra, Civ. I, 13 novembre 1996, Bull. civ., I, n° 404, et les obs. critiques de P. JOURDAIN, RTD civ., 1997, p. 437. et P.Y. GAUTIER, RTD civ., 1997, p. 156.

<sup>722</sup> Y.-M. LAITHIER, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004, p. 325.

<sup>723</sup> Civ. 3e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, D. 2005. 1504 ; RDI 2005. 299, obs. P. MALINVAUD ; - Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, D. 2007. 1119 , note O. GOUT ; RTD civ. 2007. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2007. 719, D. MAZEAUD et 741, obs. G. VINEY.

<sup>724</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2013, pourvoi n° 12-13734, Bull.2013,III, n°40.

<sup>725</sup> T. GENICON, « Le créancier victime de l'inexécution peut-il refuser l'offre d'exécution en nature de son débiteur fautif ? », RDC, 01 juillet 2013 n° 3, p. 890.

<sup>726</sup> C'est sous cet aspect le plus évident qu'on l'aborde généralement.

<sup>727</sup> Art. 1134, al. 2.

La demande de réparation en nature est en principe soumise à l'appréciation des juges du fond qui sont libres de choisir les modalités qui leur paraissent les mieux adaptées à la situation et les plus aptes à remettre les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat avait été exécuté. Ils ont donc le pouvoir d'écarter la demande de réparation en nature présentée par le créancier pour y substituer une condamnation à des dommages et intérêts ou même une autre mesure de réparation en nature qui leur paraîtrait plus efficace pour effacer le dommage résultant de l'inexécution<sup>728</sup>.

Ces différences de régime entre exécution en nature et réparation en nature sont donc tout à fait essentielles. Elles sont liées à la finalité des deux institutions et apparaissent donc parfaitement justifiées. Pourtant, leur application est rendue difficile par les hésitations qui affectent le critère de la distinction entre exécution et réparation en nature.

198. La distinction entre réparation en nature et exécution est loin d'être toujours nettement tranchée. Il est parfois bien difficile de discerner les techniques susceptibles de satisfaire le créancier de celles qui ne pourront lui apporter qu'une compensation. Souvent, on passe de manière presque insensible de l'exécution à la réparation.

Il faut donc, si on veut clarifier les choses, tenter de dégager un critère permettant de répartir entre ces deux catégories les différentes mesures autres que les dommages et intérêts et la résolution qui sont ordonnés par le juge pour remédier à l'inexécution.

En fait, on constate qu'il existe plusieurs conceptions possibles de l'exécution.

199. La plus étroite réduit cette notion à l'accomplissement par le débiteur lui-même de la prestation prévue au contrat.

Au sens strict, il n'y a exécution forcée que si, au terme de la procédure, le créancier est sûr de pouvoir triompher de l'entêtement du débiteur à violer le lien contractuel<sup>729</sup>. Ainsi, le créancier d'une somme d'argent peut obtenir une satisfaction directe en saisissant les actifs patrimoniaux du mauvais payeur, aux fins de règlement sur le produit de la vente. De même, lorsqu'une personne tenue de délivrer ou de restituer un bien meuble corporel s'abstient d'effectuer la remise, une saisie-appréhension est praticable pour permettre l'exécution du contrat refusée par le défendeur. En revanche, le créancier d'une obligation de comportement est dans une position inférieure, car l'exécution implique le concours du débiteur, lequel sait très bien que l'« on ne force pas à boire un âne qui n'a pas soif »<sup>730</sup>. L'aiguillon de l'astreinte ne garantit pas la

---

<sup>728</sup> P. WÉRY, note sous T.civ. Liège, 6 juin 1995, *op. cit.*, n° 124.

<sup>729</sup> M.-E., ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 141

<sup>730</sup> L. AYNES, Rapport introductif, in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 11.

collaboration des plus obstinés ; portant sur les biens du sujet et ayant une valeur incitative, sa nature même de mesure d'exécution forcée apparaît contestable. Discutable également est cette qualification lorsque l'exécution en nature s'opère en dehors du débiteur, aux frais de l'intéressé que le juge condamne à rembourser les dépenses nécessitées par la destruction de la chose indûment réalisée ou par l'intervention d'une tierce personne ayant assuré le remplacement de la prestation originelle. Si on adopte cette définition, toutes les mesures qui ont été examinées au titre des succédanés de l'exécution, y compris l'exécution par un tiers aux dépens du débiteur, échappent alors au statut de l'exécution et doivent donc être considérées et traitées comme relevant de la réparation en nature. Cela conduit donc à donner une grande importance à cette forme de réparation.

200. Une autre conception, un peu plus large, de l'exécution consisterait à admettre que celle-ci est réalisée dès lors que la prestation prévue au contrat est fournie, mais sans distinguer selon qu'elle l'est par le débiteur lui-même ou par un tiers. Cette interprétation permettrait d'englober dans l'exécution le « remplacement » fondé sur les articles 1143 et 1144 du Code Civil de 1804, mais non les autres mesures qui consistent à donner satisfaction au créancier par un moyen autre que celui qui avait été prévu au contrat.
201. Dans l'approche large de la notion d'exécution forcée, il a été proposé que seule importe la finalité poursuivie : faire en sorte que, malgré la désobéissance de son débiteur à la loi contractuelle, le créancier reçoive une satisfaction conforme à celle qui aurait dû lui être spontanément procurée<sup>731</sup>. Dès lors, l'astreinte, en ce qu'elle tend à persuader le débiteur d'accomplir sa prestation de la manière exacte dont il l'a contractée, s'apparente à un instrument d'exécution forcée. De même, l'exécution de l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur s'avère satisfaisante pour le créancier, à partir du moment où, la prestation en souffrance présente une certaine fongibilité, de telle sorte que le recours au marché puisse normalement fournir un équivalent<sup>732</sup>. Mais cette approche nous paraît fort critiquable et pour cause. Le débiteur n'a alors fait que payer le coût de l'exécution effectuée par un concurrent, ce qui est loin d'être la prestation promise. Même si au fond, on se retrouve avec la prestation prévue au contrat alors qu'il s'y opposait on ne peut qualifier cette mesure d'exécution forcée en nature. On n'a toujours pas pu forcer l'âne qui aurait dû boire à boire. Autrement dit, on ne peut

---

<sup>731</sup> P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205.

<sup>732</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2011, n° 23.

affirmer que le remplacement fondé sur les articles 1143 et 1144 du Code civil constitue un mode d'exécution forcée à l'opposé de ce qu'affirme une certaine doctrine<sup>733</sup>.

202. Enfin, la conception la plus large de l'exécution y inclut toutes les mesures qui donnent pleine satisfaction au créancier, c'est-à-dire toutes celles qui ont pour effet de lui assurer les avantages qu'il aurait retirés de l'exécution, même si la prestation exigée du débiteur pour aboutir à ce résultat diffère de celle à laquelle celui-ci s'était engagé.

Cette approche purement fonctionnelle réduit alors sensiblement le domaine de la réparation en nature car, elle permet d'englober dans l'exécution non seulement la « faculté de remplacement » fondée sur les articles 1143 et 1144 du Code Civil ; mais aussi plusieurs mesures qui ont été présentées comme relevant de la réparation en nature, par exemple, la condamnation à refaire un travail mal exécuté ou à démolir les constructions ou les ouvrages édifiés au mépris d'un engagement contractuel ou à les remettre en conformité, la fermeture d'un établissement commercial ouvert au mépris d'une clause de non concurrence etc.

De fait, cette conception, qui est défendue par une partie de la doctrine française<sup>734</sup>, trouve dans la jurisprudence certains appuis.

La jurisprudence française adopte ainsi, une conception large de l'exécution englobant toutes les mesures qui donnent effectivement pleine satisfaction au créancier. Cette position est d'ailleurs la ligne tant des principes du droit européen du contrat que des principes UNIDROIT<sup>735</sup> qui contiennent tous deux une définition très extensive de l'exécution. Avec cette position, on confère au créancier la possibilité d'exiger non seulement l'exécution proprement dite, mais aussi, lorsque celle-ci n'est plus possible, toute mesure qui lui donne la même satisfaction que l'exécution. Une nuance cependant est apportée grâce au développement du contrôle judiciaire de l'abus de droit qui fait échec aux exigences du créancier lorsqu'il apparaît que la mesure demandée est excessivement onéreuse pour le débiteur ou dommageable pour les tiers sans qu'elle soit vraiment justifiée par l'intérêt du demandeur dont le préjudice pourrait être convenablement réparé par l'allocation de dommages et intérêts.

203. A notre avis, élargir l'exécution à toute mesure qui donne satisfaction au créancier en lui permettant d'obtenir l'équivalent de la prestation promise, est nuisible au contrat. On devrait pouvoir faire économie en matière contractuelle de cette notion de « réparation en nature », si

---

<sup>733</sup> A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », *Economica*, 2004, n° 5.

<sup>734</sup> Notamment M.-E ROUJOU DE BOUBÉE, Thèse précitée.

<sup>735</sup> Art. 7.2.3 : « 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 »

difficile à cerner et d'ailleurs à justifier sur le plan des textes. L'ingéniosité dont la jurisprudence et la doctrine ont fait montre pour trouver des justifications et des voies détournées à la réparation en nature, peut être mise au service de l'exécution, pour qu'en tout état de cause, la finalité du contrat (l'exécution en nature) soit réalisée.

## Chapitre 2 : La limitation du suivisme de la jurisprudence occidentale

204. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est une émanation de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Elle a pour mission de dire le droit et surtout de réaliser l'harmonisation de l'application du droit des affaires dans tous les Etats membres de l'OHADA<sup>736</sup>.

L'OHADA a perpétué les dispositifs classiques de l'arbitrage avec quelques spécificités notables. Ainsi, dans l'espace OHADA, coexistent l'arbitrage ad hoc caractérisé par le libre choix des parties quant à la désignation des arbitres et du lieu de l'arbitrage, l'arbitrage administré par des centres permanents d'arbitrage classiques<sup>737</sup> fonctionnant suivant des modalités classiques, et l'arbitrage sous l'égide d'une instance institutionnelle d'arbitrage d'un genre nouveau qu'est la CCJA. Le dispositif de l'OHADA en matière arbitrale<sup>738</sup> a permis de rendre bon nombre de sentences arbitrales. Ces sentences s'imposent dans l'espace couvert par le traité OHADA et ne peuvent être querellées que par des voies de recours limitativement prévues par le traité. L'article 25 du traité OHADA indique, d'une part, que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exéquatur et, d'autre part, que la CCJA a seule compétence pour rendre une telle décision.

L'analyse des sentences arbitrales rendues par la CCJA montre que le raisonnement tenu par la juridiction arbitrale s'identifie aux décisions des juridictions étatiques en matière d'exécution des obligations (section1).

Il ressort de l'article 20 du traité constitutif de l'OHADA que l'exécution des arrêts de la CCJA ne nécessite pas le prononcé préalable d'une décision d'exéquatur habituellement délivrée par une autorité judiciaire nationale compétente. Il n'est prévu à l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA qu'une formalité simplifiée. L'assimilation des arrêts de la CCJA aux

---

<sup>736</sup> Selon l'article 31 du Traité révisé la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est composée de neuf (9) juges, toutefois le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et des possibilités financières, fixer un nombre de juges supérieur à celui prévu par le Traité. Les Juges sont élus pour un mandat de sept (7) ans non renouvelable parmi les ressortissants des Etats Parties. - Les fonctions d'arbitrage de la CCJA. C'est le Traité de Port-Louis qui prévoit les fonctions d'arbitrage de la Cour dans son préambule. Il ressort que les Etats signataires sont désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. La CCJA n'ayant pas le monopole de l'arbitrage, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une procédure d'arbitrage institutionnel ou d'une procédure d'arbitrage ad hoc. Il revient alors aux parties, au moment de la rédaction de la clause compromissoire, de choisir l'une ou l'autre procédure.

<sup>737</sup> Dans l'OHADA, il existe quelques centres d'arbitrage notamment au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Cameroun, au Togo au Bénin et au Burkina-Faso à côté de la CCJA.

<sup>738</sup> Actes uniformes et centre d'administration en matière arbitrale

décisions rendues par les juridictions des Etats-Parties est une innovation de taille. Mais un problème semble se poser lorsque la partie contre laquelle la décision de la CCJA doit être exécutée n'est autre que l'Etat ou ses démembrements. Le bénéficiaire de la décision est alors confronté aux questions d'immunités. A y voir de près, l'immunité dont bénéficient les Etats est un obstacle à l'exécution forcée en nature des engagements prises par la personne publique (Section2).

## **Section 1 : Le suivisme par les arbitres du raisonnement classique**

205. L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits, dans lequel un arbitre intervient pour prendre des décisions qui engagent les deux parties qui font appel à ses services.

C'est un mode non étatique de règlement des litiges, un mode de résolution des conflits par l'intermédiaire d'un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs arbitres<sup>739</sup>. L'arbitre est un véritable juge dont la décision s'impose aux plaideurs. L'arbitrage permet donc de régler un litige<sup>740</sup>, en confiant le différend à un ou plusieurs particuliers choisis par les parties ou à une formation institutionnelle d'arbitrage.

L'affaire Société Bénin Control SA C/ Etat du Bénin qui nous intéresse ici rend un peu compte de l'état de la jurisprudence dans l'espace OHADA en matière de suites données à l'inexécution d'un contrat. Elle est édifiante à plus d'un titre car ayant transité par la procédure d'arbitrage, l'une des particularités de l'espace OHADA. On aurait pu espérer que cette décision fasse ressortir des spécificités allant dans le sens des objectifs de l'OHADA : assurer la sécurité juridique et judiciaire dans le monde des affaires. Cette sécurité devrait passer par la pérennité des engagements contractuels, que les parties au contrat soient des personnes privées ou publiques. Dans cette importante sentence de la CCJA il n'en a pas forcément été ainsi. Après avoir abordé l'acquisition salutaire de l'aptitude de compromettre de l'Etat qui, l'autorise à soumettre des différends commerciaux auxquels il est partie à un arbitre (Paragraphe 1), nous verrons qu'à la question de l'inexécution contractuelle, le raisonnement des juridictions (la CCJA y compris) conduit à un recours facile à la réparation (Paragraphe 2).

---

<sup>739</sup> En général trois.

<sup>740</sup> Sans passer par les tribunaux de l'Etat mais par une juridiction arbitrale.

## Paragraphe 1 : L'acquisition de l'aptitude des Etats membre de l'OHADA à compromettre

206. Aux termes de l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA, toutes les personnes peuvent compromettre<sup>741</sup>. C'est un principe essentiel, en ce qu'il énonce le droit pour tous de recourir à l'arbitrage. Mais, il a été soutenu qu'en raison de leur nature ou de leur mission, certaines personnes ne peuvent pas se soumettre valablement à la juridiction arbitrale<sup>742</sup>. C'est notamment le cas, des personnes morales de droit public, y compris l'État lui-même.

L'aptitude à compromettre de l'Etat sur le plan international ne fait aucun doute<sup>743</sup>. Aux termes de l'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « Tout État a la capacité de conclure des traités ». En outre, dans certains pays, l'aptitude de l'État à compromettre figure expressément dans la constitution<sup>744</sup>. Toutefois, si dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, l'État proclame son pouvoir de compromettre, les raisons qui peuvent le conduire à admettre l'arbitrage face à un autre État ne jouent pas en face d'une personne privée : n'étant plus en présence d'un pair, l'État est porté à se retrancher derrière sa qualité de souverain<sup>745</sup>. Il a alors le réflexe de vouloir à tout prix soumettre le particulier à la compétence de ses propres tribunaux<sup>746</sup>. C'est une question de souveraineté pour l'État, dont la vocation est de rendre la justice plutôt que d'être lui-même assujetti à la justice d'un tiers. Tout État peut éprouver une telle méfiance, même si ce sentiment ne se traduit pas toujours par une interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage<sup>747</sup>.

---

<sup>741</sup>Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, *JO de l'OHADA*, 3<sup>e</sup> année, n° 8, 15 mai 1999, p. 1-8 in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, vol. I, sous la direction de P.FOUCHARD, Bruylant, Bruxelles, 2000, Annexe II, p. 264-270.

<sup>742</sup> P. FOUCHARD (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, Annexe II, n°24, p. 329.

<sup>743</sup> O. DIALLO, « Le consentement des parties à l'arbitrage international », *Open Edition Revues.org Graduate Institute Publications*, 2010, p. 13-53.

<sup>744</sup>Ainsi, l'article 24, paragraphe 3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne en date du 23 mai 1949 dispose que « Pour régler les litiges entre États, la Fédération accédera à des conventions sur un arbitrage international général, de portée universelle et obligatoire ». La disposition citée a une portée large, couvrant également la justice internationale. V. H. OBERDORFF, *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, La documentation française, Paris, 1992, p. 15-55, spéc. p. 22.

<sup>745</sup> B. AUDIT, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international, La Haye, 1987, p. 27.

<sup>746</sup> C. CARABIBER, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *RCADI*, 1950-I, p. 220-317.

<sup>747</sup> Ainsi, les pays de *Common Law* ignorent généralement cette prohibition, tout comme la Suisse, l'Italie, la Suède, l'Allemagne, qui admettent la possibilité pour l'État et d'autres personnes publiques de recourir à l'arbitrage. V. J.-F. POUURET, S. BESSON, *op. cit.*, note 39, p. 191. Mais « lors même que cette faculté est admise, son exercice peut être entouré de précautions particulières » (B. AUDIT, *op. cit.*, note 45, p. 27).

Après avoir présenté les restrictions censées faire échec à la participation de personnes publiques à l'arbitrage (A), nous verrons de quelle manière le consentement à l'arbitrage exprimé par les parties a pu prévaloir, en faisant de l'État et des autres personnes morales de droit public des justiciables de l'arbitrage (B).

### **A- Du refus originel de l'aptitude de compromettre de l'Etat**

207. La question de l'aptitude de l'État et des entités publiques à participer à l'arbitrage est diversement abordée. Si, pour certains auteurs, il s'agit d'une question de capacité ou de pouvoir<sup>748</sup>, d'autres y voient un problème d'arbitrabilité subjective<sup>749</sup>. D'autres encore considèrent que l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est une catégorie juridique autonome, qui ne se confond ni avec l'arbitrabilité du litige ni avec la capacité des parties<sup>750</sup>. Quoi qu'il en soit, des mesures tant législatives que réglementaires ont été prises dans divers États pour interdire ou restreindre l'accès des personnes publiques à l'arbitrage.

Aux termes de l'article 2060 du Code civil, « On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics ». Il s'agit d'une mesure générale de nature organique, qualifiée par le Conseil d'État de principe général du droit public français<sup>751</sup>. Sous l'influence du droit français, le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques a été repris par d'autres États<sup>752</sup>.

De nombreux pays francophones de l'Afrique subsaharienne ont également repris du droit français le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques. Il résulte ainsi

---

<sup>748</sup> C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. jurispr. com.* 1996, p. 1 et 2.

<sup>749</sup> P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, p. 330.

<sup>750</sup> B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI*, 1994, p. 899-966, spéc. p. 903.

<sup>751</sup> Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, D. 1958, p. 517, conclusions Gazier et note L'HUILLIER ; *JCP*, 1958.II.10800, note MOTULSKI ; Conseil d'État, Avis du 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, *Rev. arb.*, 1992, p. 397.

<sup>752</sup> En Belgique, cette interdiction s'est d'abord imposée en vertu des articles 83 et 1004 du Code de 1806. N'ayant pas été repris dans le Code judiciaire entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1970, le principe fut réintroduit par la loi du 4 juillet 1972 (Partie VI : articles 1676 à 1723 du Code judiciaire), dont l'article 1676, al. 2 se lit comme suit : « Hormis les personnes morales de droit public, quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage ». En Algérie, le principe de prohibition a une portée plus limitée. En effet, aux termes de l'article 442, al. 2 CPC algérien (Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993), « Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations commerciales internationales »

du droit interne de ces États que l'arbitrage est exclu du contentieux intéressant les personnes morales de droit public<sup>753</sup>.

208. Les dispositions susmentionnées ont toutes le même objectif : soustraire l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics à la juridiction arbitrale. Mais, si l'objectif est commun, les raisons invoquées à l'appui de la règle varient. Ainsi, en droit français, on a mis en avant « la volonté de ne pas permettre aux personnes publiques d'échapper à la juridiction des tribunaux spécialement établis pour elles »<sup>754</sup>. L'idée serait non seulement de protéger la compétence desdits tribunaux<sup>755</sup>, mais aussi et surtout d'assurer la primauté de l'intérêt général sur des revendications individuelles. Ce facteur est également invoqué en droit belge, où l'on insiste aussi « sur la nécessité d'un contrôle par l'opinion publique des litiges relatifs aux dépenses de l'État et des autres collectivités »<sup>756</sup>.

Si une personne publique estime, en effet, que l'arbitrage n'assure pas une défense adéquate des intérêts publics qu'elle défend, elle peut fort bien s'abstenir de donner son consentement. En revanche, dès lors que l'arbitrage a été accepté en connaissance de cause, il devient difficile de soutenir qu'en raison des intérêts publics dont elle a la charge, une personne publique devrait pouvoir échapper à l'arbitrage dont elle a pourtant librement convenu avec son partenaire.

---

<sup>753</sup> M. KAMTO, *La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA*, dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, sous la direction de P.FOUCHARD, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 88-100, spéc. p. 96. Plus généralement, voir R. AMOUSSOU-GUENOU, *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne*, Thèse Paris II Panthéon-Assas, 1995.

<sup>754</sup> Y. GAUDEMET, « L'arbitrage : aspects de droit public. État de la question », *Rev. arb.*, 1992, p. 251.

<sup>755</sup> Le souci de protéger leur compétence n'implique pas forcément l'interdiction du recours à l'arbitrage, mais, lorsque celui-ci est admis dans un domaine relevant normalement de la compétence des tribunaux administratifs, l'encadrement et le contrôle de l'arbitrage n'échappent généralement pas à ces derniers. Ainsi, en vertu de l'article 795, al. 2 du Code de procédure civile libanais, lorsque l'arbitrage porte sur des litiges qui, en l'absence d'arbitrage, relèvent de la compétence des juridictions administratives, c'est au président du Conseil d'État libanais qu'il revient le pouvoir d'octroyer l'exequatur à la sentence. C'est également dans ce sens que s'oriente la réforme en cours en France, si l'on en juge par le projet de loi annexé au Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, (rapport LABETOULLE du 13 mars 2007), *Rev. arb.*, 2007, p. 651, obs. J.-L. DELVOLLE, p. 373 ; S. Lemaire, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 », *Rev. arb.*, 2007, p. 407- 443 ; rapport disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000267/0000.pdf> (état du 10/03/10).

<sup>756</sup> P. De BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 103.

## B- Le recours à l'arbitrage par un renversement du principe de prohibition héritée du droit français

209. Les restrictions à l'arbitrage ont pour fondement la défense de l'intérêt général dont sont comptables les personnes visées par ces mesures<sup>757</sup>. On peut néanmoins affirmer qu'il est également de l'intérêt de tous que la parole donnée soit suivie d'effet. Ne dit-on pas que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites<sup>758</sup> ? Le principe de la bonne foi serait gravement méconnu si l'on permettait à une personne publique qui a sciemment consenti à l'arbitrage de s'y soustraire après coup.

Aussi, même étant sous le coup d'une prohibition de compromettre, un État qui a manifesté un consentement libre et éclairé à l'arbitrage, ne devrait pas voir son engagement privé d'effet au motif qu'il aurait été pris en violation de sa propre loi. Déclarer la nullité de l'engagement d'arbitrage dans ces conditions, serait porter une atteinte grave et injustifiée à la souveraineté de l'État, car la loi dont on cherche à assurer le respect reste, après tout, une autre manifestation de la volonté étatique<sup>759</sup>.

Comme toute règle juridique, les dispositions législatives ou réglementaires prohibant ou restreignant le recours des entités publiques à l'arbitrage méritent d'être respectées et appliquées. Il faut néanmoins dire que cette exigence s'adresse avant tout à la personne publique visée, qui doit s'abstenir de conclure une convention d'arbitrage au mépris des règles qui la régissent.

210. Toutefois, force est de constater que dans la pratique, cette obligation n'est pas toujours suivie d'effet. En dépit de la prohibition qui lui est faite de régler ses litiges par voie d'arbitrage, la partie étatique n'hésite parfois pas à y recourir, en particulier lorsque l'acceptation de l'arbitrage

---

<sup>757</sup> D'autres évitent de prendre position sur cette qualification. En ce sens Jean Robert qui, au chapitre 2 de son ouvrage, parle de droit de compromettre plutôt que d'arbitrabilité. Toutefois, ce n'est pas dans la section consacrée à la capacité des personnes qu'il traite de la question de l'aptitude des personnes publiques à compromettre, mais dans la section réservée aux matières. J. ROBERT, B. MOREAU, *L'arbitrage : droit interne, droit international*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd, 1993, note 5, p. 13 et s.

<sup>758</sup> Article 1134, al. 1 du Code civil français de 1804.

<sup>759</sup> On le voit d'ailleurs, lorsque l'État qui a consenti en toute légalité à l'arbitrage, s'adonne à une manipulation législative pour anéantir la convention d'arbitrage qu'il avait pourtant librement acceptée. L'affaire *Losinger* en est une parfaite illustration. Alors qu'un arbitrage était en cours entre la société suisse Losinger et la Banque Kompass de Vienne, d'une part, et l'État yougoslave, d'autre part, ce dernier adopta, le 19 juillet 1934, une loi sur la direction du contentieux d'État, dont l'article 24 prévoyait que « Les procès contre l'État ne peuvent être intentés que devant les tribunaux réguliers de l'État ». Le surarbitre a dû en conclure que la procédure ne pouvait se poursuivre, la loi ayant enlevé à l'État tout titre pour participer à l'arbitrage (sentence du 11 octobre 1935). V. A. BALASKO, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, A. Pedone, Paris, 1938, p. 255.

est érigée en condition *sine qua non* d'un contrat, dont la conclusion présente un grand intérêt public<sup>760</sup>.

Acteur majeur du commerce international, dont l'arbitrage fait figure de justice ordinaire, la partie étatique ne pouvait pas se tenir longtemps à l'écart de ce mode juridictionnel préféré de la communauté des marchands. Sur le plan interne, les pays dont le droit interdit ou restreint l'accès des personnes publiques à l'arbitrage ont multiplié les exceptions à cette règle, à défaut de l'abroger purement et simplement. De nombreux textes particuliers ont été adoptés ici et là pour autoriser certaines entités publiques à compromettre. Il en est notamment ainsi, en France, de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982<sup>761</sup>, de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990<sup>762</sup> et du décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002<sup>763</sup> ; en Belgique également, certaines personnes morales de droit public sont expressément autorisées à recourir à l'arbitrage en vertu de dispositions légales ou réglementaires spécifiques<sup>764</sup>.

En outre, tout en accueillant positivement la volonté de favoriser l'accès des personnes morales de droit public à la justice privée, les spécialistes français de l'arbitrage ont cependant rejeté l'extension des effets de la dualité juridictionnelle à l'arbitrage. Une résolution du Comité français de l'arbitrage en date du 21 décembre 2007 a ainsi fermement condamné l'idée d'un « arbitrage administratif », et recommandé plutôt l'abrogation de l'article 2060 du Code civil<sup>765</sup>.

211. La solution préconisée semble la bonne<sup>766</sup>. En effet, si le but est d'abandonner « la démarche au cas par cas »<sup>767</sup> pour une approche plus générale, il serait certainement plus logique d'agir sur la disposition qui énonce le principe de prohibition. C'est, en tout cas, la voie suivie par

---

<sup>760</sup> Cf. Affaire *Eurodisney* et l'avis rendu par le Conseil d'État le 6 mars 1986, dans *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, p. 178, reproduit dans la *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 397

<sup>761</sup> *J. O.* du 31 décembre 1982, autorisant la SNCF à recourir à l'arbitrage (article 25).

<sup>762</sup> *J. O.* du 8 juillet 1990, autorisant la Poste et France Télécom à recourir à l'arbitrage (article 28).

<sup>763</sup> Décret pris pour l'application de l'article 2060, al. 2 du Code civil, autorisant divers établissements publics, dont Charbonnages de France, EDF et Gaz de France, à recourir à l'arbitrage (*J.O.* du 15 janvier 2002, n° 12). Le décret n° 84-31 du 11 janvier 1984 pris pour l'application de la loi n° 46-895 du 3 mai 1946 modifiée a également introduit une exception en faveur de l'Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA).

<sup>764</sup> On peut notamment citer les arrêtés royaux du 31 août 1939 (modifié par la loi du 17 juin 1991), du 2 octobre 1939 (suivis de plusieurs autres), du 10 novembre 1967, ouvrant les portes de l'arbitrage à l'Office national du Ducreire, à la Banque nationale et au Bureau d'intervention et de restitution belge respectivement.

<sup>765</sup> T. CLAY, « Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar ! » in *Chronique de droit de l'arbitrage* n° 2, Petites affiches, 25 mars 2008, n° 60, p. 3.

<sup>766</sup> O. DIALLO, « Le consentement des parties à l'arbitrage international », *Open Edition Revues.org Graduate Institute Publications*, 2010, p. 13-53.

<sup>767</sup> *Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, op. cit.*, note 67, p. 1.

d'autres États<sup>768</sup> et cet élan de libéralisation des conditions d'accès des personnes publiques<sup>769</sup> à l'arbitrage se poursuit et s'étend<sup>770</sup>.

Mais, c'est probablement dans l'espace OHADA que la réforme a été la plus étendue, non seulement parce qu'elle concerne toutes les personnes morales de droit public, mais aussi parce qu'elle a purement et simplement renversé le principe de prohibition hérité du droit français, pour affirmer sans ambages le droit qu'ont désormais les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sans autorisation préalable ni restriction liée au caractère interne ou international de celui-ci<sup>771</sup>. Ainsi, aux termes de l'article 2, al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, « les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »<sup>772</sup>. Cette disposition claire est tout à fait salutaire et est en conformité avec l'esprit du droit OHADA. Par contre le raisonnement des juridictions arbitrales quand se pose devant elles une question d'inexécution d'une obligation ne l'est pas.

---

<sup>768</sup> Ainsi, en Belgique, l'article 1676, al. 2 du Code judiciaire a été modifié dans le sens d'un assouplissement de la réglementation sur l'accès des personnes publiques à l'arbitrage. Si un tel accès n'était possible que dûment et spécifiquement autorisé par un texte législatif ou conventionnel, ce principe a été assorti d'une exception générale résultant de l'article 3 de la loi du 19 mai 1998. Selon cette disposition, les personnes morales de droit public belge peuvent désormais recourir à l'arbitrage pour « le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention »

<sup>769</sup> Voir notamment l'article 1-4 de la loi portugaise du 26 août 1986, l'article 3 de la loi bulgare du 5 août 1988, l'article 809 du CPC libanais issu du décret-loi du 16 septembre 1983, l'article 7.5 du Code tunisien de l'arbitrage, etc. J. -B. Racine, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 215.

<sup>770</sup> Ainsi, en Algérie, les personnes morales de droit public peuvent non seulement compromettre dans leurs relations économiques internationales, mais désormais également « en matière de marchés publics », conformément à l'article 1006 du nouveau Code de procédure civile et administrative

<sup>771</sup> M. KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA » *op. cit.*, note 58, pp. 89-100.

<sup>772</sup> J.O. de l'OHADA, 3<sup>e</sup> année, n° 8, 15 mai 1999, p.1-8.

## **Paragraphe 2: Le raisonnement simpliste des juridictions conduisant à la réparation**

212. Le schéma classique en matière d'inexécution des obligations contractuelles est bien connu. L'inexécution conduit souvent à la condamnation du débiteur défaillant au versement des dommages-intérêts ; que cette personne soit une personne de droit privé ou de droit public. Dans l'affaire ayant opposé la Société Bénin Control SA et l'Etat du Bénin, ce schéma est bien respecté. L'inexécution du contrat (A) a donné suite à la condamnation à des dommages-intérêts par le tribunal arbitral (B).

### **A- Du constat de l'inexécution des engagements contractuels**

213. L'affaire qui nous intéresse oppose la Société Bénin Control SA et l'Etat du Bénin<sup>773</sup>. En effet, la société Bénin Control SA et l'Etat du Bénin étaient liés par un contrat de marché<sup>774</sup> relatif à la mise en place d'un programme de vérification des importations de nouvelle génération. Suivant ce contrat, l'Etat du Bénin confiait à la société Bénin Control, moyennant rémunération, les fonctions d'inspection avant embarquement des marchandises ; de fourniture, de mise en service et exploitation de scanner à rayon X ; de fourniture, mise en service et exploitation d'un système de suivi électronique du transit ; de gestion automatisée de magasins, aires d'exploitation de dédouanement, scanning des bagages et palettes de fret à l'aéroport de Cotonou. Après plusieurs péripéties, l'Etat du Bénin notifiait à son cocontractant la suspension provisoire dudit contrat par correspondance en date du 2 mai 2012. La société Bénin Control sur le fondement de l'article 49 dudit contrat, saisissait le centre d'arbitrage de la CCJA d'une demande d'arbitrage ayant abouti à la constitution d'un tribunal, lequel rendait une sentence arbitrale du 13 mai 2014.
214. Après avoir décidé que le contrat en cause relève du droit privé, le tribunal a statué sur certains points comme la mauvaise exécution du contrat, la nullité du contrat, sur les demandes de reprise du contrat de marché ou d'indemnisation de la Société Bénin Control SA ainsi que sur la demande de reprise du contrat de marché n°20 du 9 février 2011.

---

<sup>773</sup> Assemblée Plénière de la CCJA, Arrêt N°103/2015 du 15 octobre 2015. Arrêt rendu sur requête aux fins d'exéquatur n°093/2014/PC du 21/05/2014 et recours en contestation de validité de sentence arbitrale n°100/2014/PC du 30/05/2014.

<sup>774</sup> Contrat n°20 en date du 9 février 2011.

Sur la mauvaise exécution du contrat : l'Etat du Bénin estime que la Société Bénin Control SA a mal exécuté le contrat justifiant ainsi sa lettre du 12 avril 2012 portant « révision du contrat PVI » par laquelle, il alléguait un défaut d'exécution de la prestation relative à la fourniture et à l'exploitation des scanners aux postes frontaliers de Hillacondji et de Kraké.

La Société Bénin Control SA soutient que pour la fourniture et l'exploitation des scanners aux postes frontaliers de Hillacondji et Kraké, le défaut d'exécution résulte de la non mise à sa disposition par l'Etat béninois des sites d'installation desdits scanners bien que ceux-ci aient été importés et entreposés notamment celui prévu pour Hillacondji, depuis plusieurs mois déjà au port de Cotonou.

S'agissant du site de Kraké, la difficulté vient de l'opposition de la Direction de l'Intégration Régionale (DRI) structure de l'Etat béninois qui reproche à la Société Bénin Control SA d'avoir entrepris des travaux « sans autorisation formelle écrite », sur un site attribué à la CEDEAO pour abriter les bureaux à contrôle nationaux juxtaposés entre le Bénin et le Togo.

Le tribunal arbitral constate que l'Etat du Bénin, excepté l'installation des scanners, ne fait état ni ne produit aucun élément ou pièce établissant la mauvaise exécution alléguée et imputable à la Société Bénin Control SA ; or les obligations mises à la charge de celle-ci par le contrat de marché en cause sont autrement plus importantes que celles consistant à installer des scanners à Hillacondji et à Kraké. Du reste, si l'installation de ces scanners n'a pas été réalisée, ce n'est pas du fait de la Société Bénin Control SA mais faute par l'Etat du Bénin d'avoir mis à la disposition de la demanderesse les sites qui devraient recevoir lesdits scanners. En tout état de cause, il appartient à l'Etat du Bénin de prouver la mauvaise exécution invoquée pour procéder à la suspension du contrat de marché. L'Etat du Bénin non seulement n'a pas prouvé cette mauvaise exécution du contrat, mais n'a même pas offert d'en rapporter la preuve.

Le tribunal arbitral écartera dès lors le moyen fondé sur la mauvaise exécution, faute de preuve de son existence et de son imputabilité.

## **B- Du recours par l'arbitre aux dommages-intérêts classique pour inexécution contractuelle**

215. L'arbitre dans cette affaire ne s'est nullement affranchi des limites du juge. En effet, l'arbitre contrairement au juge, n'a pas d'allégeance à une loi nationale. Il devrait donc être relativement plus libre dans ces décisions surtout si les parties l'ont doté des pouvoirs d'amiable compositeur.

Les juges étatiques dans les affaires se rapportant à l'exécution forcée des obligations sont souvent confrontés au caractère personnel des obligations, à l'impossibilité juridique, morale ou matérielle de l'exécution de l'obligation. Aussi ont-ils été conduits à développer une théorie de la responsabilité contractuelle calquée sur le modèle de la responsabilité délictuelle.

La responsabilité contractuelle d'une partie à un contrat résulte d'après cette sentence « d'une faute de celle-ci pouvant être rattachée directement et indiscutablement à un contrat. Cette responsabilité est engagée dès lors qu'il existe un fait générateur de responsabilité lié à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat ayant entraîné un préjudice certain et direct ».

216. Dans l'espèce, l'Etat du Bénin, « en décidant de suspendre l'exécution du contrat de marché, de manière unilatérale, en l'absence de fait justificatif et en invoquant sans fournir ni même proposer de fournir la moindre preuve d'une mauvaise exécution imputable à la Société Bénin Control SA, commet une faute contractuelle ».

Le tribunal arbitral relève « que la faute contractuelle, imputable à l'Etat du Bénin, a un lien direct et indiscutable avec le préjudice subi par la Société Bénin Control SA, lequel s'est matérialisé par l'impossibilité pour ladite Société de continuer l'exécution du contrat de marché et de rentabiliser son investissement. La Société Bénin Control SA n'a exploité son investissement qu'à peine durant une année, alors que les différents types de prestations, résultant des engagements contractuels des parties, devraient être exécutés pendant une période variable de 10 à 19 ans ».

A cet égard, pour apprécier et retenir la responsabilité contractuelle, la jurisprudence arbitrale s'est toujours gardée de tenir compte des motifs ayant déterminé la prise de décision de la partie étatique, qu'ils soient d'ordre politique, économique, financier ou d'un intérêt général. Le tribunal arbitral rappelle « qu'il ne lui appartient pas de juger l'appréciation qu'un Etat porte à ses intérêts puisque cette appréciation relève de sa souveraineté. Cependant, il est de principe que le fait de ne pas exécuter une convention engage la responsabilité de la partie qui a manqué

à son obligation et la qualité d'Etat ne saurait dispenser d'honorer ses engagements ». Le tribunal décide dès lors que « l'Etat du Bénin est responsable de la suspension fautive de l'exécution du contrat de marché n° 20 du 29 février 2011 le liant à la Société Bénin Control SA. L'inexécution fautive ou la mauvaise exécution d'un engagement contractuel expose son auteur à une sanction et ouvre éventuellement droit à réparation au bénéfice de la partie lésée ». En droit, la réparation doit couvrir non seulement les dommages dont la demanderesse a souffert (perte subie) mais aussi des gains dont elle a été privée<sup>775</sup>.

Les dommages peuvent comprendre des pertes financières, des pertes provoquées par l'inexécution qui constituent les frais qui ont été effectivement engagés, mais aussi une atteinte à l'image, à la réputation ou au crédit. La demanderesse à la réparation peut solliciter non seulement les gains qu'elle espérait tirer de la réalisation des obligations contractuelles, mais aussi elle peut invoquer la perte de chance d'obtenir ces gains<sup>776</sup>.

Il appartient au tribunal arbitral de déterminer, par une appréciation souveraine, la réalité des dépenses faites par la demanderesse, l'existence, la réalité et l'étendue du préjudice invoqué.

Le principe retenu par le tribunal arbitral étant la réparation exacte et intégrale du préjudice subi, il a été décidé, sur la demande de paiement de dommages et intérêts que « faute par l'Etat du Bénin de reprendre l'exécution du contrat de marché dans un délai de 60 jours à compter de la notification, celui-ci devra payer, après y avoir été condamné des réparations ».

La Société Bénin Control SA réclame le paiement d'un manque à gagner, à savoir les bénéfices qu'elle aurait réalisés si le contrat n'avait pas été suspendu sur la période allant de la date de la suspension au terme du contrat.

Le tribunal arbitral<sup>777</sup> décide qu'en matière contractuelle, « en raison du principe de la prévisibilité, lorsque l'une des parties viole les termes d'un contrat, les dommages et intérêts auxquels l'autre partie peut prétendre correspondent, soit au préjudice que l'on peut raisonnablement considérer comme naturel, donc susceptible de résulter de la violation du cours naturel des choses, soit au préjudice que l'on peut raisonnablement supposer avoir été considéré par les parties, au moment de la conclusion du contrat, comme devant être le résultat probable de la violation contractuelle. Ce préjudice prévisible doit être réparé intégralement dans tous ses aspects ».

---

<sup>775</sup> P. Le TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz-Action, 2002, n° 812 et s.

<sup>776</sup> Ibid.

<sup>777</sup> Sentence arbitrale n°100/2014/PC du 30/05/2014.

Le préjudice de la Société Bénin Control SA est constitué d'une perte directement éprouvée (*damnum emergens*) et d'un préjudice économique sous la forme d'un manque à gagner (*lucrum cessans*). Ce dernier correspond à ce que la Société Bénin Control SA aurait gagné si le contrat de marché avec les différents types de prestations d'une durée de 10-16 et 16 ans avait été poursuivi jusqu'à son terme contractuel. Les juges et les arbitres réparent non seulement la perte éprouvée mais aussi le gain manqué.

Il est de règle que l'évaluation d'un manque à gagner peut se heurter à des difficultés évidentes de preuve, mais il doit être pris en compte dans une juste indemnisation. Il fait partie intégrante et est en lien direct avec la violation contractuelle. A cet égard, les juges et les arbitres bénéficient d'un pouvoir souverain d'appréciation concernant le montant des dommages et intérêts à allouer au bénéficiaire de la réparation et celle due dès lors qu'il est démontré l'existence d'une probabilité sérieuse pour la victime d'une violation contractuelle d'obtenir un avantage de l'exécution du contrat.

L'essentiel pour le Tribunal arbitral, c'est d'arriver, « dans son évaluation des dommages et intérêts, à un *quantum* qui soit plausible étant données les circonstances ». En tout état de cause, le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la valeur du gain invoqué et du quantum de la réparation, de telle sorte que la réparation accordée peut être forfaitaire ; mais l'indemnisation doit être juste et non punitive.

La doctrine et la jurisprudence admettent que pour la réparation d'un préjudice résultant d'un manque à gagner, il peut être accordé une indemnité globale forfaitaire évaluée sur une période équivalent à une partie ou à la totalité de la durée du contrat restant à couvrir et même dans le cas où la rupture anticipée du contrat est fondée sur un motif d'intérêt général.

217. A quelque nuance près, il serait difficile d'admettre que des notions différentes admettent un même régime juridique. La responsabilité délictuelle se déploie suite à l'indispensable notion de faute<sup>778</sup>. La jurisprudence a été inventive pour réussir à trouver dans l'inexécution contractuelle une faute pouvant donner lieu à des dommages et intérêt.

Cet emprunt de régime fait partie des facteurs majeurs de la régression de l'exécution forcée en nature. Un auteur<sup>779</sup> a dit au sujet de la responsabilité contractuelle qu'elle est un faux concept. Nous dirons à sa suite qu'elle est « contracticide » c'est-à-dire mettant fin au contrat en tant que source d'obligation. La CCJA par cette décision, et toutes les autres du même genre, n'a vraiment pas fait œuvre utile pour la pérennité du contrat. Cette contreperformance de la CCJA

---

<sup>778</sup> Même si on a connu la théorie de l'objectivation de la faute

<sup>779</sup> P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p. 323.

est également identifiée en ce qui concerne la question des immunités dont peuvent bénéficier les personnes publiques dans l'espace OHADA.

## **Section 2 : L'immunité d'exécution, un obstacle supplémentaire à l'exécution en nature des obligations**

218. L'autre point sur lequel les décisions de la CCJA étaient attendues pour fixer l'interprétation de la règle de droit au sein de l'espace OHADA était la question de l'immunité. Alors que l'immunité de juridiction fait obstacle à ce que des Etats soient attirés devant des juridictions nationales, l'immunité d'exécution<sup>780</sup> empêche que soient engagées sur leurs biens des procédures d'exécution forcée<sup>781</sup>. Ces deux immunités sont autonomes l'une par rapport à l'autre<sup>782</sup>.

A supposer un instant que les autorités béninoises soient saisies suite à l'exéquatur accordée à la Société Bénin Control SA dans l'affaire ci-dessus développée aux fins d'exécution de la décision. Quelles auraient été les suites de cette affaire ? La question trouve tout son intérêt dans la possibilité pour les Etats membres de l'OHADA d'évoquer l'immunité d'exécution pour faire obstacle à toute mesure d'exécution. La solution à cette interrogation se dessine entre les lignes d'une autre affaire soumise à la CCJA : l'affaire Aziablévi Yovo c/ Sté Togo Télécom<sup>783</sup>. Dans cette affaire, la CCJA n'a pas hésité à affirmer le principe de l'immunité d'exécution de l'Etat (Paragraphe 1). Aussi nous nous poserons la question de savoir si le recours à l'arbitrage aurait pu avoir une influence substantielle sur la solution à prévoir (Paragraphe2).

---

<sup>780</sup> Le principe veut que l'immunité d'exécution qui nous intéresse ici mette à l'abri tout Etat, national ou étranger, de toute mesure d'exécution forcée sur ses biens lorsqu'un tribunal, national ou étranger, a reconnu un droit à son encontre au profit d'une partie. Cette immunité a pour conséquence de faire obstacle à toute mesure d'exécution forcée et à toute mesure conservatoire sur les biens, quelle qu'en soit la nature (biens matériels, meubles et immeubles, deniers et créances), qui appartiennent à un Etat étranger, à une organisation internationale ou aux fonctionnaires qui en dépendent et auxquels est étendue l'immunité d'exécution.

<sup>781</sup> P. M. DUPUY., Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2012, n° 128, p. 143.

<sup>782</sup> D. -C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques », *Ohadata* D-07-16, p. 5 s.

<sup>783</sup> CCJA, arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/ Sté Togo Télécom

## **Paragraphe 1 : L'affirmation du principe de l'immunité d'exécution des Etats**

219. Il est aujourd'hui fermement admis en jurisprudence que les personnes publiques internes bénéficient d'une immunité d'exécution qui les fait échapper aux procédures civiles d'exécution<sup>784</sup>. L'immunité d'exécution de ces personnes publiques internes est donc un principe général d'un droit assez ancien. En France, ce principe découle de certains textes, de la séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>785</sup>.

La position du législateur OHADA sur l'immunité d'exécution (A) ne semble pas très claire. La formule « personnes morales de droit public » semble pouvoir inclure toutes les personnes pouvant bénéficier de l'immunité d'exécution, surtout quand on sait que dans beaucoup de pays, certaines lois énumèrent les personnes qui sont bénéficiaires de cette immunité<sup>786</sup>. Cette difficulté d'interprétation a rendu indispensable l'intervention de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage, haute juridiction de l'OHADA (B).

---

<sup>784</sup> Cependant, l'article 1, al. 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution qui consacre le principe de l'immunité d'exécution, a manqué de dire clairement que les personnes publiques internes en étaient bénéficiaires. C'est donc la jurisprudence qui a attribué à ces dernières l'immunité d'exécution, en rattachant l'impossibilité d'utiliser les procédures d'exécution à leur rencontre au principe général du droit selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables. Très tôt, le Tribunal des conflits avait admis l'immunité d'exécution au profit des établissements publics en affirmant dans sa décision du 9 décembre 1889 que les associations syndicales de propriétaires « présentent les caractères essentiels d'établissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur les particuliers. V. TC 9 déc. 1889, aff. Assoc. Syndicale du Canal de Gignac. ; P.WEIL., G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B.GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e éd., 2005, p. 45 et s.

<sup>785</sup> A cet égard l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, visé par la Cour de cassation dans ses arrêts de 1951, interdisant aux juges de « troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratif ». Or les voies d'exécution contre les biens de l'administration constituent un trouble qui n'est pas mineur.

F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », Ohadata D-07-16, p. 9.

<sup>786</sup> Au Sénégal, l'art. 194 du COCC dans sa rédaction due à la loi n° 2002-12 du 15 avril 2002 prévoit qu'il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. Certaines décisions se réfèrent d'ailleurs expressément à ces lois internes (TPI Bafoussam, ord. de référé n° 37 du 28 janv. 2004, SNEC SA c/ Djeukou Joseph et consorts, Ohadata J-05-01. Dans cette ordonnance, le Tribunal de Bafoussam fait application de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 déc. 1999 portant statut général des établissements publics.

## A- Le bénéficiaire de l'immunité d'exécution en droit interne

220. La personnalité publique est le fondement de l'immunité d'exécution. Au vu de l'arrêt du 07 juillet 2005 précité, les personnes morales de droit public bénéficient de l'exclusion des mesures d'exécution forcée<sup>787</sup>. Ces personnes bénéficient des prérogatives attachées à la personnalité publique : pouvoir de prendre de décisions exécutoires, pouvoir réglementaire, disposition d'un domaine public, exclusion des voies d'exécution du droit privé et des procédures collectives, etc. Ce n'est donc pas par soucis d'éviter que les saisies ne perturbent les règles de la comptabilité publique qui s'opposerait à un paiement par voie de saisie, ou du fait que l'Etat est en principe solvable, ou encore en raison du principe de la continuité du service public soutenu par certains auteurs<sup>788</sup> que ces entreprises échappent à l'exécution. Dans l'espace OHADA, les saisies-attributions pratiquées par exemple sur les comptes d'un établissement public sont rétractées<sup>789</sup>. En revanche, c'est l'absence de la personnalité publique qui écarte le bénéfice de l'immunité d'exécution aux organismes de droit privé. Les organismes qui ont l'immunité d'exécution sont chargés d'une mission de service public à l'image des établissements d'utilité publique, ou de ceux qui disposent de fonds publics mis à leur disposition par l'Etat<sup>790</sup>.

Souvent, les personnes publiques qui sont bénéficiaires de cette immunité sont : l'Etat, les provinces, les entités territoriales décentralisées dont la ville, la commune<sup>791</sup>, ainsi que les établissements publics, ceux-ci étant considérés comme des collectivités publiques spécialisées.

221. En droit comparé, la question de l'immunité d'exécution a suscité une vive controverse en France au sujet des établissements publics dont la diversité est grande et les statuts fort disparates<sup>792</sup>. Alors que l'immunité d'exécution des établissements publics administratifs était

---

<sup>787</sup> Sur ce point, la CCJA n'innove en rien dans la mesure où elle ne fait que reprendre une position désormais classique.

<sup>788</sup> A. M. H. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *OHADA : Recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles, Collection droit uniforme africain, 2002, n° 65.

<sup>789</sup> V. Ordonnance du Juge de référés de Dschang no 12/Ord. du 11 sept. 2000 ayant annulé une saisie-attribution des créances pratiquée sur les comptes de l'établissement public « Université de Dschang » entre les mains d'une banque cette ville, en se fondant sur l'art. 30 AUPSRVE, in *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, no 18, juill.-août-sept. 2002, p. 13 ; V. également MUKENDA KIPOLE, *La Protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etude du droit Congolais et des systèmes juridiques belges et Français*. Thèse de Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain, Avril 2010.

<sup>790</sup> Cass. civ. 2e, 15 nov. 1995, 93-13262, Bull. civ. II, n° 284; JCP 1995. I. 3942, n° 1, obs. P. SIMLER, à propos d'une caisse d'assurance vieillesse.

<sup>791</sup> Ces entités étant caractérisées par la généralité de leur mission d'« administrer une population » sur le territoire qu'elles couvrent en pourvoyant à ses besoins.

<sup>792</sup> Etablissements publics de type classique autrefois appelés « établissements publics administratifs, établissements publics à caractère industriel et commercial, etc.

admise sans discussion par la jurisprudence, celle des établissements publics à caractère industriel et commercial a été âprement discutée. Dans un arrêt du 21 décembre 1987<sup>793</sup>, la Cour de cassation française a décidé que tous les établissements publics à caractère industriel et commercial, en raison de leur diversité, quelles que soient les règles de comptabilité auxquelles ils sont soumis, bénéficient de l'immunité d'exécution, sans distinction aucune. Cette immunité d'exécution des personnes publiques internes est absolue, en ce qu'elle joue quelle que soit la saisie, quels que soient les biens<sup>794</sup> et quel que soit le titre exécutoire, même s'il s'agit d'un jugement de condamnation prononcé par un juge administratif ou judiciaire. L'interdiction de pratiquer les voies d'exécution contre ces personnes publiques concerne la totalité des biens leur appartenant, même exerçant une activité industrielle et commerciale, qu'il s'agisse de biens matériels, de créances, de droits incorporels, dans la mesure où ils sont nécessaires à la continuité des activités de service public. Toutefois, il convient de signaler que l'immunité d'exécution n'interdit pas une saisie pratiquée sur un bien que les personnes morales de droit public détiennent pour le compte des tiers. Dans ce cas, les personnes morales sont considérées comme des tiers saisis.

222. Cette interdiction de voie d'exécution a été ressentie comme une grave injustice dans la mesure où l'Administration et les personnes publiques qui ne sont jamais tendres avec leurs débiteurs, peuvent ainsi tarder ou s'abstenir de payer leurs dettes en toute impunité. Cette critique a retenu l'attention de certains législateurs<sup>795</sup> qui ont introduit à l'encontre de personnes morales de droit public un régime d'exécution spécifique. Ce régime, sans remettre en cause l'interdiction de procéder à des saisies, a prévu des mesures de nature à accélérer tout au moins le paiement de dettes de personnes morales de droit public. Ainsi, par exemple, la loi française du 16 juillet 1980 a-t-elle permis le prononcé d'une astreinte contre toute administration ou établissement public qui n'exécute pas une décision rendue à son encontre par une juridiction administrative. Ce mécanisme a été encore renforcé par la loi du 8 février 1995 qui a accordé au juge administratif un pouvoir général d'injonction qu'il peut assortir d'une astreinte<sup>796</sup>. Les règles ainsi applicables en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt sont prévues aux articles L. 911-4 à L. 911-10 du Code de justice administrative<sup>797</sup>. Par ailleurs, l'Etat français s'expose à des sanctions de la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention

---

<sup>793</sup> Cass. civ. 1re, 21 déc. 1987, Bureau de recherches géologiques et minières c/ Sté Lloyd Continental, Bull. civ. I, n° 348 ; JCP éd. G, 1989, I, n° 21183.

<sup>794</sup> Meubles ou immeubles.

<sup>795</sup> Mais rien de tel en droit OHADA.

<sup>796</sup> E. PICARD, « La loi du 8 février 1995, aspects administratifs », JCP 1995.I.3840.

<sup>797</sup> L. ERSTEINO, O. SIMON, *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Paris, Berger- Levrault, 2000.

européenne, dans la mesure où le droit à une exécution effective des décisions de justice qu'elle a consacré porte, en particulier, sur les condamnations prononcées à son encontre<sup>798</sup>.

223. Œuvrant en cette matière, les Etats de l'espace OHADA, majoritairement de tradition juridique française, très souvent adoptent en l'état, les critères dégagés par la jurisprudence française qui, depuis lors, connaît une remarquable évolution<sup>799</sup>. Cette méthode donc porte le grief de ne pas répondre effectivement aux exigences des pays africains, le monde des affaires étant encore en construction dans la presque majorité des pays membres de l'OHADA.

De là, il reste à dire qu'au premier plan, dans la plupart des Etats de l'espace OHADA, l'Etat et ses démembrements notamment les collectivités territoriales et les établissements publics sont, de plein droit, bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

Ces personnes morales de droit public sont soumises à un régime juridique dérogatoire au droit commun. Cela suppose qu'elles obéissent, du point de vue de leur organisation et de leur fonctionnement, aux règles exorbitantes de droit public ; il en va de même de leur régime contentieux, les litiges dont elles sont parties prenantes relèvent du juge administratif.

### **B- L'élargissement du champ des bénéficiaires de l'immunité par la CCJA**

224. En rappel des faits de l'arrêt du 07 juillet 2005, il était fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué de la Cour d'Appel de Lomé<sup>800</sup> d'avoir violé l'article 30, alinéas 1 et 2 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution, en ce que la Cour d'appel, pour confirmer l'Ordonnance n° 425/03 du 13 Août 2003, a considéré que « l'Acte Uniforme de l'OHADA, en son article 30 alinéa 1er a posé le principe d'immunité d'exécution, principe qui sera atténué à l'égard de certaines Sociétés d'Etat nominativement citées en son alinéa 2 ; que figurent dans cette énumération, les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée l'intimée ; qu'il n'existe aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution » alors que, selon le moyen, « l'alinéa 1er de l'article 30, qui ne précise pas les personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution, ne fait qu'énoncer le principe général de droit selon lequel l'Etat et les personnes morales de droit

<sup>798</sup> Ainsi, dans l'affaire jugée par l'arrêt Hornsby, c'est l'Etat grec qui avait tardé à autoriser des professeurs de nationalité anglaise à ouvrir une école privée malgré les jugements rendus en leur faveur.

<sup>799</sup> Le droit administratif français qui en est le support demeure d'ailleurs inféodé par un droit communautaire en pleine expansion.

<sup>800</sup> Arrêt n° 186/03 du 26 septembre 2003.

public bénéficiant d'une immunité d'exécution attachée à leur statut ( ... ), [et] « l'alinéa 2 de l'article 30 innove simplement lorsqu'il autorise la compensation, privant ainsi les personnes publiques de ce privilège de protection ; ... que le fait que les entreprises publiques soient citées dans l'alinéa 2 de l'article 30, ne signifie pas qu'elles bénéficient automatiquement de l'immunité d'exécution ... que le TOGO ayant voulu rendre compétitives ses entreprises publiques les a soustraites au droit public pour les soumettre au droit privé ... qu'il est donc manifeste que l'arrêt déferé a erré en énonçant que l'Acte Uniforme de l'OHADA en son article 30 alinéa 1<sup>er</sup> a posé le principe d'immunité d'exécution ... » ; que ledit arrêt doit être cassé de ce chef.

225. La CCJA, répondant à la question de droit en cause, décidait « Qu'en application de l'art. 30 (1<sup>er</sup> et 2) AUPSRVE, les entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, bénéficient du principe général de l'immunité d'exécution accordée aux personnes morales de droit public. Il en est ainsi même si la loi de l'Etat partie où est domiciliée l'entreprise concernée en dispose autrement. Par conséquent, en jugeant que « l'art.30 (1er) AUPSRVE pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée TOGO TELECOM, figurent dans l'énumération des Sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution », la Cour d'appel de Lomé n'a point erré dans l'interprétation des dispositions de l'art. 30(1 et 2) ».

Cette position de la CCJA a l'avantage de distinguer les expressions « personnes morales de droit public et entreprises publiques » consacrées par l'article 30 AUPSRVE, mais uniquement pour élargir le champ de bénéficiaires de l'immunité d'exécution<sup>801</sup>, à savoir celles visées à l'alinéa 2 de l'article 30 de cet Acte uniforme, auxquelles s'applique la compensation des dettes. Mais elle paraît critiquable en ce qu'elle retient parmi les bénéficiaires de ces immunités les entreprises publiques constituées sous les formes du droit privé<sup>802</sup>. Toutes ces personnes publiques bénéficiaires de l'immunité peuvent se cacher derrière celle-ci pour refuser

---

<sup>801</sup> CCJA, arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/ Sté Togo Télécom, in *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, P.G.POUGOUE, S. S. KUATE TAMEGHE (dir.), Paris, L'harmattan, 2010, p. 614, obs. E. KENFACK.

<sup>802</sup> Ainsi elle a jugé qu'en application de l'article 30 de l'AUPSRVE, les entreprises publiques quelles qu'en soient la forme et la mission échappent à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires (CCJA, 2<sup>e</sup> Ch., n°09/2014, 27 février 2014). Des sociétés détenues intégralement par l'État (Cas de la société FER en Côte d'Ivoire: CCJA, 1<sup>ère</sup> Ch., n°44/2016, 18 mars 2016) tout comme des sociétés d'économie mixte (Cas de AES Sonel Cameroun : CCJA, Ass. Plén., n°105/2014, 4 novembre 2014), toutes constituées sous forme de sociétés commerciales ont également été qualifiées d'entreprises publiques par la CCJA qui leur a reconnu l'immunité d'exécution. La haute juridiction a même jugé que l'immunité d'exécution devait être reconnue à l'entreprise publique constituée sous forme de société commerciale même si la législation nationale la soumettait au droit privé (Cas du Port autonome de Lomé : CCJA, 3<sup>e</sup> Ch., n°24/2014, 13 mars 2014)

d'exécuter leurs obligations contractuelles. L'élargissement de ce champ intervient dans un contexte où, certains Etats africains sensibles à cette évolution du climat des affaires et allant dans le sens du renforcement de l'Etat de droit, du respect des obligations pesant sur les personnes publiques et, finalement, de la promotion des investissements et des entreprises que promeut l'OHADA, ont fait œuvre utile. A titre d'exemple, au Tchad, la loi de 1998 prévoit que « lorsque l'Administration est condamnée au paiement d'une somme déterminée, elle est tenue de procéder à son mandatement dans les quatre (4) mois qui suivent la date où l'arrêt est devenu définitif. Dans le cas contraire, le Comptable concerné, au vu de la grosse de l'arrêt, en assure l'exécution d'office ».

Il a fallu attendre treize longues années avant que la juridiction suprême de l'OHADA ne revienne sur sa position qui visiblement était en contradiction avec les objectifs de l'OHADA. En effet dans une récente décision<sup>803</sup>, la CCJA vient d'abandonner cette position rigide. En l'espèce, un créancier a fait pratiquer des saisies sur des biens appartenant à la société anonyme dite société des Grands Hôtels du Congo. Sur contestation de cette dernière, les juridictions congolaises ont ordonné la mainlevée de la saisie au motif que le débiteur saisi bénéficie de l'immunité d'exécution. Les juridictions congolaises fondent ainsi leur décision sur l'article 30 de l'AUPSRVE selon lequel l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. C'est contre cette solution, pourtant conforme à la jurisprudence traditionnelle de la CCJA, que le pourvoi est introduit devant la CCJA. Il est reproché aux juges du fond de qualifier la société des Grands Hôtels du Congo d'entreprise publique alors même qu'elle est une société d'économie mixte constituée sous forme de société anonyme et dont le capital est réparti entre les personnes privées et l'Etat.

En réponse, la CCJA revient sur sa jurisprudence concernant l'immunité d'exécution des entreprises publiques. Elle relève dans l'arrêt qu'**une entreprise publique ne peut bénéficier de l'immunité d'exécution dès lors qu'elle est d'économie mixte et constituée sous forme de personne morale de droit privé.**

Il faudrait donc désormais distinguer entre entreprises publiques de droit privé et entreprises publiques de droit public, seules ces dernières bénéficiant de l'immunité d'exécution. Quant aux entreprises publiques de droit privé, elles seront désormais soumises aux voies d'exécution.

---

<sup>803</sup> CCJA, 3e Ch., n°103/2018, 26 avril 2018.

Mais nonobstant cette décision salubre on peut hésiter quant au régime applicable aux entreprises publiques de droit privé dont le capital est détenu intégralement par l'État et ses démembrements. Le simple fait qu'elles soient constituées sous forme de droit privé suffit-il à les soumettre aux voies d'exécution même s'il semble bien cohérent que l'option pour une forme privée emporte application du droit privé et donc des voies d'exécution<sup>804</sup>.

Pour contourner la difficulté, le recours à un arbitre pour le règlement des différends peut être interprété comme un renoncement à cette immunité.

## **Paragraphe 2 : L'influence de l'arbitrage sur l'immunité d'exécution au sein de l'OHADA**

226. Lorsqu'un Etat membre de l'OHADA refuse de s'exécuter face à une décision de la CCJA revêtue de l'exéquatur, au motif de l'immunité d'exécution, quel recours s'offre à la partie demanderesse de l'exécution ? La jurisprudence de la CCJA ne semble pas encore avoir pris position sur la question. En droit comparé, la jurisprudence s'est montrée hésitante sur cette question.

A l'évidence, l'immunité d'exécution est un obstacle à la mise en œuvre, à l'encontre des personnes publiques, de l'une quelconque des mesures exécutoires ou conservatoires prévues à l'AUPSRVE. Elle a ainsi un effet personnel. Le recours à une convention d'arbitrage semble atténuer l'immunité d'exécution des personnes publiques (A). Mais il va falloir que les Etats membres de l'OHADA adoptent en leur sein, une réglementation qui sécurise les relations d'affaires dans l'espèce OHADA (B).

---

<sup>804</sup> A.U. IBONO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA », *Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Revue ERSUMA, N° 3 - Septembre 2013.

## **A- Le recours à une convention d'arbitrage, présomption de renonciation à l'immunité**

227. S'il n'est pas impossible pour les personnes publiques de renoncer expressément, par voie conventionnelle, à leur immunité d'exécution devant les juridictions étatiques, leur recours à l'arbitrage, désormais admis en droit OHADA, pose davantage de problèmes de fond. Le recours au règlement arbitral d'un litige emporte-t-il l'immunité de saisie ?

D'un point de vue assez répandu, l'on s'accorde à dire que l'acceptation, par les personnes publiques, du règlement arbitral de certains litiges dont elles sont parties prenantes vaut, de façon présomptive, renonciation à l'immunité d'exécution prévue par l'AUVE. Du fait de la renonciation donc, tout créancier d'une personne publique peut par conséquent entreprendre, sur les biens de cette dernière, des mesures conservatoires ou d'exécution forcée. Il va sans dire qu'à travers ce schéma, la renonciation ôte à la personne publique, et non aux biens de celle-ci, le privilège dont elle bénéficie de la loi (article 30 AUPSVE).

Une limite à l'immunité d'exécution consiste donc en la possibilité qui est reconnue aux Etats de renoncer à leur immunité d'exécution, puisque celle-ci n'est destinée qu'à les protéger. En principe, la renonciation doit être expresse, c'est-à-dire être formellement exprimée, le formalisme protégeant le titulaire de l'immunité. Elle ne saurait donc être présumée. Dans cet ordre d'idées, la renonciation à l'immunité de juridiction ne doit pas être considérée comme valant renonciation à l'immunité d'exécution, d'autant plus que la dissociation entre ces deux immunités est établie en droit comparé par les textes internes<sup>805</sup> et internationaux<sup>806</sup> et s'appuie sur une jurisprudence classique<sup>807</sup>. Dès lors, la renonciation à l'immunité d'exécution n'implique pas *ipso jure* l'acceptation de mesures de contrainte sur les biens de celui-ci<sup>808</sup>.

228. Cependant, à travers certaines situations, la jurisprudence a admis la notion d'une renonciation implicite de l'Etat à son immunité d'exécution, à condition que ladite renonciation soit certaine

---

<sup>805</sup> Loi anglaise, art. 13.3. : « Mais une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux de Royaume-Uni ne peut être considérée comme un consentement au sens de cette sous-section » ; loi canadienne, art. 11, § 2 : « La soumission de l'Etat étranger à la juridiction du tribunal ne constitue pas le consentement prévu au paragraphe (1) ».

<sup>806</sup> L'article 5.2 de la Résolution de l'IDI de 1991 est parfaitement clair à cet égard : « Le consentement à l'exercice de la juridiction n'implique pas le consentement à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct ».

<sup>807</sup> CA Paris, 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de la République démocratique du Vietnam, RCDIP 1970, p. 490, décida clairement que « l'immunité d'exécution n'est nullement liée à l'immunité de juridiction ».

<sup>808</sup> Cette règle est reprise à l'article 20 de la Convention des Nations Unies de 2004.

et régulière. La jurisprudence a dégagé cette renonciation implicite notamment à travers l'existence d'une clause d'arbitrage. En effet, la capacité pour un Etat d'être partie à une procédure d'arbitrage constitue un attribut de souveraineté. Ces considérations ont conduit les Etats à favoriser, dans la pratique, l'arbitrage comme mode de résolution des litiges lorsqu'ils ont à contracter avec des opérateurs privés, étrangers ou non. Le refus de la part de l'Etat d'exécuter spontanément une sentence arbitrale qui lui est défavorable, conduit souvent la partie adverse à saisir un juge étatique, parfois étranger, dans le but d'obtenir la reconnaissance de la sentence ainsi que des mesures d'exécution forcée. A cette occasion, la jurisprudence a retenu la clause d'arbitrage convenue par un Etat comme valant renonciation à l'immunité d'exécution. Tout d'abord, le juge français retient que la clause d'arbitrage avec engagement d'exécuter la sentence vaut acceptation de ce que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur<sup>809</sup>, ce qui équivaut à une renonciation à l'immunité d'exécution de la part de l'Etat. Dans l'arrêt *Creighton c/ Qatar* du 6 juillet 2000, adoptant une solution favorable aux personnes privées, la première Chambre civile de la Cour de cassation française cassait un arrêt de la Cour d'appel, en jugeant que « (...) l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 de la Chambre de commerce international impliquait la renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution<sup>810</sup> ». La Cour d'appel de Paris, sur renvoi, a emboîté le pas à la Haute juridiction, rappelant en premier lieu la présomption en faveur de l'immunité d'exécution, sous la réserve du consentement exprès de l'Etat, estimant ensuite que l'acceptation d'une clause compromissoire constitue un tel consentement exprès<sup>811</sup>. Pour un auteur, « admettre que l'acceptation d'une procédure d'arbitrage emporte une renonciation à l'immunité d'exécution, c'est opérer une révolution, et rien ne vient assurer que la sécurité du commerce international, et partant, le succès de telles clauses soient désormais acquis<sup>812</sup> ». Aussi, approuve-t-il la nuance apportée par la Cour d'appel de Paris qui jugea que la renonciation par un Etat à l'immunité de juridiction en raison de la souscription d'une clause d'arbitrage, ne valait pas renonciation à l'immunité d'exécution pour les biens essentiels liés au fonctionnement des relations diplomatiques<sup>813</sup>.

---

<sup>809</sup> Comp. Civ. 6 juill. 2000, JCP 2001, p. 223, note KAPLAN et CUNIBERTI.

<sup>810</sup> Cet arrêt a donné lieu à de nombreux commentaires, critiques ou non. V. P.LEBOULANGER, *Rev. arb.*, 2001, pp. 114-134, favorable à la solution dégagée et pour une appréciation critique, V. I. PINGEL-LENUZZA, *JDI* 2000, pp. 1054-1056.

<sup>811</sup> Dans le même sens, CA Paris, 12 déc. 2001, *Rev. arb.* 2003. 417, note P.LEBOULANGER. Elle a jugé que « (...) l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opérant, au vu du principe de bonne foi et sauf clause contraire, une renonciation à l'immunité de juridiction ».

<sup>812</sup> J. VERHOEVEN, *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, Brux., Larcier, 2004.

<sup>813</sup> CA Paris, 1re Ch. A, 10 août 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France et autres c/ Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, *Rev. arb.* 2001, pp. 114-134, note P. LEBOULANGER.

229. Mais, il ne faudra cependant en exagérer le fait puisque là encore, certains biens de l'Etat continueront de bénéficier d'un traitement de faveurs par rapport à d'autres quoiqu'étant somme toute la propriété de la personne publique poursuivie. Ici intervient donc la distinction bien connue des actes de gestion et des actes de puissance publique. En effet, seuls les biens destinés à servir les besoins purement privés ou commerciaux de l'Etat deviennent saisissables tandis que ceux affectés aux activités de souveraineté ou de service public restent toujours couverts par un régime juridique spécifique qui est l'insaisissabilité. La saisie des biens destinés à la satisfaction de l'intérêt général mettrait inévitablement à mal le sacro-saint principe de la continuité du service public ; or, paralyser le service public c'est, dans une certaine mesure, priver l'Etat de sa raison d'être.

En toute logique, il semble que les biens qui constituent, à titre exclusif, le support matériel des actes de gestion accomplis, par la personne publique ne saurait bénéficier d'un régime juridique distinct des activités qu'ils servent.

De cette façon, la renonciation ne fait que démanteler la barrière qui rendait le patrimoine saisissable de l'Etat inaccessible. Le droit d'entreprendre les voies d'exécution que le créancier se réapproprie demeure tout de même matériellement limité puisqu'il se trouve une fois de plus confronté à un autre principe, tout en étant autonome et indépendant du premier, n'est du reste que spécial en ce qu'il vise une catégorie précise et déterminée des biens et des droits du débiteur. Ce qui signifie en principe, qu'aucune saisie ne peut toujours être pratiquée sur les biens affectés aux activités de souveraineté et de service public après la levée de la barrière qui faisait obstacle au créancier de la personne publique d'agir directement sur le patrimoine de celle-ci.

L'Etat, par exemple, peut raisonnablement invoquer les règles de son droit interne ou du moins conventionnelles pour s'opposer à une saisie entreprise sur ses biens destinés aux activités de souveraineté ou de service public quoiqu'il y ait eu renonciation à l'immunité d'exécution. L'insaisissabilité des biens affectés aux activités de souveraineté ou de service public est une protection d'ordre public et peut s'inscrire au nombre des règles gouvernant l'ordre public international dont la violation devrait entraîner l'annulation de la sentence arbitrale.

## **B- La nécessité de renforcement de la présomption par une restriction expresse de la portée de l'immunité**

230. Le recours au procédé contractuel qui constitue le déterminant du monde des affaires exige qu'il y ait un équilibrage des relations entre l'Etat, agent économique, et ses partenaires privés. Le régime exorbitant de droit commun dont l'Etat bénéficie ne semble pas être totalement compatible avec certains pans du droit où la bonne foi et surtout l'égalité des armes demeurent la règle. Le domaine des affaires, où l'intervention de l'Etat n'est d'ailleurs pas exclue, constitue cependant l'un de ces pôles soumis à un régime d'égalité.

Loin de penser à une quelconque égalité entre l'Etat et les personnes privées, il demeure cependant souhaitable que les Etats parties à l'OHADA adoptent dans leur législation interne des règles complémentaires<sup>814</sup> de nature à résoudre les problèmes de recouvrement que rencontrent souvent les créanciers des personnes publiques. Souvent en Afrique, les partenaires privés de l'Etat ne sont pas au bout de leurs peines même en possession d'une décision de justice favorable. Même dans l'hypothèse où l'Etat renoncerait à son immunité d'exécution, son exécution forcée est encore inimaginable sur le territoire de beaucoup d'Etats africains.

Les procédures de « mandatement d'office » ou de « mandatement obligatoire » constituent, avec l'astreinte, des voies d'exécution administrative qui, si elles sont bien sûr instituées au sein des Etats parties, pourraient peu ou prou vaincre la résistance de l'Etat au paiement d'une dette constatée par un titre exécutoire. Cela aura pour effet d'encourager l'investissement direct international et surtout de le sécuriser.

231. L'immunité d'exécution, il faut le dire, est un risque juridique qui, prise à l'absolu, peut freiner le développement des relations d'affaires entre les personnes publiques et les tiers.

C'est d'autant dire que la tendance absolutiste du juge communautaire ne semble pas être conforme à l'esprit général de l'objectif OHADA. Restreindre la portée de l'immunité d'exécution paraît plus conciliable avec les objectifs recherchés par les Etats parties à l'OHADA<sup>815</sup>.

Les décisions de la CCJA ci-dessus répertoriées ne concourent pas à une exécution des obligations contractuelles telles que stipulées dans les conventions. Il faut reconnaître qu'en

---

<sup>814</sup> Le législateur OHADA n'ayant quant à lui prévu que la compensation pour les dettes réciproques du moins reconnues par les personnes et entreprises visées à l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE.

<sup>815</sup> La sécurité juridique et judiciaire est menacée dans ces conditions.

motivant ainsi ses décisions ou en adoptant de tel raisonnements, la CCJA ne fait que reprendre des concepts créés de toutes pièces par la jurisprudence et la doctrine occidentale. Ces logiques rendent compte des valeurs occidentales dont les Etats membres de l'OHADA doivent se départir.

## **Titre 2 : La quête d'un droit à l'exécution forcée en adéquation avec les objectifs de l'OHADA**

232. Le droit est « à la fois le produit des faits sociaux et de la volonté de l'homme, un phénomène matériel et un ensemble de valeurs morales et sociales, un idéal et une réalité, un phénomène historique et un ordre normatif, un ensemble d'actes de volonté et d'actes d'autorité, de liberté et de contrainte »<sup>816</sup>. Il faut que le droit soit en adéquation avec la société qu'il entend organiser. Le rapport entre le droit et le fait devrait être constitué de perméabilité<sup>817</sup>.
233. Du moment où dans les sociétés africaines modernes, les rapports dominants sont devenus des rapports individuels, où l'individualisme a pris le pas sur la collectivité, où les sociétés ne sont plus des sociétés agraires, où les conflits entre les individus sont régis par le droit structuré et posé par l'Etat, où la monnaie est devenue l'instrument d'échange, les solutions aux conflits se rapportant à l'exécution des obligations se calquent quasiment sur celles des Etats occidentaux dont l'organisation a servi de matrice aux Etats africains. Il faut éviter une instrumentalisation excessive du droit mû par des considérations ou des valeurs venues d'ailleurs. Les valeurs africaines doivent transparaître dans les mécanismes aussi importants que l'exécution des obligations. Le droit doit être surtout en Afrique un droit humaniste pour assurer l'existence et le développement d'une société durable. L'idéal de « justice » et l'« utile » sont deux finalités du droit, qui peuvent parfaitement coïncider<sup>818</sup>. C'est pourquoi, à l'essor d'un certain droit à l'exécution en nature constaté dans nombre d'instruments juridiques contemporains, il faut une singularité des solutions africaines et plus précisément des Etats membre de l'OHADA, basée sur des fondements endogènes (Chapitre2). Mais pour que cela se réalise, il faut en amont réduire l'attraction des autres systèmes juridiques<sup>819</sup> sur les obligations dans l'espace OHADA (Chapitre1)

---

<sup>816</sup> J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1985, n°013, p. 15.

<sup>817</sup> L. SERMET, « une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'Océan Indien », *Archives Contemporaines*, 2009, p.15.

<sup>818</sup> P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial, Nov-Déc 2011, p. 19.

<sup>819</sup> En particulier la Common Law ou les considérations économiques supplantent tout le raisonnement juridique.

## Chapitre 1 : La réduction de l'attrait des systèmes exogènes sur le droit des obligations dans l'espace OHADA

234. Le droit romano germanique et la *Common Law* n'accordent pas le même statut au contrat. Cela tient pour partie à la logique doctrinale propre à chacun de ces droits. Pour le droit romano germanique, l'ordre social découle avant tout de la définition de principes et règles collectives dans le cadre desquelles les relations entre particuliers peuvent ensuite librement s'organiser. La *Common Law* quant à elle consacre une logique de liberté d'association sous le contrôle a priori de dispositifs de représentation de l'intérêt général chargés de s'assurer que les accords interindividuels ne contreviennent pas aux intérêts des tiers et de la collectivité<sup>820</sup>. Il suit que la liberté dans les relations individuelles peut être considérée comme plus étendue dans les systèmes de *Common Law* que dans les systèmes de Droit Civil. Cette liberté s'exprime à la fois a priori et a posteriori. A priori, les relations contractuelles dans la *Common Law* sont moins codifiées que dans le Droit civil où de nombreuses relations interindividuelles sont gouvernées par des lois et règlements plutôt que par des contrats et où les accords sont marqués par l'application d'obligations ou d'interdictions. A posteriori, le différentiel de liberté contractuelle s'exprime aussi lorsqu'il s'agit de rendre les contrats exécutoires. Dans le Système Romano Germanique les parties contractantes font confiance à la loi, aux Codes, pour résoudre les problèmes que peut soulever l'exécution du contrat, alors que dans la *Common Law* il faut que le contrat prévienne toutes les difficultés qui peuvent surgir. Selon GUENAIRE, la *Common Law* est le droit du capitalisme individualiste, du rapport de force, parfois inégalitaire, en partie improvisé ; la *Common Law* construit un droit fragmenté. A l'inverse, le Système Romano Germanique est le droit du capitalisme communautaire, familial, égalitaire, hiérarchisé et structuré dans des Codes aux valeurs intangibles<sup>821</sup>. Ce juriste voit, dans l'opposition entre les deux systèmes juridiques, les clés d'une authentique alternative de civilisation, et dénonce la dangereuse domination de la *Common Law*
235. Cette opposition doctrinale est fréquemment pratiquée, notamment pour s'opposer à une analyse en termes d'efficacité comparée, telle qu'elle est pratiquée par l'analyse économique du droit. La pierre d'achoppement principale concerne la philosophie éminemment « matérialiste » de la démarche de l'économie du droit, axée sur la recherche d'efficacité dans

---

<sup>820</sup>E. BROUSSEAU et M. FARES, « Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *Revue d'économie politique*, 2002/6 Vol. 112, pp. 830.

<sup>821</sup>M. GUENAIRE, « Droit romain, Common Law, vers un mariage de raison », *Bulletin de l'Ilec*, n°338, 2002, p. 3.

la *Common Law*. C'est un tel système juridique qui exerce ses attraits sur le droit OHADA qui à l'origine est largement influencé par le droit romano-germanique. Ainsi partagé entre deux grands systèmes juridiques de par le monde et guidé par des impératifs de mondialisation et de globalisation, l'OHADA ne manque pas de reprendre à son compte, des logiques qui ne favorisent pas l'exécution en nature des obligations. Nous aborderons l'influence de la *Common Law* sur le droit OHADA (Section 1) et la nécessité de limiter l'influence de l'analyse économique du droit sur l'espace OHADA (Section 2)

## **Section 1: L'influence de la *Common Law* sur le droit des obligations dans l'espace OHADA**

236. La *Common Law* est née en Grande-Bretagne<sup>822</sup>. Elle représente l'autre grande famille de droit dans le monde ayant servi de source au droit de certains Etats africains. Le terme *common law* a plusieurs sens. Au sens large, il désigne le droit non écrit par opposition à la loi écrite. Il désigne aussi le droit commun à l'ensemble du royaume britannique par opposition aux droits spécifiques à un groupe particulier; il désigne encore cette partie du droit qui n'est, ni la législation du Parlement, ni l'*Equity*; il désigne enfin le droit anglo-saxon et normand par opposition au droit d'origine romaine<sup>823</sup>. Au sens strict, la *Common Law* se réfère au système juridique mis en place, à partir du XIIe siècle, par les rois d'Angleterre, système centré sur la production du droit par les juges royaux<sup>824</sup>. Le terme *Common Law* est donc polysémique selon qu'on le définit par rapport à l'*Equity* ou au regard des sources principales du droit anglais. La *Common Law*, par sa nature même, n'est pas réputée pour la logique de ses structures. Le droit du contrat s'est construit, en Angleterre, à partir des remèdes<sup>825</sup> ouverts au contractant victime de l'inexécution : *remedies precede*.

La prépondérance du capitalisme anglo-saxon dans les échanges internationaux se traduit par l'invasion de la *Common Law* aux dépens du Système Romano Germanique. L'usage de la

---

<sup>822</sup> « COMMON LAW », *Encyclopædia Universalis*, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/common-law/> consulté le 24 mai 2017. URL :

<sup>823</sup> J. VANDERLINDEN, « Histoire de la common law », (1996). Bruylant, données de catalogue avant publication (Canada), p. 41.

<sup>824</sup> *Ibid.*

<sup>825</sup> Le terme est utilisé couramment en anglais et on peut hésiter sur sa forme française. A. TUNC est en faveur de la traduction littérale (préface à la traduction française du Code de commerce uniforme, livres I et II, collection V, 1971, p. 17). La Convention de l'ONU sur la vente internationale de marchandise (ci-après CVIM) adopte le terme « moyen », moins frappant et plus lié à la procédure.

*Common Law* dans les contrats internationaux est devenu la règle. Partout on retrouve de plus en plus les référents du droit de la *Common Law* et s'ils ne sont pas expressément présents, des réflexions tendent vers leur incorporation (Paragraphe 1). Mais à l'analyse les solutions préconisées ne se sont pas si universelles que cela pour exercer tant d'emprise sur les autres systèmes. Ces solutions sont mues par un environnement et des considérations spécifiques qu'on ne retrouve que dans les Etats Anglais ce qui devrait conduire à ce que ces solutions restent propres au droit anglais (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Les référents originels de la *Common Law* exerçant leur attrait sur le droit des obligations dans l'espace OHADA**

237. « La conséquence juridique immédiate d'une promesse obligatoire par laquelle le promettant s'oblige à ce qu'il pleuve demain est que ce dernier assume le risque propre à cet événement, dans certaines limites préétablies avec le stipulant. Le promettant ne fait rien de plus lorsqu'il s'engage à livrer une balle de coton... La *Common Law* définit les notions d'engagement et de contrat de la sorte, ne s'embarrassant pas de la théorie superflue selon laquelle un contrat est l'assujettissement d'une volonté à une autre dans une sorte d'esclavage encadré... La seule conséquence universelle d'un contrat légalement formé est que le droit impose au promettant de payer des dommages et intérêts si l'événement ne se réalise pas. Dans toutes les hypothèses, il reste à l'abri de toute forme d'ingérences jusqu'à ce que soit passée la date d'exécution ; il reste par conséquent libre de rompre le contrat... Dans la mesure où la relation entre les parties se crée par leurs volontés, les conséquences de cette relation doivent elles aussi rester dépendantes de ces volontés »<sup>826</sup>. Ce célèbre passage de *The Common Law* par WENDELL HOLMES est une excellente illustration du fort courant de pensée chez les juristes de *Common Law* quant aux effets des contrats : les contrats ne donnent nullement naissance à des obligations de faire ou de ne pas faire ce qui a été convenu, mais offrent plutôt aux parties un choix entre l'exécution ou le versement de dommages et intérêts. Les termes d'obligation ou de droit semblent tout simplement étrangers à l'idée que la *Common Law* se fait des contrats. Nous aborderons la notion anglaise de *consideration* en *Common Law* (A) ainsi que ces implications allant des dommages intérêts à la violation efficace du contrat (B)

---

<sup>826</sup> O. WENDELL HOLMES, *The Common Law*, 1881. Cité par Y. SUELVES, La sanction de l'inexécution des contrats entre *Common Law* et *Civil Law*, et les principes UNIDROIT et ceux de droit européen des contrats, blog pédagogique de l'UNIVERSITÉ PARIS OUEST NANTERRE, <http://blogs.u-paris10.fr/>

## A- La nécessité de la consideration en Common Law

238. Pour le juriste français, la force obligatoire est consubstantielle à l'exécution du contrat, d'où le rôle central conféré à l'exécution forcée. Le droit anglais, quant à lui, établit une distinction entre exécutabilité et force obligatoire du contrat<sup>827</sup>. L'exécutabilité est appréhendée à travers la possibilité d'assigner devant un juge le partenaire contractuel défaillant. Le rapport des partenaires avec un tiers chargé de faire respecter le contrat est donc central dans l'idée d'*enforceability*<sup>828</sup>.

La force obligatoire, renvoie à la validité de la procédure de « formation » du contrat qui doit garantir que l'adhésion aux obligations souscrites est bien volontaire. En droit anglo-saxon, la *consideration*, constitue donc une garantie de la validité du contrat. Ce principe veut qu'un contrat n'est valide que s'il existe un bargain, «c'est-à-dire quelque chose à la fois recherchée par le promettant en échange de sa promesse et accordée par le destinataire de cette promesse en échange de cette promesse »<sup>829</sup>. Une partie ne peut en assigner une autre en justice, pour des dommages ou pour la *specific performance*, qu'à la condition de prouver que l'échange de promesse est complétée par la *consideration*. C'est donc la *consideration* qui assure la force obligatoire du contrat.

239. A l'opposé de cette idée, dans le droit commun des Etats Africains membres de l'OHADA, la validité repose sur l'échange de consentements. La force obligatoire du contrat ne peut par conséquent provenir que du respect, par les parties, du consentement tel qu'il a été formulé. C'est pourquoi en cas d'inexécution d'une obligation par un débiteur, le simple versement de dommages participe d'une réduction des engagements du débiteur, et atténue donc le sens même de son consentement. L'attention portée à la mise en œuvre du contrat, découle des spécificités de sa formation. On peut dès lors considérer, d'une certaine manière, qu'un contrat de droit français tend à être plus incomplet qu'un contrat de droit anglo-saxon du fait de l'absence de *consideration*.

---

<sup>827</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *Revue des contrats*, Avril 2006.

<sup>828</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDCO*, Janvier 2005-n°1, p. 50.

<sup>829</sup> *Ibid.*, p.51.

240. Cette opposition de départ entre le droit anglais et le droit français apparaît solidement ancrée. En droit anglais, les contrats ne donnent pas naissance à des obligations de faire ou de ne pas faire et encore moins de donner. Ils offrent aux parties la possibilité d'obtenir soit l'exécution, soit le versement de dommages-intérêts. À cet égard, le célèbre passage de Lord Justice Holmes permet de prendre toute la mesure de la suprématie de l'exécution par équivalent : *The duty to keep a contract at Common Law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else*<sup>830</sup>. Tout ceci est de nature à faire régresser la possibilité de l'exécution forcée en nature dans le droit anglais.
241. D'une manière générale, le droit anglais a donc adopté une stratégie très différente quant aux conséquences d'une inexécution contractuelle par rapport aux systèmes juridiques d'inspiration civiliste. Ceci implique qu'une partie au contrat n'est nullement titulaire d'un droit à l'exécution du contrat par l'autre partie, même dans les rares hypothèses où la *specific performance* est en principe disponible. De plus, une partie au contrat dispose dans la plupart des situations d'un droit à obtenir une prestation équivalente par le recours aux services d'un tiers, tout en mettant le coût de cette opération à la charge du débiteur initial grâce aux dommages et intérêts. À cette solution, peuvent parfois s'ajouter la résiliation du contrat et la restitution du prix. En aucun cas, une autorisation judiciaire préalable n'est requise. Enfin, les préoccupations relatives à la faiblesse de la force obligatoire des obligations contractuelles ont conduit le droit anglais à accepter des possibilités de sanctions qui n'imposent au débiteur ni l'exécution ni le paiement de dommages et intérêts, mais plutôt le versement des profits réalisés grâce à la rupture<sup>831</sup>.

---

<sup>830</sup> « Le devoir de maintenir le contrat signifie que vous devez payer des dommages-intérêts si vous ne le faites pas, et rien de plus ».

<sup>831</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, p. 59.

## B- Du versement de dommages-intérêts à la possibilité de la violation efficace du contrat

213. Les pays de la *Common Law* ne sont pas réceptifs à la primauté de l'exécution forcée en nature. Les dommages-intérêts demeurent le principe fondamental de réparation sanctionnant les inexécutions contractuelles. Les Cours de justice appliquant la *Commons Law* n'ont jamais à l'origine forcé l'exécution d'une prestation promise à un débiteur récalcitrant. Seules les Cours d'*Equity*, afin de tempérer la dureté du droit commun britannique, ont éventuellement accordé des remèdes spéciaux, la *specific performance* ainsi que les injonctions<sup>832</sup>. Cependant, leur champ d'application demeure très limité et fait figure d'exception comme tous les remèdes d'*Equity*.

Les dommages-intérêts sont dans la philosophie du droit britannique par hypothèse satisfaisante. Grande confiance est accordée au juge qui peut cependant, à titre exceptionnel, accorder l'exécution en nature. La *specific performance* relève du pouvoir d'appréciation du juge qui doit toutefois l'exercer conformément à des principes établis. Quatre critères peuvent être cités : un équivalent monétaire n'est pas adéquat, la substituabilité s'avère impossible ; l'évaluation des dommages-intérêts reflète avec peine l'étendue du dommage subi ; l'existence d'une disposition spéciale relative à la vente des biens<sup>833</sup> ; ou enfin le caractère inapproprié de l'octroi de dommages-intérêts.

214. Il apparaît clairement que l'exécution en nature par le biais de la *specific performance* répond à des besoins d'équité tempérant exceptionnellement la rigidité du droit commun. A ces exigences de fond liées en particulier à la *specific performance*, la demande du créancier doit également répondre aux critères de procédure qui conditionnent historiquement l'accès aux remèdes discrétionnaires d'*Equity*<sup>834</sup>.

Comme le relève par ailleurs un auteur, « les relations entre questions de fond et de procédure sont apparentes. Si les tribunaux de la *Common Law* ne condamnaient qu'à des dommages-intérêts, c'est en raison de leur absence de pouvoir de contraindre le débiteur récalcitrant à s'exécuter en nature. L'*Equity* a pu ordonner la *specific performance* et prononcer des

---

<sup>832</sup> Sur la résolution des conflits de compétence entre les juridictions d'*Equity* et de *common law*, V. G. H. TREITEL, « Remedies for Breach of Contract », Oxford *Clarendon Press.*, 1989, p. 64.

<sup>833</sup> Section 52 *Sales of Goods Act de 1979* : les tribunaux peuvent, à titre facultatif, ordonner l'exécution en nature en d'inexécution par le vendeur de son obligation de livrer un corps certain.

<sup>834</sup> Les critères d'accès aux Cours d'*Equity* sont demeurés presque intacts. La maxime « Whomever seeks Equity must do Equity » résume bien la teneur de cette exigence. Le créancier doit agir à temps (*barred by laches*), ne pas être abusif dans sa demande...

*injunction* grâce à la possibilité d'assortir de telles décisions de sanctions pénales en cas d'inexécution »<sup>835</sup>.

On voit bien ici l'importance de l'*imperium* du juge qui lie la portée du principe d'exécution forcée en nature. Par conséquent, les formes d'exécution forcée sont plus liées à une modalité de condamnation et aux pouvoirs de contrainte du juge qu'à la force obligatoire de la convention. La *Common Law* connaît également la *sanctity of contracts*, mais elle lui donne une autre portée. Pour un juriste anglais, la force contraignante signifie que les clauses du contrat seront respectées par les juges et ne seront annulées que dans de rares cas qui mettent en cause l'ordre public ou qui sont régis par la loi.<sup>836</sup> Dans les pays de *Common Law* ayant l'habitude de cette forme de réparation, les dommages subis sont généralement fort bien estimés par les juges.

215. Différentes techniques d'approche des dommages-intérêts ont été élaborées par la jurisprudence. Il s'agit principalement de la distinction entre dommages-intérêts positifs et négatifs.

Les dommages-intérêts positifs, les *expectation interests*, tendent à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Les dommages-intérêts négatifs, les *reliance interests*, tendent à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.

Ces deux modes qui abordent différemment la réparation, répondent chacun à une certaine logique. Les dommages-intérêts positifs sont particulièrement appropriés en cas d'inexécution d'un contrat valablement formé, alors que les dommages-intérêts négatifs sont mieux adaptés à des hypothèses telles que la responsabilité précontractuelle. Dans ce système, les dommages-intérêts s'avèrent donc être un mode d'exécution élaboré qui permet de coller au plus près du dommage subi. La primauté des dommages-intérêts sert dans cette optique la force obligatoire du contrat. D'autant plus que les juges, en cas d'inexécution abusive n'hésitent pas à infliger des dommages-intérêts punitifs<sup>837</sup> qui sanctionnent au-delà du préjudice subi, le caractère répréhensible de l'inexécution fautive du débiteur.

---

<sup>835</sup> M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.) «Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *Etudes de droit comparé (propos conclusif)*, LGDJ, 2001, p. 124.

<sup>836</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op.cit.*, p. 63.

<sup>837</sup> Punitive damages

De plus, ce mode de sanction moins respectueux de la parole conventionnellement donnée, ouvre la voie à une analyse économique du droit de l'exécution forcée.

216. L'octroi de dommage-intérêts est perçu en droit anglais comme plus viable économiquement. Il s'avère en premier lieu plus facile à mettre en œuvre. Payer une somme d'argent, si elle est bien évaluée, présenterait un bon rapport coût<sup>838</sup> /avantage<sup>839</sup>.

Cette analyse économique du droit<sup>840</sup> trouve réception au sein du droit de l'exécution forcée des pays anglo-américains. De fait, c'est tout d'abord aux Etats-Unis que le mouvement *Law and Economics* s'est développé et en particulier sur la question de la violation efficace<sup>841</sup>. Cette théorie approuve l'inexécution des obligations du débiteur si ce dernier a pour seul motif de contracter ailleurs plus avantageusement et qu'il indemnise à hauteur du préjudice subi par le créancier<sup>842</sup>.

L'épanouissement de la théorie de la violation efficace est aussi dû à la primauté des dommages-intérêts en droit anglo-américain. Le juge Holmes a dès 1897 initié ce mouvement qui tend à détacher le mode d'exécution forcée de toute considération morale<sup>843</sup>. Le débiteur possède dès lors le choix entre exécuter ou alors indemniser si l'exécution lui est moins favorable économiquement. On est ici loin de la lettre et l'esprit de l'art. 1134 al 1 du Code civil français.

---

<sup>838</sup> Atteinte à la force obligatoire.

<sup>839</sup> Réduction des frais de justice, condamnation mieux acceptée et exécutée par le débiteur récalcitrant.

<sup>840</sup> L'analyse économique du contrat est l'œuvre de l'école de Chicago dans les années 1960.

<sup>841</sup> *Efficient breach*. V. R. L. BIRMINGHAM à qui la théorie est attribuée. « Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency », 24, *Rutgers Law Review*, 1970, 273 et s.

<sup>842</sup> Citons cet exemple classique : « A vend ses marchandises à B pour 1000. C se présente et lui en offre 1200. Si A se laisse tenter par cette offre supérieure, qui lui apporte un gain supplémentaire de 200, il rompt son engagement envers B. A apprend que B allait réaliser un profit de 100 grâce à cette opération (il allait revendre les marchandises 1100). A devra donc lui payer 100 de dommages-intérêts. On constate que si A rompt son contrat avec B, chacun a lieu d'être satisfait : C obtient les marchandises au prix qu'il offrait, A réalise un profit supplémentaire de 100 (les 200 offerts en plus par C moins les 100 de dommages-intérêts), et B, avec ses dommages-intérêts, perçoit l'équivalent des bénéfices qu'il aurait retirés du contrat ».

<sup>843</sup> HOLMES, « The duty to keep a contract a common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else », *The path of law*, *Harvard Law Review*, 1897, 457.

## Paragraphe 2 : Des solutions uniquement propices au droit anglais

217. Les débats entre juristes se référant à la *Common Law* sont principalement construits autour de justifications économiques. La *Common Law* fait l'objet d'investigations économiques systématique et les juristes anglo-saxons sont rompus à l'analyse économique du droit<sup>844</sup>. Dans le monde anglo-saxon, faute de normes juridiques supérieures, le critère de l'efficacité économique apparaît comme une référence unificatrice qui conduit une large partie des juristes à l'adopter. Cela explique le développement important de l'analyse des propriétés économique des règles de droit propres à la *Common Law*. A l'analyse, le fait que les juridictions de la *Common Law* soient beaucoup plus tournées vers la condamnation à des dommages-intérêts et n'accordent qu'exceptionnellement l'exécution en nature n'est pas l'œuvre du hasard. Cela répond à des exigences d'ordre pratique propre à l'administration même de la justice dans ce système. A cause de ces exigences, l'exécution forcée en nature n'est accordée qu'à titre exceptionnel (A) ; ce qui explique sa rareté (B).

### A- L'exécution forcée en nature ; une solution exceptionnelle dans le droit de la *Common Law*.

218. Dans le système de la *Common Law*, les contrats sont des ensembles de promesses dont le droit assure l'exécution<sup>845</sup> par les différentes sanctions qu'il apporte aux ruptures de contrats, il n'existe pas plus de droit à l'exécution qu'il n'existe d'obligation d'exécuter ce à quoi l'on s'est engagé. Il existe plutôt des *remedies for breach*<sup>846</sup>, au premier rang desquels viennent les dommages et intérêts. À ce stade, il apparaît que les différences quant aux effets des contrats selon les règles de la *Common Law* ou dans les systèmes juridiques de tradition civiliste sont fondamentales, touchant à la conception même de la nature des contrats.

219. Quiconque s'intéresse au droit anglais des contrats<sup>847</sup> ne pourra que constater la prédominance de la procédure. Ce n'est pas tant que les juristes anglais ne pouvaient dégager de véritables problèmes de droit, mais que ces problèmes de droit ne pouvaient être perçus qu'à travers le prisme de la procédure. La question fondamentale était donc celle de savoir si une procédure

---

<sup>844</sup> Mais cela n'implique pas nécessairement que les principes juridiques mis en œuvre sont économiquement efficaces.

<sup>845</sup> En raison de l'existence d'une contrepartie définie par la notion de « consideration » ou grâce aux formalités du deed, anciennement un contrat scellé.

<sup>846</sup> « remèdes/réparation/dédommagement de l'inexécution contractuelle ».

<sup>847</sup> Surtout à partir du XVIII<sup>e</sup>

permettait de protéger les intérêts du demandeur. Dans cet état d'esprit, le droit de l'époque avait regroupé un certain nombre d'actions en ce qu'elles étaient contractuelles par la forme, les trois actions principales étant « *covenant* »<sup>848</sup>, *debt*<sup>849</sup> et *assumpsit*<sup>850</sup>. La grande majorité des descriptions du droit des contrats de l'époque s'attache à la disponibilité de ces actions et à leurs conséquences. Il doit en outre être précisé que seule l'action de *debt* envisage un ordre donné par la juridiction à une personne en vue de la contraindre à exécuter une obligation ; les deux autres actions ne permettent que l'octroi de dommages et intérêts. Dès lors qu'une juridiction avait ordonné cet octroi de dommages et intérêts, le défendeur était soumis à l'obligation de payer cette somme<sup>851</sup>, l'obligation d'origine étant censée se fondre dans cette dette. Ceci permettait au demandeur qui est le créancier l'accès aux actions permettant d'obtenir l'exécution des obligations de payer une somme d'argent, actions pouvant déboucher sur une saisie des biens du débiteur ou à son emprisonnement<sup>852</sup>.

220. Toutefois, ce système a été complété par les décisions « *équitables* » rendues par la Cour de la Chancellerie. Cette juridiction était à l'origine fondamentalement bureaucratique, étant issue de l'intervention du Chancelier, le premier des ministres du roi et « gardien de la conscience du roi ». Il s'agissait d'une juridiction personnelle<sup>853</sup>: le Chancelier convoquait les parties afin d'examiner leur litige et s'il venait à accueillir la requête du demandeur, ordonnait au défendeur de faire ou de ne pas faire telle chose sous peine d'emprisonnement. L'idée d'origine avec l'*equity* était de faire prévaloir l'équité entre les parties au litige plutôt que de les laisser exercer leurs droits de la *Common Law*. Au XVI<sup>e</sup> siècle cependant, l'intervention du Chancelier s'était développée en une juridiction parallèle<sup>854</sup>, avec ses propres procédures en parallèle à celles utilisées par la *Common Law* et disposant de règles et de principes juridiques propres.
221. En ce qui concerne le droit des contrats, la principale intervention de l'*equity* a été l'admission de deux sanctions de l'inexécution contractuelle : la *specific performance*<sup>855</sup> et l'*injunction*<sup>856</sup>.

---

<sup>848</sup> Une action visant à obtenir des dommages et intérêts pour sanctionner l'inexécution d'une promesse scellée.

<sup>849</sup> Une procédure permettant d'obtenir l'exécution des obligations de payer certaines sommes.

<sup>850</sup> Une action visant à obtenir des dommages et intérêts pour l'inexécution d'une promesse sujette à considération.

<sup>851</sup> The judgment debt.

<sup>852</sup> Jusqu'en 1861.

<sup>853</sup> En vertu de la maxime « l'*equity* agit in personam ».

<sup>854</sup> La Cour de la Chancellerie.

<sup>855</sup> Exécution forcée en nature.

<sup>856</sup> Injonction à s'abstenir

La *specific performance* consiste en un ordre donné par une juridiction à une personne soumise par contrat à une obligation positive d'exécuter cette obligation<sup>857</sup>. Mais précisément, en raison de cette origine « équitable », la *specific performance* présente des traits qui, aux yeux des juristes français, pourraient apparaître comme autant de faiblesses congénitales : tout d'abord, elle n'est que secondaire et accessoire, l'*equity* étant censée combler les lacunes de la *Common Law* ; par ailleurs, cette origine historique justifie le caractère discrétionnaire de la sanction ; enfin, du fait de son aspect fort intimidant et de la lourdeur des mécanismes d'exécution, les juges anglais, par la suite tenus de contrôler la bonne exécution de la sanction, ne la prononcent qu'avec réticence<sup>858</sup>, et ce quand bien même l'unification des juridictions opérée par les Judicature Acts en 1873 et 1875 les autorise à puiser dans toute la panoplie des sanctions, qu'elles aient la *Common Law* ou l'*equity* pour origine.

L'*injunction* quant à elle est un ordre donné par une juridiction à une personne de ne pas faire telle chose, en accord avec ses obligations contractuelles. Cet ordre est d'une autorité renforcée par la menace du *contempt of court*<sup>859</sup>, qui consiste en une faute<sup>860</sup> vis-à-vis de la juridiction et qui peut être sanctionné<sup>861</sup> par un emprisonnement dont la durée peut atteindre deux ans, une amende dont le montant ne fait l'objet d'aucun plafond ou la confiscation des biens. Les juridictions disposent ainsi d'un instrument très efficace, considérant que la désobéissance à l'ordre donné est non seulement une affaire d'ordre privé<sup>862</sup> mais aussi un problème d'ordre public, en ce qu'elle met en question l'autorité de la juridiction<sup>863</sup>.

---

<sup>857</sup> Y. SUELVES, « La sanction de l'inexécution des contrats entre Common Law et Civil Law, et les principes UNIDROIT et ceux de droit européen des contrats », blog pédagogique de l'Université Paris Ouest Nanterre, <http://blogs.u-paris10.fr/>

<sup>858</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDCO*, Janvier 2005-n°1, p. 52

<sup>859</sup> Outrage à la juridiction.

<sup>860</sup> La faute résidant ici dans le fait de désobéir à l'ordre donné.

<sup>861</sup> En principe en vertu du pouvoir souverain de la juridiction, mais en pratique selon des principes établis.

<sup>862</sup> Basée sur le mépris de l'une des parties de ses obligations contractuelles.

<sup>863</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, p. 50.

## **B- L'exécution forcée en nature ; une solution rare en droit de la *Common Law***

222. Traditionnellement, la *specific performance* ne peut être ordonnée que lorsque les dommages-intérêts ne sont pas adaptés. Divers critères ont été posés afin d'identifier ces cas : l'équivalent monétaire n'est pas adéquat, l'évaluation du montant des dommages-intérêts est difficile, ceux-ci seraient inexistantes et il en résulterait un enrichissement injuste pour le débiteur aux dépens du créancier, les dommages-intérêts sont inappropriés. À chaque fois, les juges conservent le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser ce remède.

Mais celui qui dit « pouvoir discrétionnaire » ne dit pas pouvoir de s'affranchir des précédents jurisprudentiels. Les juges anglais sont donc guidés, dans l'exercice de ce pouvoir, par une longue série d'hypothèses, progressivement dégagées par la jurisprudence, et dans lesquelles la *specific performance* n'est en principe pas possible<sup>864</sup>. Ainsi la *specific performance* n'est pas possible : lorsque cela causerait un *severe hardship* au défendeur ; lorsque le contrat est injuste pour le défendeur, même s'il ne l'est pas suffisamment pour que cela justifie de le priver d'effet ; lorsque la conduite du demandeur montre qu'il ne mérite pas ce remède, ce qui n'est qu'une application du fameux principe selon lequel, *He who comes to equity must come with clean hands*<sup>865</sup> ; lorsque l'exécution est impossible ; lorsque le contrat consiste en un service personnel, tel qu'un contrat de travail, encore que cette restriction semble avoir subi des assouplissements ; lorsque le contrat est trop vague ; lorsque le juge ne peut pas forcer le demandeur à exécuter ses propres obligations, sauf si, en cas d'inexécution par le demandeur, des dommages-intérêts constitueraient un remède adéquat pour le défendeur.

223. Un coup de frein à l'expansion de la *specific performance* en droit anglais semble avoir été donné par la Chambre des Lords, dans l'arrêt *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd*<sup>866</sup>. En l'espèce, la Chambre des Lords refusa d'octroyer l'ordre de *specific performance* qui avait été sollicité par le propriétaire d'une grande surface en vue de forcer le preneur à continuer d'exploiter les lieux. Parmi les motifs invoqués, on retiendra : l'existence d'un usage en vertu duquel on ne peut forcer quelqu'un à poursuivre une activité commerciale ; le risque que cela cause un préjudice considérable aux défendeurs, la difficulté qu'il y aurait à mettre en œuvre un tel ordre ; le caractère oppressif d'une mesure assortie du risque de *contempt of court* ; le fait qu'il n'était pas dans l'intérêt public de forcer quelqu'un à poursuivre son activité

---

<sup>864</sup> Ibid., p. 52

<sup>865</sup> Celui qui vient à l'équité doit venir avec les mains propres.

<sup>866</sup> A. FARNSWORTH, « Specific relief in American law », in *Mélanges J.GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 331.

commerciale en pure perte si l'on peut indemniser autrement l'autre partie : non seulement ce serait un gâchis de ressources, mais cela enfermerait les parties dans une relation contractuelle hostile.

Les juges anglais considèrent en effet que, tandis que des dommages-intérêts mettent fin au litige, l'ordre de specific performance prolonge la bataille et risque d'entraîner de fréquents recours aux juridictions, chargées de vérifier que l'ordre est correctement exécuté.

De plus, la théorie anglaise de *l'efficient breach* établit que si une partie trouve son intérêt à manquer à ses obligations contractuelles, il est économiquement judicieux de le lui permettre ; à condition qu'elle indemnise son partenaire<sup>867</sup>.

## **Section 2 : La nécessité de limitation de l'influence de l'analyse économique du droit dans l'espace OHADA**

224. L'OHADA est née au temps de la mondialisation de l'économie. Le préambule du traité de l'OHADA se focalise résolument sur l'économie. Les recettes proposées doivent pouvoir soutenir le développement de la mondialisation.

Depuis l'Antiquité, les relations entre le droit et l'économie retiennent des penseurs<sup>868</sup>. Les influences réciproques de l'économie sur le droit et du droit sur l'économie sont prises en considération notamment dans le droit commercial ou de façon plus générale, dans le droit des affaires. Comme l'OHADA a pour champ matériel le droit des affaires, l'on comprend aisément la rencontre du droit et de l'économie dans sa conception et son élaboration. L'attractivité économique du droit OHADA a été très tôt mise en exergue<sup>869</sup>. Les politiques en cours du droit OHADA entendent du reste renforcer cette attractivité. Mais comme une mise en garde, un auteur très averti exigeait qu'il faille bien circonscrire cette démarche. Que dans certaines hypothèques l'attractivité du système OHADA doive être sensiblement renforcée, on ne devrait

---

<sup>867</sup> Ibid.

<sup>868</sup> Droit et économie, Arch. phil. droit, 2. 37, 1992.

<sup>869</sup> P. G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008, pp. 117 et s ; R. FACHE et V. OUAFO BEPYASSI, « Le droit de l'OHADA : un capital vital pour le redressement de l'économie africaine », in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2006, pp. 49 et s ; H. D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », *Conférence, Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin*, Nantes, 16 mai 2002.

jamais perdre de vue la tradition humaniste de la famille juridique civiliste<sup>870</sup>. Pour lui, « Le droit est un ensemble de règles de conduite régissant les rapports entre les hommes en société. En soi, il est à la fois le produit des faits sociaux et de la volonté de l'Homme, un phénomène matériel et un ensemble de valeurs morales et sociales, un idéal et une réalité, un phénomène historique et un ordre normatif, un ensemble d'actes de volonté et d'actes d'autorité, de liberté et de contrainte...»<sup>871</sup>. Le droit recourt ainsi inévitablement à certaines sciences auxiliaires notamment l'économie<sup>872</sup>. Il ne s'oppose donc pas, *a priori*, à l'économie ; il tient seulement compte d'elle le cas échéant au même titre que de l'histoire ou de la sociologie.

225. A l'origine, l'attractivité économique de l'OHADA était recherchée de même que son humanisme<sup>873</sup>. Il faut éviter une instrumentalisation excessive du droit qui, en tout état de cause, poursuit l'idéal de justice et d'utilité. A l'heure où les initiatives de l'OHADA sont entreprises, avec une référence à peine voilée à l'économie juridique qui s'intéresse au coût des institutions et des mécanismes juridiques<sup>874</sup>, il faut se souvenir de l'idéal de justice et d'utilité. Le drame dans le cadre de l'OHADA serait de sacrifier l'éthique sur l'autel de l'efficacité, alors que dans la recherche des valeurs, la justice, doit précéder l'efficacité. Il est donc impérieux qu'une rupture se fasse entre le droit des Etats membres de l'OHADA avec celui des Etats qui s'orientent de plus en plus vers l'analyse économique du droit ; quoique ces Etats soient des référents traditionnels pour cet espace<sup>875</sup> (Paragraphe 1). Une fois cette autonomie acquise, des valeurs endogènes devront servir de référents dans l'édification du droit à l'exécution en nature dans l'espace OHADA (Paragraphe 2).

---

<sup>870</sup> P. G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial, Nov-Déc 2011, p. 12

<sup>871</sup> J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1985, n°013, p. 15.

<sup>872</sup> Il s'agit aussi de l'histoire, de la sociologie, de l'ethnologie, de l'anthropologie, la logique, la psychologie, la linguistique, la sémiologie...

<sup>873</sup> Le droit OHADA des voies d'exécution illustre cette approche. V. S. S. KUATE TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, Harmattan, 2004, p. 206.

<sup>874</sup> R. A. POSNER, *Economic Analysis of law*, Little Brown and c, 12e ed. 1977.

<sup>875</sup> Savigny faisait déjà remarquer que « Le droit courbe les faits sous sa règle au lieu de se courber sous les faits ».

## Paragraphe 1 : L'impérieuse nécessité de la scission d'avec le droit français contemporain

226. Conclure un contrat, est-ce promettre un avantage ou est-ce seulement promettre la valeur économique de cet avantage ? La réponse à cette question varie selon les systèmes juridiques qui exercent leur influence dans l'espace OHADA<sup>876</sup>.

En droit romano-germanique (français), source majoritaire du droit des obligations dans l'espace OHADA, la réponse même si elle est controversée est plutôt que le débiteur s'oblige à fournir l'avantage précis qu'il a promis au créancier. En d'autres termes, ce qu'il a été convenu d'appeler « l'exécution par équivalent » ne devrait pas l'emporter sur l'exécution en nature.

Dans les droits de *Common Law* (anglais), le débiteur qui n'exécute pas son obligation contractuelle doit, en général, payer des dommages-intérêts calculés selon l'*expectation interest*, littéralement selon l'intérêt attendu par le créancier de l'exécution du contrat. Ce n'est qu'exceptionnellement que la *specific performance* est prononcé.

Mais de plus en plus, on constatait un assouplissement de la prise en compte de l'efficacité économique de la sanction liée à l'inexécution dans les pays de Common Law (A). Dans cette mouvance et contre toute attente, l'ordonnance française de 2016 modifiant le code civil français et devant fixer le droit des obligations dans ce qu'il a de plus moderne et contemporain, fait un recul regrettable vers des considérations économiques au détriment de l'accomplissement de la prestation du. Il est impérieux que le droit des obligations dans l'espace OHADA qui s'inspire souvent de l'évolution du droit occidental en général et du droit français en particulier se départisse de cette tendance (B).

---

<sup>876</sup> Pour des développements approfondis, V. plus généralement Y.-M. LAITHIER, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004.

## A- L'assouplissement de l'analyse économique de la sanction dans les pays de la Common Law.

227. Dans les pays de Common Law, à l'heure de sanctionner l'inexécution d'une obligation contractuelle, les juges effectuent ce que l'on appelle un *adequacy test*, c'est-à-dire une évaluation du caractère adéquat de la sanction. Le principe est le système des *damages*, des dommages-intérêts, et l'exception celui de la *specific performance*, exécution forcée, ou *injunction*, injonction de s'abstenir. L'exécution de l'obligation en nature est donc accordée lorsque l'octroi de dommages-intérêts risquerait de léser le créancier de l'obligation, cependant lorsque l'exécution par équivalent est considérée comme une sanction adéquate car efficace en termes économiques, le créancier de l'obligation devra se contenter de dommages-intérêts<sup>877</sup>. Les sanctions dans la Common Law sont guidées par l'efficacité économique du contrat, c'est-à-dire qu'il est admis qu'une compensation économique peut suffire à dédommager la partie qui est créancier de l'obligation<sup>878</sup>. Cette logique s'inscrit dans la vision plus libérale du droit anglais, qui laisse les parties s'arranger entre elles, prenant seulement les précautions nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt général et non l'ordre social comme peut le faire le droit français.

Par ailleurs, la conception du droit dans la Common Law est uniquement basée sur des considérations plus pragmatique et pratique : un système de dédommagement plutôt qu'une exécution forcée est plus facile à mettre en œuvre, et permet de prendre en compte l'impossibilité d'exécution au détriment de toutes autres considérations. Cette vision est expliquée par Oliver Wendell Holmes qui écrit en 1881, à propos de la Common Law : « La seule conséquence universelle d'un contrat légalement formé est que le droit impose au promettant de payer des dommages et intérêts si l'événement (promis) ne se réalise pas. Dans toutes les hypothèses, il reste à l'abri de toute forme d'ingérences jusqu'à ce que soit passée la date d'exécution; il reste par conséquent libre de rompre le contrat... Dans la mesure ou la relation entre les parties se crée par leurs volontés, les conséquences de cette relation doivent elles aussi rester dépendante de ces volontés. »<sup>879</sup>.

228. Mais la Common Law n'affiche plus la même hostilité de principe à la *specific performance*. On assiste, en effet, à une évolution aussi bien au sein du droit anglais que du droit américain de plus en plus enclins à accorder la *specific performance*, soit spontanément, soit suite à la

---

<sup>877</sup> A. FARNSWORTH, « Specific relief in American law », *loc. cit.*

<sup>878</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC*, Avril 2006, p.529.

<sup>879</sup> WENDELL HOLMES Oliver, *The Common Law*, Mark Dewolfe Howe, 1881. 1963, p. 337.

transposition de directives européennes telles que celle du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation<sup>880</sup>, qui permet dans son article 3, relatif aux droits du consommateur, au créancier de l'obligation d'obtenir son exécution et vice versa au débiteur « d'exécuter ses propres prestations ». De manière générale, les cas où les *damages* sont considérés comme inadaptés tendent à s'allonger, système d'autant plus pérennisé et renforcé par la règle du précédent. Traditionnellement, la *specific performance* n'était accordé que lorsque les dommages-intérêts étaient des damages considérés comme inadaptés, une sanction inadéquate à la vue des faits de l'espèce, comme par exemple lorsque leur évaluation est difficile. On assiste timidement mais de plus en plus à un essor de la *specific performance* dont le point de départ est l'arrêt de la Chambre des Lords *Beswick vs Beswick*, rendu en 1968, qui accordait ce remède au motif qu'il permettait d'obtenir un résultat plus juste ou qui représentait simplement *the more appropriate remedy*<sup>881</sup>. Dans cette affaire, un commerce de charbon était cédé *post mortem* par un homme à son neveu à la condition que celui-ci verse à sa femme 5 £ jusqu'à la mort de celle-ci. Le neveu ne s'exécutant pas, celle-ci intenta une action afin d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation contractuelle. La Chambre des Lords considérant que l'allocation de dommages-intérêts symboliques serait insuffisante et injuste, la date de sa mort et donc la somme que lui rapporterait le contrat restant des données incertaines, condamna le neveu à la *specific performance*. En droit américain, la même évolution est notable, ainsi même en matière de vente de marchandises, domaine dans lequel les damages représentent la règle et la *specific performance* l'exception utilisée qu'à titre exceptionnel, « la tendance moderne est d'admettre plus largement la *specific performance* »<sup>882</sup>. Cette évolution de la *Common Law* est salubre même si la *specific performance* et l'*injunction* restent complètement discrétionnaires du pouvoir du juge, et restent prononcés avec une certaine parcimonie malgré tout ; même si *specific performance* n'est que secondaire et accessoire et enfin même si, du fait de son aspect fort intimidant et de la lourdeur des mécanismes d'exécution, les juges anglais, par la suite tenus de contrôler la bonne exécution de la sanction, ne la prononcent qu'avec réticence<sup>883</sup>. On pourrait donc croire que l'exécution en nature gagnait du terrain même dans un système qui lui était opposé idéologiquement. Mais c'est sans compter la dernière réforme du droit français

---

<sup>880</sup> Directive 1999/44/CE, Journal officiel n° L 171 du 07/07/1999 p. 0012 – 0016.

<sup>881</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *op. cit.*, p. 532.

<sup>882</sup> A. FARNSWORTH, « Specific relief in American law », *op. cit.*, p. 336.

<sup>883</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *op. cit.*, p. 529.

des obligations à propos de laquelle nous invitons les Etats membre de l'OHADA à prendre des distances.

## **B- Un recul de l'exécution en nature à éviter dans l'espace OHADA**

229. A l'heure de l'expansion d'un droit autonome des contrats internationaux et européens, un pan de la doctrine française revendiquait l'introduction de la prise en compte de l'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat<sup>884</sup> dans le système français. Cette doctrine tend à écarter l'exécution forcée en nature au seul motif qu'une autre sanction moins onéreuse et satisfaisante est accessible. L'idée a germé qu'on pourrait, en étant moins exigeant, soumettre le prononcé de la condamnation en nature à la condition qu'elle ne soit pas excessivement coûteuse. Or l'idée même que l'exécution forcée en nature puisse être « excessive » est de prime abord déroutante<sup>885</sup> dans un environnement romano germanique ou depuis 1963<sup>886</sup>, la Cour de cassation française censure systématiquement, dans le domaine de la construction immobilière, les décisions refusant d'ordonner la destruction des ouvrages construits au mépris des droits contractuels d'autrui et substituant à cette mesure une condamnation à des dommages et intérêts et assimile ainsi la condamnation à démolir à une condamnation à exécuter en nature puisqu'elle affirme qu'il s'agit d'un droit pour le créancier et que ce droit s'impose au juge. La considération du coût de la destruction et de la reconstruction n'était pas compatible avec les valeurs romano germaniques en matière d'exécution des obligations.
230. Mais hélas cette pensée a été en partie consacrée dans l'ordonnance française de 2016. Les obstacles qu'on connaissait au droit français des obligations et qui ont largement été abordés dans les développements précédents se rapportaient à l'impossibilité d'exécution. Cette impossibilité pouvait être matérielle, morale ou juridique. Malgré l'immobilisme d'antan du code civil en France, la doctrine et la jurisprudence, s'étaient évertués, quoiqu'insuffisamment à réduire l'impossibilité à une portion congrue. La réforme du code civil français ajoute à ces obstacles classiques une impossibilité qu'on peut qualifier d'impossibilité économique en ce sens que l'article 1221 de l'ordonnance dispose en effet, que l'exécution forcée peut être refusée

---

<sup>884</sup> Y. -M. LAITHIER, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (dir.) P. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015, p. 97.

<sup>885</sup> P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature », *Blog Réforme du droit des obligations*, (dir.) G. CHANTEPIE et M. LATINA, billet du 2 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/02/linexecution-du-contrat-lexecution-forcee-en-nature/> [consulté le 03/06/2016].

<sup>886</sup> Civ. I, 17 décembre 1963, J.C.P., 1964, II, 13609, note C. BLAEVOET.

au créancier « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

231. L'exécution par équivalent tel que présentée est-elle satisfaisante au plan économique? Certains l'ont pensé et l'ont même défendue avec vigueur à travers la théorie dite de la violation efficace<sup>887</sup>. Selon cette théorie, la violation du contrat est économiquement efficace lorsqu'elle aboutit à une allocation optimale des ressources. L'allocation des ressources est optimale lorsque le débiteur qui viole son contrat conserve un profit après avoir indemnisé le créancier<sup>888</sup>. Si ce résultat est atteint, alors « l'exécution par équivalent » serait d'après les tenants de cette thèse une bonne sanction d'un point de vue économique.

Toutefois, l'exactitude de la théorie de la violation efficace peut être contestée. On peut lui adresser au moins deux reproches.

D'une part, elle ignore ou sous-estime l'importance de la confiance et de la réputation dans les relations contractuelles. Confiance et réputation qui sont des valeurs cardinales en Afrique et pas uniquement dans le monde des affaires. Un débiteur qui viole de manière intentionnelle et à des fins lucratives son obligation contractuelle trahit la confiance que le créancier avait placée en lui. Or, les conséquences économiques de la perte de confiance et de la mauvaise réputation sont graves, surtout si le débiteur est un professionnel des affaires.

D'autre part, la théorie ne tient pas suffisamment compte du fait que le préjudice indemnisé par les dommages-intérêts n'est pas nécessairement identique au préjudice réellement subi. L'un et l'autre sont même très souvent distincts parce que le préjudice réparable en droit est uniquement le préjudice direct tel qu'il est prouvé par le créancier. Certains préjudices sont difficiles à évaluer ou difficiles à prouver. Par conséquent, il n'est pas vrai de dire, même au plan strictement patrimonial (financier ou économique), que le créancier qui reçoit des dommages-intérêts est dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si l'obligation avait été respectée. Or, si le créancier subit un dommage qui n'est pas totalement indemnisé, alors l'allocation des ressources n'est pas optimale. Le débiteur a certes retiré un profit, mais c'est au détriment du créancier sous-indemnisé. On peut donc dire sur ce point, que ce qui est présenté comme une option économiquement rentable et efficace est en réalité trop souvent un enrichissement injuste du débiteur. Etant injuste, les Etats membres de l'espace OHADA

---

<sup>887</sup> *Efficient breach theory.*

<sup>888</sup> Pour une présentation plus complète de la théorie née sous la plume d'auteurs américains au cours des années 1970 V. Y. M. LAITHIER « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 485 et s.

devraient se garder de faire transparaître cette option dans leurs législations ainsi que dans la jurisprudence de leurs juridictions.

## **Paragraphe 2 : L'orientation de l'exécution vers des valeurs endogènes**

232. L'identité des normes africaines et occidentales n'est pas systématiquement péjorative et ne débouche pas forcément sur une absence de particularité ou une absence d'auto-détermination des droits africains. La thèse du mimétisme est de plus en plus remise en cause. Selon cette thèse, il n'y aurait pas un laboratoire de création du droit en Afrique mais une usine de reprographie, d'imitation servile<sup>889</sup>. En d'autres termes, l'Afrique tirerait essentiellement son droit du modèle préexistant. La création du droit serait, de ce fait, une entreprise artefact de la civilisation occidentale. C'est la thèse du mimétisme juridique qu'il soit intégral<sup>890</sup>, sélectif<sup>891</sup>, ou circonstanciel ou tout simplement de la reconduction du droit français en Afrique, développée par le professeur DEGNI SEGUI. L'Afrique, au plan juridique et institutionnel, offrirait selon le professeur KOUASSIGAN, l'image d'une projection de la France sous les tropiques.

Cette thèse est remise en cause par les mouvements de libération et de démocratisation et reprise par une frange de la doctrine, défenseur de l'autonomie des droits africains<sup>892</sup>. Mais il ne faudrait pas uniquement d'une remise en cause idéologique du mimétisme (A). Il faut aller au-delà et mettre l'accent dans l'élaboration des règles sur des valeurs typiquement africaines (B).

---

<sup>889</sup> Selon l'auteur, l'Afrique cherche moins à créer qu'à imiter, une tension permanente et un effort de rigueur soutenu ne sont pas la caractéristique de la mentalité africaine. I. NGUEMA, « La démocratie, l'Afrique et le développement », 2, *R.A.D.H.*, 1992, p.119.

<sup>890</sup> R. DENI SEGUI, *Droit administratif général*, CRES, Abidjan, 1990, p. 473.

<sup>891</sup> Sélectivisme de circonstance ; le prof KAMTO reprenant le Doyen BIPOUN WOUM disait que le juge camerounais puise son droit de la France même s'il n'oublie pas de procéder par la suite à une acclimatation tropicale.

<sup>892</sup> M. ONDOA, *Introduction historique au droit camerounais : La formation initiale, éléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains*. Les éditions du Kilimandjaro, 2013, p. 28.

## A- L'invite à une remise en cause pragmatique de la thèse du mimétisme en matière d'obligation

233. L'absence de prise en compte des réalités africaines dans l'élaboration du droit africain est un véritable problème. Les spécificités de l'élaboration du droit africain, sont surtout le poids des facteurs exogènes dans le processus d'adoption des règles. L'élaboration du droit ne s'entend pas uniquement de la rédaction de la norme proprement dite ; l'existence d'une règle ne préjuge en rien de son application. Il faut en plus que les conditions de nature à permettre son application soient réunies. L'élaboration du droit n'est pas non plus l'édiction d'un beau Code <sup>893</sup> mais l'adoption de règles du vivre-ensemble qui ne prennent leur sens que par leur application.

Il n'est jamais facile lorsqu'on veut procéder à une uniformisation juridique de prendre en compte l'ensemble des droits nationaux sur lesquels l'harmonisation se fonde. Le droit n'est pas le simple réceptacle des pratiques et il lui appartient au contraire d'orienter les comportements humains, c'est du moins sa fonction essentielle. L'OHADA se trouve dans une situation favorable de ce point de vue puisque les droits nationaux des Etats parties sont voisins et, au moins, appartiennent quasiment tous à une même famille juridique. De plus, au sortir de la colonisation, la plupart des lois nationales ont adopté des dispositions dans la continuité des lois coloniales.

234. L'organisation de la société africaine, comme toute société humaine repose sur un système juridique. Chaque système de droit en Afrique devrait posséder sa propre histoire et sa propre évolution liées à sa culture juridique. L'Afrique fabriquerait selon les promoteurs de l'école du rejet du mimétisme, son droit à partir des sources qui lui sont propres, mœurs, us et coutumes<sup>894</sup>, à partir des réalités économiques, culturelles, sociales et conjoncturelles. La coutume que l'on ne saurait délibérément ignorer<sup>895</sup> étant devenue en dépit de vive controverses doctrinales<sup>896</sup>, une source de droit<sup>897</sup>, notamment, en matière de statut personnel. Ces controverses vont féconder d'autres raisons visant à faire de l'Afrique le laboratoire, une véritable orfèvrerie

---

<sup>893</sup> Les tentatives manquées de réforme du droit des contrats dans l'espace OHADA le prouvent.

<sup>894</sup> A. ALLIOT, « La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes », in *Etudes de droit africain et de droit malgache*, J. POIRIER (dir.), éd. CUJAS, Paris, 1985, p. 260 ; M. ROUSSET, « La place de la coutume dans l'ordre juridique marocain », *RJPIC*, N°3,2001, pp. 276-283 ; F.N.DJAME, « Usages et Coutume en Droit administratif Camerounais », *Dianoia*, Paris, 2009, p. 335.

<sup>895</sup> J. FOMETEU, « Nul n'est censé ignorer la coutume », *Revue Lex Lata*, N° 17, 1995, pp. 12-15.

<sup>896</sup> H. JACQUOT, « Le contentieux administratif au Cameroun », *RCD*, N°7, p. 14.

<sup>897</sup> E. BOKALI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue Générale de Droit*, 1997, p. 39.

normative, le foyer où se construisent et se déconstruisent les pensées juridiques. La fabrication du droit, ou mieux des droits africains, est devenue un enjeu social essentiel<sup>898</sup>.

Il serait aisé de constater que le droit africain est « élaboré » à partir de ses propres réalités, de son « africanité », de son « humanité » pour reprendre un auteur<sup>899</sup>. Les Etats africains peuvent par eux-mêmes gérer les systèmes juridiques qu'ils se sont fabriqués et sont, de ce fait, les artisans des modèles juridiques existants et destinés à réguler les activités sociales et politiques. Le droit africain aurait donc été éclairé par certains droits empruntés d'ailleurs ; mais aujourd'hui, aurait ses spécificités.

235. Le professeur DE LAUBADAIRE est l'un des rares auteurs qui ait pris à cœur la question de la systématisation de la notion d'autonomie appliquée aux systèmes juridiques. Il écrit à cet effet : « l'autonomie d'un système de droit par rapport à un autre, signifie simplement que les règles de droit édictées pour régir l'un des deux, ne sont pas automatiquement applicables à l'autre ; autrement dit, que les deux systèmes sont indépendants, les sources du droit étant distinctes pour chacun d'eux »<sup>900</sup>.

Il s'agit d'une critique radicale et même agressive contre la thèse du mimétisme juridique en Afrique sous toutes ses formes. Après collecte et analyse des ressources documentaires actuelles et passés, le tout nourri au foyer de la théorie du droit, le professeur ONDOA, sous une thèse dissidente voire iconoclaste, déballe l'autonomie formelle et matérielle des droits africains par rapport au droit français, depuis leurs origines. Il s'agit là d'une autonomie que l'on pourrait qualifier de congénitale car issue des différents comportements, des différents modes de vie normaux et par la suite, normalisés par le droit. LOCHAK affirmait que : « la diversité des comportements socialement admis et des activités potentielles a plutôt tendance à s'accroître, parallèlement à la complexification progressive des sociétés modernes, mais chaque activité, chaque initiative doit, pour être reconnue, s'inscrire dans un cadre préétabli, se conformer à une norme fixée par avance : c'est la fin du sur mesure et le triomphe du prêt-à-porter »<sup>901</sup>.

---

<sup>898</sup> S. F. SOBZE, « De "la création du droit en Afrique" à "comment fabrique-t-on le droit en Afrique" », *Revue de la fondation Raponda-Walker Palabres Actuelles*, N°6-2013, La fabrication du droit en Afrique, Actes du premier symposium juridique de Libreville 21 -22 novembre 2013, p. 66.

<sup>899</sup> J. Ki-ZERBO, *A quand l'Afrique ? Entretien avec René HOLENSTEIN*, Edition Poche, 2004, p. 201.

<sup>900</sup> A. DE LAUBADAIRE, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », cité par M. ONDOA, *Introduction historique au droit camerounais : La formation initiale, éléments pour une théorie de l'autonomie des droits africains, op.cit.*, p. 28.

<sup>901</sup> D. I. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », in *Mots*, décembre 1992, N°33. p.299.

236. Cette thèse du rejet du mimétisme et de l'affirmation de l'autonomie a du mal à prospérer dans certains Etats membres de l'OHADA comme le Bénin où un effort législatif autonome n'a pas été fait en matière d'obligation contractuelle. La seule défense reste l'évocation de ce que les juristes considèrent autrefois comme la « raison écrite » (*ratio scripta*)<sup>902</sup>. C'est un moyen très commode utilisé pour associer le respect religieux des textes anciens et les exigences de la pratique moderne. Il ressort de ce constat que l'objectif de ce moyen est que l'interprétation du droit français reçu, aboutisse nécessairement à des solutions pratiques concrètes et efficaces. On s'arrange pour qu'il n'y ait pas de contradiction entre les textes obsolètes reçus depuis 1958 et les situations auxquelles on les applique. L'évolution de la jurisprudence et la doctrine moderne en France servant subrepticement d'appui.

Sans radicalement changer les choses, les Etats africains qui ont adopté une législation propre en matière d'obligation se démarquent de ce constat.

Les Etats membres de l'OHADA gagneraient en plus de l'affirmation du rejet du mimétisme juridique qui est certes une réalité dans les matières concernant le statut personnel, à adopter des Codes non seulement réceptifs à la mondialisation et la globalisation mais typiquement tournés vers les valeurs africaines. Ce serait l'apport de l'Afrique dans ce concert des nations.

### **B- La camaraderie contractuelle, une valeur devant transparaître dans le droit des obligations en Afrique**

237. Bien qu'ayant principalement le droit romano germanique et la *Common Law* comme sources, le droit des obligations dans l'espace OHADA doit s'affranchir des limites qui ne sont pas les siennes.

L'adaptabilité et l'évolution des lois est un impératif d'efficacité, de sécurité, de pragmatisme et d'attractivité de la norme juridique qui s'impose à tout système juridique. Tous les systèmes juridiques y compris celui de l'espace OHADA sont confrontés aux mêmes questions. L'analyse que chacun d'eux apporte doit pouvoir être conforme à sa propre situation économique, sociale et politique.

---

<sup>902</sup> H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi : », *Le Portique*, mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 06 juin 2017. URL : <http://leportique.revues.org/587>.

La possibilité de solutions communes n'est pas en elle-même une mauvaise chose. L'important est qu'elle résulte d'une analyse critique et objective, dénudée de toute reproduction. Une même solution mue par les mêmes réalités en amont n'est pas du mimétisme.

238. Dans sa thèse intitulée « Jalon pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats », soutenue à l'Université de Montréal, Karel DOGUE pose la construction d'un droit des contrats OHADA qui passe d'abord par l'identification des enjeux posés par ce corpus contractuel à vocation panafricaine<sup>903</sup>. Il rappelle que ces enjeux devraient être à la fois théoriques, pratiques, économiques, juridiques et extra-juridiques. Il propose notamment dans cette optique une ouverture aux principes *Common Law*, jusque-là légèrement stigmatisés dans les textes de l'OHADA. En réponse à cette même préoccupation sur le droit des obligations dans l'espace OHADA, Sylvie BYSSALOUÉ dont la thèse<sup>904</sup> porte sur « La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA » soutient que cette création ne peut se faire en marge des réalités du continent. Il faut « repenser le droit africain de sorte à ce qu'il allie efficacement et intelligiblement les exigences du monde actuel de modernité et la particularité de l'institution de justice africaine »<sup>905</sup> dit-elle. Elle souligne et nous partageons ce point de vue, que « les modèles uniques de *Common Law* et de droits civilistes ne suffiront pas à conduire l'Afrique vers le progrès. A eux seuls, ils n'apportent pas des solutions fiables correspondant aux attentes, besoins et valeurs qu'exprime le continent. Ces deux modèles peuvent bien sûr, servir de référents dans l'élaboration du droit des affaires africain...Laboratoire de la diversité, l'OHADA pourrait renforcer sa présence sur la scène internationale en fondant ses actions d'harmonisation sur les enjeux inhérents à cette valeur authentique qu'est la diversité de sa culture juridique »<sup>906</sup>.

Le système canadien est celui qui a le plus réussi cette exigence d'authenticité. En ce sens, il témoigne d'une vision remarquable et d'une volonté de réhabilitation d'une normativité tenue pour singulièrement autochtone, même si cette norme reste astreinte au respect de diverses autres normes et principes directeurs universels. Ces principes directeurs sont conçus comme des outils juridiques de police contractuelle et permettent d'accorder un minimum d'encadrement sur lequel se rejoignent la quasi-totalité des systèmes juridiques.

---

<sup>903</sup> K. O. C. DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Canada, PUAM, p. 22 s.

<sup>904</sup> S. BYSSALOUÉ, *La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA*, Thèse, Université d'Aix Marseille, 2016, p.578.

<sup>905</sup> E. LE ROY, *Les africains et l'institution de la justice*. Cité par Sylvie BYSSALOUÉ, *op.cit.*, p. 579.

<sup>906</sup> S. BYSSALOUÉ, *La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA*, *op.cit.* p.579.

Un dépassement de la définition binaire Droit *Common Law*/ Droit romano-germanique permet de souligner dans l'espace OHADA la pluralité des droits et la place des droits traditionnels. Dans ce contexte, l'effet obligatoire des conventions dans l'espace OHADA ne peut passer que par l'exécution forcée en nature des obligations souscrites. L'exécution du contrat par un équivalent ou par le versement d'une somme d'argent n'a aucun fondement connu en Afrique.

239. Aucun des deux systèmes de référence ne fait de l'exécution en nature un droit vraiment absolu lorsque survient l'inexécution contractuelle. La diversité des cultures juridiques de l'OHADA amène dans une projection endogène vers les valeurs qui avaient été celles de l'Afrique avant l'arrivée des européens.

La division sociale du travail avait favorisé en Afrique la dépendance des peuples qui échangeaient entre eux et hors de leurs territoires. Ils cherchaient à obtenir les spécialités dont le climat ou la végétation ne facilitaient pas la culture ou les objets dont la fabrication échappait à leur intellect.

Le concept de camaraderie de commerce innervait tous les échanges ; qu'elles soient de proximité ou inter-claniques basés sur les concepts de filiation et de parenté (clanique, lignagère ou ethnique) ou avec les peuples venant de territoires étrangers. Ce concept se caractérisait par une « lutte » nécessaire pour « ne pas briser la relation »<sup>907</sup>. La camaraderie de commerce jouait un rôle essentiel dans les échanges commerciaux durant la période précoloniale. C'étaient des rapports semblables qui régissaient les échanges au sein des groupes d'une région avec ceux d'une autre. En Afrique on n'entre pas en relation d'affaire avec un ennemi c'est-à-dire quelqu'un qu'on ne veut pas voir prospérer. La relation mettait en contact des groupes qui devenaient des « partenaires » d'échanges. La notion de bonne foi était rarement évoquée ; tellement elle était intrinsèquement liée à celle d'échange qu'il était inimaginable d'entrer en relation commerciale avec un partenaire sans elle.

Les transactions pouvaient se faire entre deux camarades de façon différée. C'est-à-dire que l'un des camarades apportait à l'autre ce qu'il avait sans forcément en recevoir immédiatement la contrepartie. L'existence d'un courant commercial continu résultait de la suite d'échanges réalisés entre paires de camarades de commerce. Ainsi, chaque partenaire était tenu de fournir à l'autre plus que celui-ci ne lui avait donné. De ce fait, au lieu que l'échange entre les deux satisfasse immédiatement la réciprocité restreinte, il donnait lieu à une surenchère sans fin. Autrement dit, ce système visait à remettre à crédit une certaine quantité de marchandises à

---

<sup>907</sup> G. DUPRE, *Un ordre et sa destruction*, Ed. de l'ORSTORM, collections mémoires, n° 93, Paris, 1982, p. 629.

l'autre. Quand le donateur jugeait suffisant le temps écoulé pour que le débiteur ait pu lui constituer son paiement, il allait récupérer son dû. Les produits allaient de partenaire en partenaire afin de se faire écouler<sup>908</sup>.

240. Dans ces conditions les difficultés d'exécutions de ce qui a été convenu sont difficiles à imaginer ; l'idée de collaboration et de satisfaction du partenaire au-delà même de ses attentes guidant les parties. Au demeurant, s'il devait survenir des difficultés d'exécutions, plutôt qu'une demande de réparation ou de dommages-intérêts fondée sur une prétendue responsabilité contractuelle ou un concept d'exécution par équivalent qui sont tous deux de faux concept, on conçoit bien que les partenaires choisissent la pérennité du contrat. Cette pérennité choisie passe par une renégociation de leur accord.

---

<sup>908</sup> Ibid.

## **Chapitre 2 : L'institution d'un genre nouveau d'exécution forcée en nature dans l'espace OHADA**

241. La nécessité de l'objectivité dans la singularité des solutions à l'inexécution contractuelle dans les Etats membres de l'OHADA, sur des fondements endogènes, impose de ne pas proposer des solutions *ex nihilo*. Il faudra donc partir de l'analyse de ce qui se fait déjà comme effort dans les législations prospectifs et contemporains avant de proposer une restauration d'une exécution forcée en nature sans failles des obligations contractuelles.

Des développements précédents, il faut se rendre à l'évidence que les différents législateurs (nationaux ou communautaires) sont assez réticents à faire de l'exécution forcée en nature un droit automatique et d'ordre public auquel il ne peut être dérogé. Cette solution apparaît comme d'une rigidité dont le droit, science sociale, peine à s'accommoder. Et pourtant ! Il suffit de restaurer la confiance dans le contrat (pour les parties contractantes) et la confiance au contrat (comme instrument juridique garantissant la sécurité juridique par l'application sans faille des stipulations qu'il contient). Cette rigidité en aval du contrat que nous proposons (Section 2) devra pour être réaliste, être précédé en amont d'une souplesse la plus large qu'il soit (Section 1)

### **Section 1 : L'appel à la souplesse contractuelle avant l'inexécution des contrats dans l'espace OHADA**

La réflexion ne se fondera pas sur les modifications législatives du droit des contrats mais sur la théorie générale elle-même<sup>909</sup> qui le chapeaute et l'explique. La recherche va se focaliser sur les pistes d'évolution sous forme de principes, à la fois induits des règles spéciales donc en prise avec la réalité des contrats d'aujourd'hui, et déduits d'aspirations supérieures, telles l'utilité sociale, la justice et la

---

<sup>909</sup> Pour la distinction du droit commun des contrats et de la théorie générale, E. SAVAUX propose de « réserver la formule droit commun des contrats à l'ensemble des règles positives ayant vocation à trancher les problèmes juridiques généraux du contrat, au droit commun positif, et celle de théorie générale à l'activité déployée par la doctrine à l'occasion de l'étude de ces règles générales, au droit commun savant ». E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Thèse. dactyl. Paris I, 1993, p. 289 et s.,

fraternité qui, de l'avis de plusieurs auteurs contemporains, sous-tendent désormais le droit commun<sup>910</sup>.

L'appel à la souplesse avant l'inexécution mettra les parties contractantes au cœur de la pérennité du contrat. En plus des éléments de pérennité de l'obligation qui existent déjà (Paragraphe 1) il faut mettre les parties contractantes elles-mêmes au cœur de ce processus de pérennité (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L'obligation contractuelle, un lien pérenne**

242. La nouvelle approche fera considérer le contrat, non plus en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt fondé sur la collaboration, sur une *affectio contractus*<sup>911</sup> qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice<sup>912</sup>. Le contrat pourrait alors être perçu comme une « union d'intérêts équilibrés, un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance »<sup>913</sup>, ou comme « un point d'équilibre nécessaire voire comme la base d'une collaboration souhaitable entre contractants »<sup>914</sup>. Ce qui caractérise assez bien les peuples africains. Nous aborderons successivement la représentation qu'on se faisait du contrat (A) et ensuite les développements modernes participant de sa pérennité (B)

---

<sup>910</sup> En tant que « principes directeurs », « cadre » ou « valeurs supérieures », selon respectivement les auteurs, J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, n° 156 et s. et n° 172 et s. ; J.-L. AUBERT, *L'acte juridique*, éd. Colin, n° 128 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit. n° 33.

<sup>911</sup> Inspirée de l'*affectio societatis* du droit des sociétés : J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », op.cit., p. 51 ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988.I.3318, n° 8 ; C. PRIETO, *La société contractante*, Thèse Aix, 1995.

<sup>912</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997 p. 357.

<sup>913</sup> DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, Rousseau, 1931, n° 3 ; P. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *L'évolution contemporaine des contrats*, Journées SAVATIER, 1985, p. 279-280, n° 29-30.

<sup>914</sup> J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées SAVATIER, 1985, p. 41.

## A- De la représentation classique des obligations contractuelles

243. Le constat de la transformation du contrat constituera un indispensable préalable, tant l'image que l'on s'en fait s'avère solidaire des principes qui le gouvernent.

Traditionnellement, le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté. Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter.

Aujourd'hui, le contrat n'apparaît plus, comme un monde fermé, hermétiquement clos<sup>915</sup> ; il est soumis aux influences extérieures, entre en interaction avec l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle. La croyance en son intangibilité ainsi qu'à la sécurité peuvent s'en trouver malmenée, sauf à voir dans cette nouvelle plasticité contractuelle la source d'une adaptabilité susceptible de doter le contrat d'une pérennité qui pourrait lui conférer, dans notre monde en mutation, une force plus grande que celle de l'immobilisme.

Quel regard un TROPLONG porterait-il sur le contrat d'aujourd'hui ? Certes, comme hier, le contrat demeure un accord de volontés en vue de produire des effets de droit, même si la notion s'est étoffée sous l'influence kelsennienne<sup>916</sup>. Certes, par-delà l'évolution partielle de la notion, son régime ne s'est transformé que par touches successives, sans vision d'ensemble, au fil des évolutions économiques et sociales qui ont donné naissance à des solutions jurisprudentielles, au gré de la pratique. Pourtant, à l'époque moderne, c'est l'image du contrat lui-même qui s'est métamorphosée ; TROPLONG ne le démentirait pas ! Le contrat n'est plus vraiment ce qu'il était<sup>917</sup>. DEMOGUE déjà n'en disait-il pas « le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale »<sup>918</sup>.

---

<sup>915</sup> Pour reprendre l'expression de M. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD. Civ.* 1993.263, n° 1.

<sup>916</sup> J. GHESTIN le définit exactement comme « un accord de volontés en vue de produire des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets. L'accord de volontés ne produisant des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci ». J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Revue Droits* n° 12, 1990, p. 7 et s., et not. p. 24.

<sup>917</sup> Il est à la fois moins et plus, comme, par exemple, moins d'intangibilité pour plus de plasticité, moins de liberté dans la conclusion pour plus de liberté dans les effets, moins d'individualisme pour plus de fraternité.

<sup>918</sup> R. DEMOGUE, *Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine*, *op. cit.* n° 637.

245. L'image traditionnelle du contrat pourrait s'exprimer dans la surprenante conjonction d'une bulle et d'un bloc<sup>919</sup>. Une bulle d'abord, un monde fermé, protégé, imperméable aux influences extérieures ou intérieures - celles des parties - qui traverse le temps sans être affecté par les changements ; il fait fi de l'évolution des circonstances, ce qui le met à l'abri de la révision pour imprévision, fi des lois nouvelles, protégé par la survie de la loi ancienne qui va perdurer à son seul profit, malgré son abrogation, afin de ménager les prévisions des parties, fi des changements d'avis individuels des parties, la révocation unilatérale étant en principe impossible ou encore fi de l'illicéité même de ses buts, puisque dans la conception classique, le juge se refusait même au contrôle de la cause subjective. Une fois conclu, le contrat apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier, et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet.
246. Tel un îlot sorti du flux du temps et du changement, le contrat apparaissait également comme un bloc<sup>920</sup>. Plus précisément c'est un bloc cristallisé de droits et d'obligations constitué une fois pour toute, indifférent à ses propres déséquilibres internes<sup>921</sup>, qu'ils soient concomitants ou postérieurs à sa conclusion. Il puise sa force dans son immuabilité. Ses termes tiennent lieu de loi à ceux qui l'ont créé et il faudrait le cas extrême d'une contrariété avec l'ordre public ou les bonnes moeurs pour que le juge puisse interférer. La rencontre des volontés produit ainsi une sorte de cristallisation contractuelle qui leur échappe, conférant au contrat cette sécurité immobile, cette teneur immuable, cette imperméabilité presque absolue qui le préserve des mouvements et des contingences de la vie et du temps. Peut-on aujourd'hui encore tenir cette intangibilité pour la véritable force du contrat ?

---

<sup>919</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op.cit.*, p. 359.

<sup>920</sup> *Ibid.*

<sup>921</sup> La lésion n'étant pas, en droit français, une cause de nullité, le contrôle de l'équilibre objectif des prestations par le juge n'est pas admis, en principe.

## B- Les éléments de pérennité du contrat

247. La nouvelle physionomie du contrat telle qu'elle résulte des évolutions législatives, jurisprudentielles et pratiques modifie en profondeur la représentation classique du contrat. Le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'œuvre commune, et comme une entité contractuelle<sup>922</sup> constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible. Ce lien s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié. Il en résulte une figure plus complexe, plus mouvante aussi, plus vivante et sensible à toutes sortes de variations, qu'elles soient externes comme celles de la loi applicable dans le temps ou internes comme les changements de situation de l'une des parties. Ainsi, au cours des siècles se sont multipliées les lois nouvelles qui, par leur effet immédiat, modifient les contrats en cours. Aussi les juges ont-ils eu la possibilité d'intervenir sur le contrat, afin d'en rééquilibrer les prestations<sup>923</sup>, d'en éradiquer les clauses abusives, d'en changer les termes pour prendre en compte la situation délicate du débiteur, d'en compléter la teneur en y ajoutant de nouvelles obligations, de condamner le débiteur qui n'exécute pas sa prestation à autre chose que ce qui était prévu dans le contrat etc.
248. Le contrat apparaît d'abord comme un lien entre les contractants. 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, lorsqu'elles se rencontrent les volontés se cristallisent en consentement<sup>924</sup> produisant un accord qui échappe à leur contrôle. La volonté des parties aurait beau évoluer, voire s'inverser<sup>925</sup>, le lien n'en continuerait pas moins à exister et à produire ses effets. L'approche traditionnelle du contrat pousse à l'extrême cette logique de cristallisation du contrat qui, une fois conclu, devient irrévocable et intangible.

---

<sup>922</sup> J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Revue Henri CAPITANT*, N°3, Décembre 2011. P.56.

<sup>923</sup> Comme la jurisprudence le fait déjà depuis longtemps pour les honoraires des mandataires ; V. sur ce point, J. GHESTIN, *La notion de contrat, op. cit.* n° 551.

<sup>924</sup> « Le consentement est un objet, conséquence de la volonté, mais distinct de la volonté, envisagée comme une « matrice du consentement ». M. -A. FRISSON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD. Civ.* 1995. N° 10.p.573.

<sup>925</sup> Sauf l'hypothèse de révocation d'un commun accord, prévue par l'art. 1134 al. 2 c. civ

249. Aujourd'hui, alors que la terminologie même de lien contractuel s'est généralisée<sup>926</sup>, celui-ci s'apparente à un lien vivant<sup>927</sup> entre deux personnes en ce qu'il instaure entre elles une relation.

Le lien contractuel s'est substitué aux conflits d'intérêts : l'union des intérêts. On l'envisage en effet moins aujourd'hui comme le choc frontal de deux intérêts individuels antagonistes momentanément compatibles lors de l'échange des consentements, que comme la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, ce qui suppose une entente minimum entre les parties, sorte d'*affectio contractus*<sup>928</sup>. Celle-ci ne peut se réduire à la seule volonté de contracter mais inclut également celle de maintenir le lien contractuel, de l'exécuter, de bonne foi, dans une convergence minimum d'intérêts avec l'autre partie, au service d'une œuvre, d'une création commune. Cette exigence qualitative permet la sanction des abus et comportements déloyaux dans la conclusion et l'exécution du contrat ; elle transparait aussi dans l'esprit de solidarité, voire de fraternité qu'une partie de la doctrine, le juge et parfois la loi tendent à introduire dans le contrat.

250. La relation contractuelle, à l'image de la relation humaine, est soumise à une double polarité, prise entre des forces de cohésion, tendant à son maintien, donc à la pérennité du contrat, et des forces de changement tendant à l'évolution, voire à l'éclatement. La théorie générale a longtemps privilégié la première de ces polarités, dans une quête de sécurité contractuelle comprise comme le maintien de l'acte dans son état initial, grâce à l'immutabilité de ses termes. Certes, comme toute relation, celle issue du contrat comportait déjà une part d'aléatoire, d'imprévisible, mais le droit commun n'acceptait de la prendre en compte que dans les hypothèses les plus extrêmes de force majeure, par la théorie des risques, laissant aux parties le soin de prévoir elles-mêmes les autres éventualités, grâce notamment aux clauses d'adaptation.

Cette part d'imprévisible contenue dans la relation contractuelle, liée aux évolutions de chaque partenaire, du droit positif et des circonstances, économiques ou autres, peut être appréhendée de diverses façons : soit le contrat ne peut l'intégrer, parfois au risque de l'inéquité et de l'inutilité<sup>929</sup>, soit le lien contractuel s'avère assez flexible pour s'y adapter et traduire l'évolution,

---

<sup>926</sup> F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.* qui utilisent l'expression dans les intitulés de chapitres sur les effets du contrats : « La vigueur du lien contractuel », p. 318, et « le rayonnement du lien contractuel », p. 352 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, dont le chapitre II comporte deux sections portant respectivement sur « Le lien contractuel en compréhension » et « Le lien contractuel en extension » V. également PANCRAZI-TIAN, *La protection du lien contractuel*, Thèse. Aix, 1994, (dir.) J. MESTRE, PUAM, 1996.

<sup>927</sup> Sur le contrat, chose vivante : G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 304.

<sup>928</sup> F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.* n° 41.

<sup>929</sup> L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt Canal de Craponne en fournit un très clair exemple.

ce qui constitue alors pour lui un gage de survie. Toute la question consiste alors à savoir, non pas s'il est acceptable qu'il le fasse, mais dans quelle mesure cela est possible, afin de ne pas remettre en cause l'engagement contractuel et l'acte d'emprise sur l'avenir qu'il constitue.

Si le lien contractuel devient plus plastique, plus souple, plus adaptable, il devient par là-même moins cassant. Le droit contemporain des contrats en fournit nombre d'illustrations, jurisprudentielles ou légales : le développement de la régularisation propre à opérer une validation objective de l'acte initialement entaché d'irrégularité<sup>930</sup>; la substitution d'une disposition régulière à une clause irrégulière<sup>931</sup> ; la généralisation de la sanction du réputé non-écrit<sup>932</sup> qui permet l'amputation des seules clauses illicites ; l'obligation pour une partie de faire évoluer le contrat avec les circonstances de son exécution<sup>933</sup> ; jusqu'à l'admission de la validité de la détermination du prix par référence au tarif du vendeur<sup>934</sup>, dans la seule limite de l'abus. Autant d'exemples, que l'on pourrait multiplier<sup>935</sup>, où la survie de l'acte régularisé, réparé, révisé, modifié, adapté, expurgé, suspendu, prévaut sur son anéantissement pur et simple.

Comme si le droit moderne des contrats tentait, en une savante et délicate alchimie, de combiner les forces de maintien de l'acte, exprimées dans l'aspiration grandissante à la pérennité du contrat<sup>936</sup>, et les forces d'évolution axées sur son adaptation. Le fruit en est la souplesse contractuelle qui permet à l'acte de survivre par sa capacité à s'adapter. C'est cette souplesse qu'il convient de réaffirmer et de développer dans la théorie générale des obligations dans l'espace OHADA.

251. Déjà au Sénégal, la consécration de la volonté dans le COCC a dû composer avec des impératifs contemporains comme la recherche de la justice contractuelle, l'utilité sociale du contrat, l'efficacité économique du contrat, la protection du contractant vulnérable<sup>937</sup>. Le droit du

---

<sup>930</sup> La théorie classique des nullités ne connaissait que la confirmation, renonciation au droit d'agir en nullité, dont l'effet, subjectif, ne concernait que le titulaire de l'action et non l'acte lui-même. Sur la distinction entre la confirmation et la régularisation, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse. LGDJ 1992, t. 218, n° 584.

<sup>931</sup> J. GHESTIN, *La notion de contrat*, *op. cit.* n° 905, en général, et n° 906, pour le remplacement par le juge d'une clause d'indexation illicite par un indice licite.

<sup>932</sup> J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non-écrites*, D. 1993, Chron.59. ; Y. COTTEREAU, « La clause réputée non-écrite », JCP, 1993, I., p.3691.

<sup>933</sup> Soc. 25 févr. 1992, RTD. civ. 1992. 760, J. MESTRE : « l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ».

<sup>934</sup> Ass. plén. 1er déc. 1995, JCP 1996.II.22565 (4 arrêts), concl. M. JEOL et note J. GHESTIN.

<sup>935</sup> Pour d'autres illustrations, telle la particulière faveur que connaît la suspension du contrat, V. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Thèse, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996, p. 363.

<sup>936</sup> J. MESTRE évoque un « impératif de pérennité contractuelle ».

<sup>937</sup> I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international « *Le Code des obligations civiles et commerciales : 50 ans après* », Novembre 2016, Ziguinchor, inédit.

contrat n'est plus perçu sous le prisme d'un individualisme narcissique et d'un volontarisme factice<sup>938</sup>.

Ainsi l'ordre juridique OHADA devrait être au service des objectifs de la communauté<sup>939</sup>. Un facteur de conditionnement des obligations contractuelles en son sein.

## **Paragraphe 2 :L'obligation contractuelle, un lien à pérenniser par les parties contractantes dans l'espace OHADA**

252. Selon une analyse du professeur ANCEL<sup>940</sup> le contrat tire sa force obligatoire de son effet normatif. Cet auteur rejette l'opinion doctrinale dominante qui réduit la force obligatoire du contrat à l'obligation d'exécuter les engagements qui en découlent<sup>941</sup>. Pour lui, la force obligatoire du contrat s'identifie donc à son effet normatif et s'explique par le fait que la norme née du contrat s'impose aux parties de la même façon que le ferait une norme légale<sup>942</sup>. Cette force obligatoire revêt alors un double aspect : d'une part, les parties sont assujetties au contrat et d'autre part, en cas de conflit, le juge doit se référer à la norme juridique que constitue le contrat<sup>943</sup>.

Le contrat est donc une chose ; les obligations qu'il comporte en sont une autre. La distinction doit être faite entre la force obligatoire du contrat en tant qu'instrument juridique contraignant utilisé par les parties et le contenu obligationnel du contrat.

Les parties contractantes de par la volonté qui les a amenée à contracter devraient en période de crise chercher par elles-mêmes à pérenniser le contrat avant que celui-ci n'exerce sur elles sa contrainte. La fraternité contractuelle devrait les y conduire (A). A défaut, les mécanismes modernes de pérennité du contrat (B) pourraient leur servir de guide mais avec pour impératif que la recherche de pérennité du contrat soit de leur fait.

---

<sup>938</sup> Ibid.

<sup>939</sup> Renforcement de la sécurité juridique et judiciaire.

<sup>940</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.* 1999 p. 771 s., spéc. n° 26 s.

<sup>941</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, 21ème éd., PUF, 1998, n° 113 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd., PUF, 1988, n° 42 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Tome 1, Les sources, 2ème éd., Sirey, 1987 n° 246 ; P. Malaurie et L. AYNES, *Droit civil, Obligations*, 9ème éd. par L. AYNES, 1999, p. 337 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité, op.cit.*, n° 720 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, L'acte juridique, 8ème éd., A. COLIN, 1998, n° 285.

<sup>942</sup>J.-L. AUBERT, *Le contrat, op.cit.*, n° 5.

<sup>943</sup> Ibid.

## A- La pérennité du contrat par un recours au principe de fraternité contractuelle

253. En vertu de ce principe de fraternité contractuelle<sup>944</sup>, chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par-delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration<sup>945</sup>, de la réalisation d'une affaire commune, d'une union des intérêts. Ce principe fait naître une exigence à la fois réciproque et proportionnée, d'autant plus forte que l'une des parties est en situation de force, de supériorité. Il participe d'une aspiration qualitative d'altruisme et de solidarité qui n'est cependant pas dépourvue d'intérêt pour la partie qui s'y trouve soumise, puisqu'il favorise la pérennité du contrat.
254. Les manifestations de l'exigence de fraternité contractuelle vont, se renforçant et se multipliant. La jurisprudence, relayée par la loi a d'abord obligé la partie susceptible de le faire à renseigner l'autre afin de l'éclairer dans la conclusion, puis dans l'exécution du contrat, allant même jusqu'à lui imposer de se renseigner lui-même afin de renseigner le co-contractant. Puis, dépassant cette exigence d'une information objective, pourvoyeuse d'égalité dans le rapport contractuel, elle développe depuis quelque temps le devoir de conseil<sup>946</sup>, consistant à éclairer l'autre partie sur l'opportunité - financière<sup>947</sup> ou technique - à conclure le contrat ou à ne pas le conclure, et pouvant conduire à donner des armes contre ses propres intérêts, en une sorte d'empathie juridique, caractéristique de la fraternité contractuelle. Le même devoir de conseil, appliqué à l'exécution du contrat, oblige le débiteur à exécuter ses obligations en satisfaisant au mieux les intérêts de son créancier. Corolairement, les obligations de loyauté<sup>948</sup>, de coopération, de

---

<sup>944</sup> D. MAZEAUD, obs. sous Civ. 1re, 11 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36381, n° 98, « la jurisprudence exige, de la part de chaque contractant, un comportement altruiste minimum qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire et pourfend l'individualisme contractuel exacerbé. En somme, le commandement qu'elle énonce à leur intention c'est « Aidez-vous les uns les autres » ».

<sup>945</sup> J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986. p. 45.

<sup>946</sup> A propos de l'ampleur grandissante de ce devoir, J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration » *op.cit.*, p. 384. ; V. à titre d'exemple, à propos de la moralisation des contrats de distribution, l'al. 1er de l'art. 1er de la loi du 31 déc. 1989, dite loi Doubin.

<sup>947</sup> Civ. 1re, 27 juin 1995, Defrénois, 1995. art. 36210, n° 149, obs. D. Mazeaud.

<sup>948</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse. LGDJ, 1989, t. 208.

collaboration<sup>949</sup> et de renégociation<sup>950</sup> sont aussi appelées à la rescousse en tant qu'expressions d'une nécessaire « solidarité contractuelle »<sup>951</sup> et d'une *affectio contractus*.

255. Le cadre de la fraternité présente en outre le mérite d'être plus large que celui de la bonne foi, souvent utilisée pour fédérer les obligations qualitatives qui incombent aux parties<sup>952</sup> ; être de bonne foi est un état d'être traduit en actes ou en paroles et justifiant l'obligation de loyauté. Être solidaire, voire fraternel envers l'autre partie, c'est plus encore : c'est centrer son attention non plus seulement sur soi, mais également sur l'autre, afin de rechercher et servir l'intérêt de ce dernier, de lui faciliter l'exécution du contrat, de ne pas alourdir voire d'alléger son obligation pécuniaire<sup>953</sup>, de favoriser l'exécution de son obligation de faire ou de veiller à l'adaptation du contrat à ses besoins<sup>954</sup> ou à ses revenus<sup>955</sup> ; l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à la déformation<sup>956</sup>, ne suffit ni à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous la forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce. La fraternité contractuelle, en revanche, constitue un cadre assez large pour les englober et les justifier.
256. Ce principe de fraternité traduit enfin la possibilité d'un dépassement d'une conception plus individualiste et antagoniste du contrat, où chacun veillait à la seule défense de ses propres intérêts. Cette aspiration fraternelle a eu, jadis, ses précurseurs isolés<sup>957</sup> ; aujourd'hui il est

---

<sup>949</sup> J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *op.cit.*, p. 101.

<sup>950</sup> P. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision » : *AJ Contrats d'affaires – concurrence – distribution* 2015, p. 262.

<sup>951</sup> Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988.I.3318, n° 3 ; R. DEMOGUE, « Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine », *RTD civ.* 1907.246 :

<sup>952</sup> G. CORNU, Regards sur le titre III du livre III du Code civil, cours de DEA de droit privé, Paris II, 1976-77 inédit. Pour lui l'indétermination de la bonne foi peut en faire le fondement général d'un devoir d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide mutuelle et à la limite, d'amitié et de fraternité ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, *op.cit.* n° 55 : « la bonne foi de l'article 1134, c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère ».

<sup>953</sup> En recherchant le branchement le plus court, le trajet le plus avantageux (F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op.cit.*, n° 415), en lui indiquant, en cours d'exécution du contrat, la création d'un tarif moins onéreux (Civ. 1re, 11 juin 1996, Defrénois, 1996, art. n° 36381, n° 98, obs. D. MAZEAUD).

<sup>954</sup> V. l'obligation de conseil dans les contrats relatifs à l'installation d'un système informatique.

<sup>955</sup> Civ. 1re, 27 juin 1995, Defrénois, 1995, art. 36210, n° 149, sur le devoir de conseil du banquier lorsque « les charges (d'un contrat de) prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ».

<sup>956</sup> Sur l'interprétation amplifiante de l'art. 1134 al. 3, le mérite de ce texte et de l'art. 1135 est de fournir des supports textuels à l'accroissement de obligations mises à la charge des parties et plus largement à l'évolution du droit des contrats. F. Terré, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 414.

<sup>957</sup> « Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine », R. DEMOGUE, « Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine », *op. cit.* n° 3

heureux qu'elle se déploie dans le droit des contrats grâce aux auteurs et aux juges, en un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain<sup>958</sup>.

257. C'est à travers le principe de la loyauté que le professeur NDIAYE appréhende cette fraternité contractuelle. Il affirme en effet que « la liberté contractuelle ne doit pas ou plus se résumer à être ou à ne pas vouloir être engagé. Elle doit être accouplée avec la pleine conscience de devoir agir ou de s'abstenir mais en se comportant en toute loyauté non seulement à l'égard de celui avec lequel on s'est engagé, mais aussi dès l'instant que l'idée même du contrat est matériellement envisagée. Elle s'apparente souvent à la bonne foi, voir à l'équité. Le principe de loyauté devrait avoir une portée générale depuis l'idée du contrat jusqu'à sa réalisation. Il s'agira de faire du principe de loyauté un élément indissociable de la liberté contractuelle ; celle-ci ne pouvant se suffire à elle-même au risque de « perdre son âme ». La liberté contractuelle sans loyauté est une liberté sans responsabilité, elle porte en elle-même les germes de sa destruction. La loyauté répond à l'appel du solidarisme contractuelle qui a l'indéniable mérite de nous faire souvenir que **le contrat est un partenariat, une coopération, une collaboration, voire une association.**<sup>959</sup>»

### **B- La pérennité du contrat par un recours implicite des parties à la *favor contractus***

245. S'inscrivant dans l'analyse économique du contrat, la *favor contractus* peut être définie comme l'ensemble des solutions permettant de sauver le contrat utile. L'évolution contemporaine du droit des contrats conduit à penser que le contrat est un habit juridique qui sert une finalité économique de sorte qu'il doit être maintenu tant que l'opération économique qu'il soutient est encore viable ou utile<sup>960</sup>. La *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

---

<sup>958</sup> C'est prendre en compte un certain réalisme sur la nature humaine tout en nourrissant une confiance sur sa capacité à s'amender, fût-ce par la stimulation du droit. « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité », art. 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'ONU, en 1948. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 41.

<sup>959</sup> I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale » Colloque international *Le Code des obligations civiles et commerciales : 50 ans après*, Novembre 2016, Ziguinchor, inédit.

<sup>960</sup> E. NSIE, « la sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *Penant*, 2005, n°850 ; p. 96 et s.

CARBONNIER<sup>961</sup> avant d'être reprise par d'autres auteurs<sup>962</sup>. 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 1980. Elle est utilisée par les auteurs pour mettre en exergue les dispositions de cette convention en matière de sauvetage du contrat<sup>963</sup>. On soutient cependant que l'idée de coopération contractuelle que l'on peut considérer comme un critère de la *favor contractus*, « est véhiculée par l'article 1134, du moins dans son esprit, et que cette coopération se trouvait par conséquent en germe dans la pensée des auteurs du Code de 1804»<sup>964</sup>.

Pour un auteur, la *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»<sup>965</sup> Pour un autre, il imprègne de plus en plus les développements contemporains du droit des contrats<sup>966</sup>.

L'une des manifestations de la *favor contractus* consiste pour le juge saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, de 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 partenaire»<sup>967</sup>.

246. La *favor contractus* remodèle l'intervention du juge et participe du maintien de la convention. Il contribue à remodeler le cadre d'intervention du tribunal dans la naissance, la révision et le maintien du contrat. Il s'agit d'une certitude qui invite à un renouvellement des mentalités. Comme l'observe JOSSERAND<sup>968</sup>, « c'est la loi elle-même qui, en tournant les regards vers la

---

<sup>961</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 45.

<sup>962</sup> B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*, 40 (4), oct.- déc. 1987, p. 457 ; G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, *Dr. soc.*, 1985, p.802.

<sup>963</sup> E. MONTHO-AGBASSA, « Le *favor contractus* et le droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, Ohadata, D-13-40.

<sup>964</sup> F.DIESSE, *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, *Arch. phil. droit* 43 (199), p.266.

<sup>965</sup>E. S. DARANKOUM, « 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.

<sup>966</sup>M. FONTAINE, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *Rev. dr. unif.* 2008, p.208.

<sup>967</sup> P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p.13 et s.

<sup>968</sup> L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur F. Gény*, 1934, II, p.340.

bonne foi, vers l'équité et vers l'usage, l'invite -le juge- à fouiller le fonds contractuel pour y découvrir des obligations nouvelles susceptibles de varier et de se multiplier au cours des âges sous la pression des phénomènes individuels, économiques ou sociaux ». C'est donc un nouveau regard que la *favor contractus* invite le juge à porter sur le contrat.

247. Selon la conception classique, l'anéantissement du contrat est, en règle générale, judiciaire. Il revient au juge de prononcer la nullité ou la résolution du contrat. En effet, lorsqu'il est saisi d'une demande en annulation, le juge ne peut que prononcer l'annulation dès lors qu'il constate que le contrat ne satisfait pas aux conditions imposées par la loi. La nullité est donc encourue de plein droit<sup>969</sup>. En revanche, le juge n'est jamais tenu de prononcer la résolution. Il peut accorder au débiteur un délai selon les circonstances pour s'exécuter<sup>970</sup>.

Sous l'effet de la *favor contractus*, le pouvoir du juge est réaménagé. La régularisation, l'exception d'inexécution ou le délai supplémentaire sont, par exemple, des mécanismes permettant de différer l'intervention judiciaire. En cas d'inexécution de la vente pour vice caché, la cour de cassation française reconnaît à l'acheteur le choix entre l'exécution forcée et la résolution<sup>971</sup>. Dans l'espace OHADA, la jurisprudence se montre plus nuancée dans l'interprétation de l'article 1644 du code civil encore applicable dans l'espace OHADA. Dans l'arrêt n°18 du 21 novembre 1075<sup>972</sup>, la cour de suprême du Bénin estime que lorsque l'acquéreur invoque simultanément un vice rédhibitoire et un vice estimatoire, « le tribunal a le droit dans ce cas de repousser l'action rédhibitoire parce qu'il ne juge pas le vice assez important et de réduire le prix payé ». La doctrine française souscrit à la position du juge béninois. Il y est soutenu par exemple que « l'acheteur n'est en droit d'obtenir qu'une diminution du prix, le juge refusant de lui accorder la résolution, si le vice n'est pas d'une importance suffisante »<sup>973</sup> et même que « le juge a des pouvoirs étendus qui lui permettent de prendre en compte les données morales de la situation et d'apprécier la gravité de l'inexécution »<sup>974</sup>.

Ainsi, dans la *favor contractus*, il est imposé au juge de sauver le contrat tant que cela présente une certaine utilité aux parties et de ne pas l'annuler. La considération de la pérennité du contrat devrait conduire les parties au contrat, pour qui le contrat ne peut pas manquer d'utilité, à sauver elle-même le contrat par les mêmes recours imposés au juge (éviction de la nullité par exemple).

---

<sup>969</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil* Tome 4 : *Les obligations*, *op. cit.*, n° 106, p. 180.

<sup>970</sup> Article 1184, alinéa 3.

<sup>971</sup> Cass.civ.1<sup>ère</sup> 05 mai 1982, Bull.civ. I, n° 163 ; Cass.civ. 3<sup>ème</sup> 17 février 1988, Bull. civ. III, n°38.

<sup>972</sup> [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org).

<sup>973</sup> J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n° 11357.

<sup>974</sup> P. MAULAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, *op.cit.*, n°234.

Les parties elles-mêmes devraient être en mesure de purger le contrat de toute cause de nullité ou des obstacles à l'exécution.

## **Section 2 : L'appel à la rigidité dans le traitement de l'inexécution contractuelle dans l'espace OHADA**

248. La rigidité dans le traitement de l'inexécution que nous proposons passe par la contrainte qui sera faite aux parties contractantes de renégocier les contrats devenus pour quelques raisons que ce soit difficiles ou impossibles à exécuter dans l'espace OHADA (Paragraphe 1). Cette obligation de renégociation prendra appui sur la consécration de l'obligation de renégocier un contrat à la suite de changement de circonstance, ou plus généralement en cas de difficulté d'exécution curieusement développé en France nonobstant l'interprétation classique des dispositions du code civil avant la réforme de 2016. En effet, après avoir rejeté toute intervention du juge dans la loi contractuelle dans l'arrêt Canal de Craponne<sup>975</sup> la jurisprudence française a admis sur le fondement de la bonne foi en 1992 le devoir de renégocier le contrat à la suite d'un changement de circonstance. A partir de ce moment, le juge n'hésite plus à intervenir dans le lien contractuel afin d'inciter les parties à renégocier le contrat devenu déséquilibré à la suite d'un changement de circonstance. Une fois cette obligation de renégocier acquise, les juridictions ne pourront valablement admettre comme action en justice se rapportant à l'inexécution d'un contrat qu'une action en exécution en nature ; l'exécution par équivalent ou la demande de dommages-intérêts constituant désormais une action illégitime parce que n'étant pas dotée d'un intérêt juridiquement protégé (Paragraphe 2).

---

<sup>975</sup> La cour de cassation française en 1876 dans l'arrêt Canal de Craponne à la surprise générale, refuse de déroger au principe de la force obligatoire, et en dépit des circonstances exceptionnelles, sanctionne la Cour d'appel d'Aix qui avait procédé à la révision judiciaire du contrat demandée par la plaignante.

## **Paragraphe 1 : L'érection de la renégociation conventionnelle en principe d'ordre public dans l'espace OHADA**

249. Dans l'espace OHADA, des propositions ont commencé par aller dans le sens d'une certaine renégociation, et peuvent être peaufinées en allant plus loin que ce qui se décide déjà en jurisprudence française (A). L'absence de précisions sur la nature de l'exigence de la renégociation peut faire douter qu'il s'agit bien d'une mesure visant à la fin, l'exécution en nature les engagements souscrits. C'est pourquoi il faut insister sur l'orientation de l'obligation de renégocier vers l'exécution en nature (B).

### **A- La consécration de l'obligation de renégocier**

250. L'obligation de renégocier a été affirmée dans un arrêt dont les faits très banals, auraient pu faire passer sous silence la décision de la cour de cassation. Il s'agit de l'arrêt Huard. En l'espèce, l'exploitant d'une station-service, M. Michel Huard également propriétaire de celle-ci, avait conclu un accord de distribution agréée pour une durée de 15 ans, prenant effet le 25 mars 1971. Aux termes de cet accord, il s'engageait à acheter à la société française des pétroles BP un minimum de 234 000 hectolitres de carburants, aux conditions générales de vente et au prix « pompiste de marque » résultant de barèmes. Il s'engageait en outre à lui réserver 80 % de ses achats de lubrifiants et l'exclusivité de ses besoins dans les produits fournis par la société pétrolière. En contrepartie, cette dernière mettait à sa disposition un ensemble de matériels de distribution et lui consentait, par ailleurs, une avance de 471 000 F, amortissable pendant la durée du contrat, au *pro rata* des achats annuels de carburants par rapport à la quantité globale convenue.

M. Huard n'ayant pas atteint les débits prévus, la durée du contrat fut prorogée, avec à la clé de nouvelles facilités devant lui permettre de rembourser les 346 000 F dont il restait redevable. Or, alors que jusque-là les prix de vente des produits pétroliers au détail avaient été fixés par les pouvoirs publics, une nouvelle réglementation vient libérer ces prix, et autoriser les distributeurs à consentir un rabais à la pompe.

Pour lui permettre de résister à la vive concurrence qui en découla, la société PB proposa à M. Huard, comme aux autres distributeurs agréés, d'adopter le statut de commissionnaire ce que M. Huard refusa. Toutefois, la persistance de ses difficultés due à la baisse inquiétante des

ventes lui fit solliciter une aide supplémentaire. En réponse, la société pétrolière lui laissa le choix entre : devenir commissionnaire, maintenir son statut actuel ou rompre le contrat après règlement de ses dettes. M. Huard, reprochant à son fournisseur de ne pas lui avoir permis de pratiquer des prix concurrentiels, l'assigna en paiement de dommages-intérêts<sup>976</sup>.

Tandis que le Tribunal de commerce de Paris le débouta de sa demande, la 5<sup>ème</sup> chambre de Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 31 mai 1990 accueillit favorablement celle-ci à hauteur de quinze mille euro (15 000), au motif qu'« en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Statuant également dans ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation « ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires», retint que la société BP s'était engagée à maintenir dans son réseau M. Huard. Ce dernier n'étant pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme le lui proposait la société, celle-ci n'était pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. Huard à un prix inférieur au tarif « pompiste de marque », sans enfreindre la réglementation ; d'autant qu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant « dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises ». La haute juridiction conclut qu'en l'état actuel de ses constatations et appréciations, desquelles il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la Cour d'appel a fondé sa décision. La solution retenue par la juridiction a été pour le moins atypique :

251. Alors même que le contentieux de l'imprévision, depuis la première guerre mondiale s'est fait récurrent, c'est la première fois que les juges de la chambre commerciale de la Cassation admettaient que puisse être sanctionné sur le fondement de la bonne foi, le refus d'un contractant d'adapter les conditions économiques du contrat à un changement de conjoncture<sup>977</sup>.

La solution est assez singulière. Non seulement, elle revient sur la conception classique du contrat à exécution successive conçu comme étant par nature aléatoire, et mettant le déséquilibre économique au centre des risques qu'a entendu assumer le débiteur lors de sa

---

<sup>976</sup> P. - Y. GAUTHIER, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les prix concurrentiels de l'agent commercial », *RTD civ.* 1999, p. 646.

<sup>977</sup> Cass. Com. 3 Nov. 1992, Bull. civ. IV, n°340, p. 242 ; Rev. Trim. Dr. civ. 1993, p.124, obs. J. MESTRE ; JCP 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY.

conclusion, mais de plus, elle ouvre « directement sur une exigence de renégociation du prix »<sup>978</sup>. L'autre originalité de cette solution tient au fait qu'elle pose un principe unidirectionnel : alors que M. Huard a droit au respect de la loi contractuelle initiale, la société pétrolière, au contraire a « le devoir de la réviser dans l'intérêt de son partenaire »<sup>979</sup>. , dès lors qu'était caractérisée l'absence de force majeure, et l'absence d'aménagement ou de rejet conventionnel de la révision<sup>980</sup>. *A priori* banal, l'arrêt Huard ne faisait aucune référence expresse à la renégociation, si ce n'est à la bonne foi. C'est à l'ingéniosité d'un certain chroniqueur<sup>981</sup> qu'il doit aujourd'hui d'être hissé au-devant de l'actualité juridique<sup>982</sup>.

Cet arrêt n'était pourtant pas le premier à imposer au nom de la bonne foi l'adaptation du contrat. En effet, la portée de la décision Huard est d'autant plus édifiante qu'un précédent arrêt<sup>983</sup> abondant dans le même sens, était pourtant passé quasiment inaperçu de la doctrine. A la suite de l'arrêt Huard beaucoup d'autres arrêts sont intervenus pour généraliser sa portée. Il en est ainsi des arrêts :

252. Chevassus-Marche du 24 novembre 1998 : après avoir rappelé que l'obligation de loyauté posée par l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 contraint le mandant à mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat, la Chambre commerciale censure les juges du fond pour n'avoir pas recherché « si, informées des difficultés [de leur mandataire] en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix

---

<sup>978</sup> N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 54, n° 29.

<sup>979</sup> J. MESTRE, obs. *Ss Cass. Com.* 3 nov. 1992, *Rev. Trim. Dr. civ.* 1993, p.124.

<sup>980</sup> L'auteur fait observer qu'il a été suggéré aux parties par les juges la conclusion d'un accord de coopération commerciale pour améliorer la situation du distributeur. *Idem*, « Pour un principe de bonne foi mieux maîtrisé », *Revue Lamy droit civil*, 2009, p. 59.

<sup>981</sup> « Voilà, en effet, cette exigence de bonne foi visée par l'article 1134, qui oblige ici l'une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat, un système de prix pourtant librement ou, au moins, conventionnellement fixé à l'origine parce que des circonstances nouvelles (la libération des prix et la dure concurrence qui en découle) rendent très lourde l'obligation souscrite par l'autre, et donc très précaire sa situation. Et sa force est d'autant plus grande que cette partie à laquelle un tel devoir d'adaptation est ainsi imposé ne peut valablement se retrancher derrière le refus de son cocontractant de s'adapter lui-même, par l'adoption du changement de statut qui lui avait été proposé ». *Cass. Com.* 3 Nov. 1992, *Rev. Trim. Dr. civ.* 1993, p.124, obs. J. Mestre.

<sup>982</sup> Tandis que l'essentiel de la doctrine accueille favorablement l'évolution qu'il apporte, d'autres au contraire, estiment, que la portée de cet arrêt resterait limitée. Ironie des choses, c'est cette controverse qui aura construit la célébrité de l'arrêt. V. J- L. Aubert : *Defrénois* 1993, n°22, p.1277.

<sup>983</sup> « L'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ; ayant relevé que la société avait engagé le 3 juillet 1987 une facturière, la Cour d'appel a fait ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser Mme D. dans cet emploi compatible avec ses capacités ; elle a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique ». Arrêt *Expovit*, Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 février 1992.

concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat »<sup>984</sup>

253. France-Motors : Dans la seconde espèce, jugée en 2002 par la même Chambre commerciale<sup>985</sup>, un concessionnaire automobile reprochait à l'importateur exclusif de la marque d'avoir abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix vente de ses véhicules aux concessionnaires et de l'avoir ainsi conduit au dépôt du bilan. Condamné par les juges du fond, le concédant justifiait dans son pourvoi en cassation cette rigueur financière par l'effondrement du marché et la hausse du yen. Cet argument est rejeté. Pour la Cour, « le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé »
254. Les repas parisiens<sup>986</sup> : l'ambiguïté de l'arrêt est favorable à l'interprétation selon laquelle la Cour laisse sous-entendre la possible prise en compte d'une modification imprévue des circonstances économiques fondée sur l'exécution de bonne foi, à condition que le déséquilibre en cause ne trouve pas ses origines dans la formation du contrat. C'est ce qui conduit le professeur Denis Mazeaud à y voir un progrès.
255. Arrêt Soffimat du 29 juin 2010<sup>987</sup> : les faits de l'espèce sont les suivants. La société Soffimat conclut en 1998, avec la Société d'exploitation de chauffage (SEC), un contrat de douze ans portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production moyennant le paiement d'une redevance annuelle. En 2008, elle refuse d'exécuter des travaux de maintenance arguant une évolution des circonstances économiques qui affecterait le coût de sa prestation et déséquilibrerait l'économie générale du contrat. La SEC l'assigne en référé aux fins d'obtenir l'exécution desdits travaux sous astreinte.

Le président du tribunal de commerce de Paris fait droit à cette demande par une ordonnance du 2 octobre 2008, confirmée par la Cour d'appel de Paris le 27 mars 2009. Le pourvoi élevé

---

<sup>984</sup> Cass. com. 24 nov. 1998, N° de pourvoi : 96-18357.

<sup>985</sup> Cass. Com. 15 janv. 2002, inédit, pourvoi n°99-21.172.

<sup>986</sup> Cass. Civ. 1ère, 16 mars 2004, RDC 2004/3, p. 642, obs. D. MAZEAUD; D. 2004, p. 1754, note D. MAZEAUD; RTD civ. 2004, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>987</sup> Com. 29 juin 2010, n°09-67.369, inédit.

par la société Soffimat reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir retenu la nullité ou la caducité du contrat en raison de la disparition de la cause, d'avoir mal interprété une stipulation du contrat de maintenance et de n'avoir pas recherché si la SEC avait accepté de renégocier de bonne foi ledit contrat. Elle aurait donc dû rechercher si l'évolution des circonstances économiques avait bouleversé l'économie générale du contrat au point d'entraîner la disparition de son obligation. Une fois de plus, était relancé le débat sur la renégociation. La Cour de cassation joue le jeu puisqu'elle censure l'arrêt d'appel au visa des articles 1131 du Code civil et 873 du Code de procédure civile, après avoir constaté la disparition de la cause de l'engagement souscrit par le débiteur, du fait du changement de circonstances économiques.

256. Arrêt Novacarb<sup>988</sup> : suite à un changement législatif, un contrat de fourniture d'énergie régissant les conditions d'approvisionnement en vapeur de la société appelante SAS Novacarb et la société intimée SOCOMA, était devenu largement avantageux pour la société SOCOMA. En effet, depuis 2005, celle-ci tirait plusieurs millions d'euros de la revente du reliquat des quotas d'émission de gaz à effet de serre alloués à sa centrale de vapeur<sup>989</sup>. Considérant que ce bénéfice était le fruit de leurs deux efforts, la SAS Novacarb utilisatrice de vapeur d'eau pour la production de carbonate et de bicarbonate de soude avait demandé un partage équitable de celui-ci<sup>990</sup>.

Après plusieurs tentatives de négociations infructueuses, la société Novacarb assigna en justice son cocontractant afin de se voir attribuer une part des bénéfices supplémentaires. Elle fonde son action sur une demande d'interprétation du contrat par adjonction visant à tenir compte des conséquences du changement législatif, qui selon elle, constituent désormais un élément fondamental dans l'économie et l'équilibre du contrat. L'absence de prise en considération des conséquences économiques de la création des quotas par la nouvelle loi, fait imprévisible à la date des négociations, constituerait selon elle une lacune qu'il convenait de combler en recherchant la commune intention des parties. Accueillant favorablement cette demande, la

---

<sup>988</sup> Nancy, 2 ch. com., 26 sept. 2007, n° 06-02221, D. 2008. 1120, note M. BOUTONNET, et 2965, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2008. 295, obs. B. FAGES ; RDC 2008. 738, obs. D. MAZEAUD, et 759, obs. S. CARVAL ; JCP 2008. II. 10091, note LAMOUREUX.

<sup>989</sup> T. REVET, « Les quotas d'émissions de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille?) », D. 2005. Chron. 2632.

<sup>990</sup> La loi du 18 mars 2004 et l'ordonnance du 15 avril 2004 ont mis en place un système d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre, lequel incite les entreprises polluantes à prévenir et réduire les effets nocifs de leurs activités, en échange de réduction d'impôts ou de rétrocession de ces quotas d'émission de CO2 excédentaires à des tiers. La contribution de la SAS Novacarb à la réduction des émissions de CO2 avait notamment consisté à financer l'installation sur l'un de ses terrains de la centrale de cogénération qui était à l'origine des excédents de quotas.

Cour d'Appel, dans un arrêt avant dire droit, au visa des anciens articles 1134 al.3 (article 1104) et 1135 (article 1194) du Code civil invita les parties « à procéder à la renégociation d'un avenant au contrat de fourniture de vapeur... déterminant notamment si M. B. devra rétrocéder tout ou partie des bénéfices tirés de la vente à des tiers des quotas de CO2 excédentaires » et précisant « qu'en cas d'échec des négociations, chaque partie devra verser aux débats, en son dernier état, la proposition qu'elle aura formulée ».

257. Suivant le rayonnement international de l'arrêt Huard, la haute juridiction belge dans une espèce<sup>991</sup> affirme qu'un changement de circonstances, non raisonnablement prévisible lors de la conclusion du contrat et de nature à augmenter de manière certaine le poids de l'exécution du contrat de façon disproportionnée, peut constituer, selon les circonstances, un empêchement au sens de l'article 79 de la Convention. De même, selon l'article 7, alinéas 1 et 2 de ladite convention toute lacune de la convention est appelée à être comblée par des principes généraux qui « gouvernent le droit du commerce international ». Elle conclut que « selon ces principes, tels qu'incorporés entre autres dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la partie qui invoque un changement de circonstances perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel est en droit de réclamer la renégociation du contrat ». Ainsi, la Cour d'appel était bien fondée à consacrer une obligation de renégociation en présence d'une augmentation imprévisible du cours de l'acier de 70 %.
258. Cette jurisprudence non exhaustive vient consacrer à suffisance l'obligation de renégocier un contrat devenu déséquilibré pour les parties contractantes.

L'obligation de renégocier a été récupérée par le nouveau Code civil français de 2016. Ici l'exigence se pose en terme général dans l'article 1195. De l'avis de la doctrine, la réforme du Code civil n'a fait que transposer à l'article 1195 les acquis jurisprudentiels. Pourtant, on ne peut s'empêcher de relever que l'article 1195 rompt avec un élément essentiel de la jurisprudence Huard, la référence à la bonne foi. Le contraste est saisissant, les parties ne sont plus tenues de renégocier leur convention parce que l'obligation contractuelle de bonne foi le leur impose, mais parce que la loi le leur exige dorénavant.

259. En droit OHADA également, c'est sans surprise que le législateur, depuis la création de l'espace juridique harmonisé, attendu sur le terrain contractuel, se saisit de la question de la

---

<sup>991</sup> Cass. civ. belge, 1re ch., 19 juin 2009, no C.07.0289.N, Scafom International SPRL c/ Lorraine Tubes SAS ; ou encore Cass. Belgique, ch. néerlandophone, 19 juin 2009, traduction partielle en anglais, [cisg.law.pace.edu](http://cisg.law.pace.edu) ; résumé en anglais, Unilex ; pour une présentation synthétique en langue française, V. K. SZYCHOWSKA, RDC (belge), 2009.

renégociation. Ainsi l'article 6/24 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit OHADA rédigé par le professeur Marcel Fontaine et l'article 162 du projet de texte portant droit général des obligations dans l'espace OHADA rédigé par les Professeurs ISSA SAYEGH, SAWADOGO et POUGOUE dispose qu'« en cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations »<sup>992</sup>. Le mécanisme proposé se rapproche de celui adopté par la jurisprudence française. C'est à travers l'expression « bouleversement de circonstances », que ces différents textes entreprennent d'introduire la renégociation<sup>993</sup>. Ils créent ainsi une rupture avec le droit positif des Etats-parties de l'OHADA encore fidèles à l'intangibilité du contrat.

### **B- L'orientation de l'obligation de négocier vers l'exécution en nature.**

260. Si le principe posé par l'arrêt Huard est celui de la « réparation par équivalence », certains arrêts ont pu admettre la possibilité d'une exécution en nature en cas de manquement au devoir de négocier. Elle consiste pour le juge, non pas à réviser lui-même le contrat déséquilibré, mais à contraindre les parties, sous la menace d'une sanction plus grande en cas d'échec, à entamer de nouvelles négociations. Cette solution plus réaliste trouve davantage de légitimité avec la réforme du Code civil.

A côté des décisions qui, comme l'arrêt Huard, sont intervenues pour constater le préjudice résultant du manquement à l'obligation de négocier de bonne foi, certaines décisions ont opté pour une solution plus active en imposant aux parties une nouvelle négociation. Il s'agit notamment de l'arrêt Novacarb et de l'arrêt EDF c/ Shell. L'intervention du juge ici se situe en amont. Elle ne vise pas à constater l'échec des négociations, mais à les initier. Par jugement avant dire droit, il impose aux contractants, soit la reprise des négociations interrompues, soit l'ouverture de nouvelles négociations. Deux cas de figure peuvent être distingués : celui dans lequel le juge se contente de brandir une menace suffisante pour convaincre les parties à trouver

---

<sup>992</sup> V. art. 6/23 de l'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats et art. 162 du Projet de texte portant droit général des obligations. Ce texte est une copie fidèle de l'art.6.2.2 des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2004.

<sup>993</sup> L'expression bouleversement de circonstances employée par l'avant-projet, induit une différence entre un certain état initial du contrat et (un ou des) état(s) successif(s). E. A. DESMOND, *Adaptation du contrat au changement de circonstance dans l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats*, Thèse, Douala (Cameroun), 2012, p.82.

un accord, et celui dans lequel, pour plus d'assurance, le juge place la renégociation sous le sceau d'un tiers<sup>994</sup>.

Bien avant l'arrêt Novacarb, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 décembre 1976<sup>995</sup> est le premier à avoir envisagé l'exécution forcée en nature dans une renégociation. Les faits sont les suivants : La société EDF, en vue de satisfaire aux besoins de ses centrales thermiques, s'était liée à la société SHELL française au moyen de contrats d'une durée de 10 ans. Chaque contrat comportait notamment une clause d'indexation, prévoyant une valeur plafond (correspondant au cours américain) et une valeur plancher (équivalente au cours français)<sup>996</sup>. Y figurait également, une clause de sauvegarde, mettant à la charge des parties une obligation de renégociation en cas de modification du prix du fuel supérieur à six francs la tonne. En cours d'exécution, éclate la guerre du Kippour qui entraîne une inversion permanente des limites inférieures et supérieures du prix, au point où, la formule d'indexation devienne inopérante.

Après une tentative malheureuse de conciliation intervenue en application de la clause de sauvegarde, les parties saisissent le tribunal de commerce de Paris. Ce dernier constata qu'il convenait de procéder à un véritable réaménagement du contrat, ce qui n'était pas en son pouvoir. Il en conclut donc à la nullité des contrats, étant donné que la volonté originelle des parties ne pouvait être satisfaite. Pour les juges de première instance, l'indice disparu n'était pas directement substituable et le réaménagement du contrat ne relevait pas des compétences du juge.

En appel, la Cour relève que, malgré l'échec des précédentes renégociations, il lui apparaissait clairement que les parties entendaient poursuivre leur relation. De fait, sur le fondement de la clause de sauvegarde, dans un arrêt avant dire droit, elle impose aux parties de se rapprocher à nouveau, sous l'égide d'un observateur, en vue de négocier un nouveau prix. La Cour se réserve le droit, en cas d'échec de ces nouvelles négociations, d'imposer d'office une solution qui n'altérerait pas l'économie des contrats ou à défaut, de mettre un terme aux contrats.

Même si les contrats contenaient une clause de sauvegarde sur laquelle les juges se sont effectivement appuyés, cet arrêt reste remarquable. Les magistrats ne se sont pas contentés de l'échec des négociations mais ont imposé une nouvelle tentative, cette fois sous la surveillance

---

<sup>994</sup> S. BISSALOUÉ, *La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA*, Thèse, Aix Marseille, 2016, p. 582.

<sup>995</sup> Paris, 20 septembre 1976, J.C.P. 1978, note J.ROBERT J.

<sup>996</sup> La valeur plafond devait éviter que le consommateur français puisse se trouver dans une situation plus défavorable que celle du consommateur américain. La valeur plancher quant à elle, devait assurer au fournisseur une rémunération toujours suffisante.

d'un tiers pour suppléer à l'échec des précédentes, favorisant de facto l'adaptation des contrats considérés à la crise pétrolière de l'époque<sup>997</sup>.

261. Il semble désormais que rien ne s'oppose à une condamnation en nature des parties en cas de manquement au devoir ou à l'obligation de renégocier<sup>998</sup>.

En effet, après avoir considéré dans un premier temps que le créancier d'une obligation de faire devait se contenter de dommages et intérêts, la jurisprudence française au fil du temps, a assoupli la règle de l'article 1142. Depuis l'arrêt de la chambre mixte du 26 mai 2006, l'inexécution par l'une des parties de son obligation permet au créancier d'obtenir, par des moyens légitimes de contrainte, ce qui lui est dû<sup>999</sup>. Dans la droite ligne de l'avant-projet Catala<sup>1000</sup>, l'article 1221 de la réforme du Code civil de 2016 va édicter ce principe. Dorénavant, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Le législateur français rompt ainsi avec la formule de l'ancien article 1142 du Code. L'affirmation du droit à l'exécution forcée en nature que formule le nouvel article 1221 se fait cependant en des termes qui, sans doute, devront alimenter le débat judiciaire. L'exécution forcée en nature devenant le principe, l'article 1221 se trouve très logiquement complété par un article 1222<sup>1001</sup>. Le principe est également évoqué à l'article 9.102 des principes européens.

262. Les juges de l'espace OHADA non plus n'hésitent, lorsque l'obligation de faire vise à passer un acte juridique, d'y suppléer par une décision judiciaire<sup>1002</sup>. « Nous avons déjà eu l'occasion

---

<sup>997</sup> Paris, 20 septembre 1976, J.C.P. 1978, note J.ROBERT.

<sup>998</sup> L. AYNES, « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, nov. 1999, p. 11 et s.

<sup>999</sup> Cass. Ch. Mixte. 26 mai 2006, « Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. ». P.-Y. GAUTHIER, « Rebondissement dans le feuillet du pacte de préférence : un deuxième arrêt connexe à celui de la chambre mixte », *D.* 2006, p. 2510.

<sup>1000</sup> Article 1145 de l'Avant-projet Catala.

<sup>1001</sup> « On retrouvera là les remèdes d'ores et déjà ouverts par nos anciens articles 1143 et 1144, en relevant toutefois que l'ordonnance supprime, pour la faculté de remplacement par le créancier lui-même, l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable, le contrôle du juge n'ayant donc vocation à intervenir désormais qu'a posteriori, en cas de refus du débiteur de payer ou de contestation de celui-ci ». J. MESTRE, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations », *Etude MESTRE, RLDC*, 2016-4, p. 16.

<sup>1002</sup> C'est le cas notamment des promesses synallagmatiques de vente d'immeuble immatriculé. Dans cette espèce, quand bien le juge qualifie à tort la promesse d'obligation de donner, il procède toutefois à l'exécution forcée de celle-ci. Cour suprême du Sénégal, arrêt n° 19 du 16 janvier 2008, Société Express transit c/ Compagnie bancaire de l'Afrique occidentale. Inédit. ; Cité par J. L. CORREA, *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations*, Annales africaines, Nouvelle série, vol. 2, Déc. 2014, pp. 226-252, p. 27 et s. v. égal. Cour suprême, Chambres réunies, arrêt n° 11 du 19 juin 2012, CBAO c/ Express Transit. Inédit.

de constater combien le juge contemporain savait prendre dans ces gisements inépuisables que sont les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil pour, sans altérer la loi contractuelle dont le respect lui est imposé par l'article 1134, alinéa 1er, lui donner sa juste plénitude<sup>1003</sup>». « L'exécution forcée en nature est perçue comme étant le prolongement direct de la règle de la force obligatoire<sup>1004</sup>». Seulement qu'il nous paraît beaucoup plus objectif que le juge reste toujours en retrait et impose la renégociation contractuelle aux parties.

Les modalités d'exécution de l'obligation doivent être adaptées à la situation du débiteur et du créancier au moment de l'exécution. Plusieurs options sont ainsi offertes au juge. On l'a vu, l'exécution forcée suppose que le juge puisse ordonner, à la demande de l'une des parties que soit organisée, éventuellement sous l'égide d'un tiers observateur, une tentative de renégociation. Des institutions telles que la médiation sont initiées dans ce sens. L'imposition de la renégociation n'est pas notre seule proposition pour un droit à l'exécution forcée sans faille. La demande en justice du créancier de l'obligation inexécutée doit aussi être encadrée.

## **Paragraphe 2 : La suppression des demandes d'exécution par équivalent ou de dommages-intérêts dans l'espace OHADA**

263. Pour être en mesure d'émettre une prétention devant les juridictions, la majeure partie des Codes de procédures exigent trois conditions : l'intérêt de celui qui intente l'action en justice<sup>1005</sup>, sa qualité et sa capacité. Aucune prétention ne peut être juridiquement protégée si elle n'est pas de nature à réaliser le contrat tel que conclu au départ<sup>1006</sup>. C'est pourquoi nous préconisons de n'admettre dans l'espace OHADA en cas d'inexécution des obligations, que les actions tendant à réaliser l'exécution en nature à l'image des *writ* dans la *Common Law*<sup>1007</sup>. Ceci passe par le rejet ou la suppression de l'ordonnancement juridique de toute action tendant

---

<sup>1003</sup> Comme la bonne foi, la confiance est une notion large qui permet au juge de s'immiscer dans les relations contractuelles. Si ces deux notions sont souvent brandies pour justifier la réduction des prestations d'une des parties, elles doivent aussi être utilisées pour exiger l'exécution forcée d'une obligation de faire. J. MESTRE, « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD civ.* 1990, p. 646.

<sup>1004</sup> Y. -M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution forcée », *op. cit.* p. 161.

<sup>1005</sup> Pas d'intérêt, pas d'action.

<sup>1006</sup> Rappelons-le, nous pensons à la suite de P. ANCEL que le contrat est en lui-même d'abord un instrument juridique normatif contraignant.

<sup>1007</sup> C'est-à-dire ne donner accès à une juridiction que si l'action du justiciable est en conformité avec ce qui est prévu.

à l'obtention d'autre chose que l'exécution en nature (A). Mais pour que cette proposition soit réaliste, il faudrait qu'elle s'accompagne de mesures permettant sa réalisation (B).

### **A- Illégitimité des demandes d'exécution par équivalent ou des dommages-intérêts en matière contractuelle**

264. Les articles 30, 31 et 33 de la loi n° 2008-07 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative du Bénin que « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.

Le demandeur peut se désister de son action en tout état de cause. » ; « Toute personne physique ou morale peut agir devant les juridictions de la République du Bénin en vue d'obtenir la reconnaissance, la protection ou la sanction de son droit.

Toute personne physique ou morale peut, dans tous les cas, être appelée devant ces juridictions à l'effet de combattre une action dirigée contre elle. » ; « L'action n'est recevable que si le demandeur :

Justifie d'un intérêt légitime, direct et personnel juridiquement protégé ;

A la qualité pour agir en justice ;

Possède la capacité d'agir en justice. »

265. La condition qui nous intéresse dans le présent travail est celle se rapportant à l'intérêt à agir.

Plusieurs critères sont attachés à l'intérêt à agir.

Tout d'abord, l'intérêt à agir doit être né et actuel, c'est-à-dire qu'il doit exister au jour où la personne agit en justice et ne pas être simplement éventuel même si les actions *in futurum*<sup>1008</sup> sont admises.

L'intérêt doit également être positif et concret. Il faut entendre par là que l'intérêt doit être suffisant pour justifier une action devant le juge, qu'il s'agisse de protéger un intérêt moral ou matériel, notamment un intérêt financier.

---

<sup>1008</sup> Actions conservatoire, actions déclaratoires

Ensuite, l'intérêt à agir doit être légitime comme le précise l'article 33 précité. Intérêt légitime sous-entendait à une certaine époque intérêt juridiquement protégé. Il était alors nécessaire pour agir en justice que l'atteinte dont le demandeur souffrait et pour laquelle il demandait réparation ait été portée à un intérêt légitime et juridiquement protégé<sup>1009</sup>.

Autre critère de l'intérêt à agir, celui-ci doit être direct et personnel. Le demandeur doit être personnellement concerné par l'atteinte subie et avoir un intérêt à ce que son droit soit reconnu ou son préjudice indemnisé<sup>1010</sup>.

Ce dernier critère de l'intérêt à agir est lié à celui de la qualité à agir dans le sens où la qualité peut être attribuée à certaines personnes alors qu'elles ne sont pas totalement concernées par l'action. C'est notamment le cas d'associations qui agissent en justice parce qu'évidemment elles défendent leur cause mais dans ce type de cas, elles ne sont pas personnellement victimes.

Pour pouvoir vérifier que l'intérêt à agir est légitime, le juge doit avoir un regard sur le droit substantiel pour savoir si l'intérêt invoqué par le demandeur est juridiquement protégeable ou non.

266. La légitimité de l'intérêt constitue notre centre d'intérêt. En matière d'inexécution contractuelle, le créancier à qui le débiteur doit une prestation qui peut se décliner en une obligation de faire, de ne pas faire, de donner ou même de transférer l'usage d'un bien, est victime de l'absence de la prestation promise ou de la non-conformité de la prestation promise à celle réalisée. Le Code civil de 1804, tous les textes qui lui sont postérieurs jusqu'au dernier en date imposent l'obligation au débiteur d'exécuter sa prestation à l'endroit du créancier, certes avec diverses subtilités.

Les développements précédents nous ont permis de démontrer que la responsabilité contractuelle qui consiste à verser une somme d'argent en guise de réparation du préjudice née de l'inexécution contractuelle est un faux concept. De même, le raisonnement qui conduit à considérer cette somme d'argent comme un effet du contrat suite à son inexécution en guise d'exécution par équivalent l'est tout autant.

---

<sup>1009</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 2004. En 1970, la Cour de cassation est revenue sur cette position et a notamment accordé à la concubine une indemnité suite au décès de son concubin dans un accident, période où le concubinage n'était pas pleinement reconnu. La Cour de cassation a également précisé que « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action et que l'existence du préjudice invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès ».

<sup>1010</sup> On peut déduire de ce postulat qu'une action fondée sur un intérêt collectif n'est pas recevable si elle est exercée par un particulier. Une telle action n'est en effet admise que si c'est le ministère public ou tout organisme habilité qui la met en œuvre.

## B- La mise en œuvre de la suppression

267. Le droit substantiel qui doit servir de référence au juge pour accepter une action en justice se rapportant à l'inexécution contractuelle devrait être l'unique qui tend vers l'exécution du contrat tel qu'il a été prévu par les parties à l'origine ou suite à une renégociation<sup>1011</sup>. Cette action est la plus respectueuse du contrat et n'emporte pas une rigueur irréaliste. Rappelons à cet effet la conception que le professeur ANCEL avait du contrat qu'il assimilait à une norme au même titre que la loi. « La norme née du contrat s'impose aux parties de la même façon que le ferait une norme légale. C'est une application de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil de 1804 qui dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties. Cette force obligatoire revêt un double aspect : d'une part, les parties sont assujetties au contrat et d'autre part, en cas de conflit, le juge doit se référer à la norme juridique que constitue le contrat »<sup>1012</sup>. Nous avons proposé qu'avant que ne se produise la situation définitive de l'inexécution, les parties aient une large possibilité<sup>1013</sup> de revoir de leur propre chef leur accord de volonté pour que celui-ci soit toujours possible d'exécution. A défaut de cette fraternité contractuelle, la force extérieure du juge pourra les obliger à renégocier leur convention et au besoin, un peu comme dans la déchéance en matière commerciale, le contractant le moins diligent pourra être déchu du droit de contracter.
268. Toutes les obligations contractuelles (faire, ne pas faire, transférer la propriété ou donner à usage) peuvent faire objet de renégociations contractuelles. Les obligations contenant une forte dose d'*intuitus personae* sont surtout visées ici. Pour reprendre l'exemple de l'artiste qui ne finit pas sa toile, nous estimons qu'un artiste, en raison du caractère personnel de son obligation ne peut valablement se réfugier derrière celui-ci pour couvrir l'inexécution ; et ceci sans que le droit ne puisse venir efficacement à bout de cette situation. Ceci d'autant que ce dernier en même temps qu'il refuse de finir sa toile envers un contractant X, continue d'exécuter sa profession en faisant une prestation de même nature envers un contractant Y. S'il n'est plus dans la possibilité de le faire en raison de la survenance d'un cas fortuit ou d'un cas de force

---

<sup>1011</sup> Un auteur (P. JOURDAIN) ne disait-il pas que l'exécution ne peut être qu'en nature ? Ajouté à sa réflexion nous estimons que l'exécution est unique tout comme l'inexécution est unique. On parle d'inexécution dès lors que ce qui a été promis au contrat n'a pas été fait. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont réussi à identifier des inexécutions en nature ou des inexécutions par équivalent. P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées SAVATIER, PUF, 1998, p. 65.

<sup>1012</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.* 1999 p. 771 s.

<sup>1013</sup> Voir une obligation.

majeure, le régime de ces derniers s'appliquera avec notre proposition qui vise en amont à prévoir ces cas dans des clauses d'exécution. Pour un artiste, ou plus généralement une partie à un contrat<sup>1014</sup> qui se comporte comme tel, une décision d'avoir à renégocier les termes de son contrat avec son cocontractant, sous peine de se voir interdire l'exercice de son activité ou plus généralement le retrait du droit de contracter tant que durera l'inexécution pourrait conduire à une exécution en nature de la prestation. Cette solution présente l'avantage de forcer les parties aux contrats à toujours trouver d'elles-mêmes les solutions aux difficultés d'exécutions du contrat tout en respectant l'institution qu'est le contrat. Le juge n'aura, après vérification des conditions de validité du nouvel accord qu'à lui donner force. La pression dans cette solution sera toujours sur la partie la moins diligente.

269. Peut-être reprochera-t-on à cette solution de violer la liberté contractuelle ou plus généralement la liberté d'exercer le métier de son choix prônée par le décret d'Allarde<sup>1015</sup>. Il faut dire que cette restriction n'est que temporaire et la levée de l'interdiction ne dépend que du contractant. De plus, n'oublions pas qu'en amont, cette obligation ne pèse pas sur lui *ex nihilo*. Il a donné son consentement au contrat originel avant de se retrouver lié. D'après la théorie de l'autonomie de la volonté qui demeure malgré tout, « l'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il a voulu et ceci, dans la limite de ce qu'il a voulu »<sup>1016</sup>. C'est donc volontairement qu'un contractant voit sa liberté se réduire. L'impossibilité d'exécuter sous quelque forme que ce soit, le coût manifestement déraisonnable ne sont donc pas des obstacles objectifs à l'exécution en nature. Les deux contractants ont manifesté leur volonté qui est devenue pour eux une loi. Le contrat peut être revu si les deux contractants en décident ainsi à nouveau. La menace d'une déchéance du droit de contracter à nouveau en cas de refus d'entrer en renégociation ou même en cas d'échec des renégociations peut accentuer le désir des parties à parvenir à un accord.
270. La dernière balise que nous proposons pour l'exécution sans faille des stipulations contractuelle consiste donc à arracher au créancier victime de l'inexécution le droit de demander des dommages-intérêts ou une autre prestation que celle qui lui est dû tout en prenant soin en amont

---

<sup>1014</sup> Débiteur comme créancier.

<sup>1015</sup> On peut lire à l'article 7 de ce décret : « A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être ». Le décret d'Allarde est en réalité une loi, datant des 2 et 17 mars 1791, par Pierre d'Allarde, qui a supprimé les corporations. Les corporations étaient des associations de personnes exerçant le même métier, qui réglementaient à l'échelle de chaque ville la profession.

<sup>1016</sup> D. C. SOSSA, *Cours de Droit des Obligations*, Licence 2, 2005, FADESP/UAC, Inédit.

d'être le plus large possible avec les parties contractantes pour qu'elles trouvent des stipulations contractuelles possibles d'exécutions.

La demande de dommages-intérêts ou d'exécution par équivalent ne contenant pas un intérêt juridiquement protégée, sa légalité dans les anciens textes et dans certains textes encore d'application surtout dans les Etats membres de l'OHADA n'emporte pas légitimité à notre sens.

En lieu et place respectivement de la formule actuelle de l'article 1134 du Code civil applicable encore au Bénin, des dispositions du COCC sur l'exécution des obligations, des propositions contenues dans les divers projets de réforme du droit des obligations dans l'espace OHADA, nous préconisons cette formulation qui sera d'ordre public : « **Les conventions légalement formées ou conjointement renégociées doivent être exécutées tel que prévu au contrat en tout état de cause** ».

## Conclusion seconde partie

271. Au total, comme nous l'avons vu, pour la promotion de l'exécution forcée en nature dans l'espace OHADA, il faut commencer par revenir à la pureté des principes. Si ce n'est la déformation de plus en plus extrême de la notion, il ne devrait même pas exister une expression telle que l'exécution en nature. L'expression exécution en nature est pour le moins ambiguë, voire trompeuse. En clair, l'exécution est en nature ou, tout simplement, elle n'est pas; elle est seulement susceptible d'être spontanée ou imposée. Elle n'a été consacrée que pour l'opposer à d'autres concepts montés en pièces et qui sont en réalité nuisibles au droit des obligations. Plus prosaïquement, comme l'avait observé L. AYNES, l'exécution par équivalent n'emporte jamais l'équivalent de l'exécution<sup>1017</sup>. Elle constitue simplement une compensation, sous forme monétaire, au profit du créancier qui n'a pu obtenir une exécution spontanée de son débiteur. L'exécution par équivalent est un faux concept qu'il faut supprimer pour la clarification des concepts et pour que l'exécution, qui est l'essence du contrat, soit réalisée. Mais en plus de la suppression du concept de l'exécution par équivalent, nous avons préconisé la suppression des autres concepts créés par la jurisprudence et la doctrine qui sont venus exacerber la difficulté. Il s'agit de toutes les formes de réparations. Nous l'avons vu, la réparation est un principe basé sur la responsabilité délictuelle. C'est le fait quelconque de l'homme, le fait imprévisible d'avance, dans sa multiplicité et sa variété qui une fois posé et ayant entraîné pour autrui un dommage, qui oblige son auteur à réparer le préjudice par ce qu'il y a de plus convertible découvert jusqu'à nos jours : l'argent. Le fait prévu, le fait encadré, la projection circonstancielle sur le futur qu'est le contrat devrait échapper à ce raisonnement. Et c'est justement pour avoir cette emprise sur les actes futurs et selon leur besoin que les Hommes recourent à cet instrument juridique qu'est le contrat. Une fois ces conditions de formation respectées pour être à l'abri de tout abus, actes d'inconscience ou de toutes atteintes à l'ordre social constitué, le système juridique devrait concourir à son exécution qui ne peut être qu'en nature. Construire un système où les engagements contractuels se résolvent en équivalent monétaire en cas de difficultés, qui pouvaient du reste être prévus par les auteurs de ces engagements, est hors droit. Un auteur affirmait déjà qu' « "...un monde où chacun ne se trouve ainsi tenu par ses engagements que dans la mesure où cela l'arrange est un monde où la parole ne vaut plus rien. Une société fondée sur de telles prémisses ne peut que devenir de plus en plus violente et de plus en plus policière. C'est aussi un monde où les plus faibles payant le prix le

---

<sup>1017</sup>A. BENABENT ; L. AYNES ; T. REVET ; O. DESHAYES ; P. STOFFEL-MUNCK ; Y. M. LAITHIER ; J. FRANCOIS ; D. MAZEAUD, La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016), Revue des contrats 01 avril 2016 n°Hors-série

plus fort cessent d'accorder le moindre crédit à la parole politique et la moindre valeur aux lois. Les lamentations sur la dégradation de la cohésion sociale ne sont qu'une triste mascarade lorsqu'on s'emploie à ruiner partout la fonction instituante du Droit et à priver ainsi les hommes des repères susceptibles de donner un sens commun à l'action de chacun »<sup>1018</sup>. Pour ne pas assister davantage à cette dégradation sociale et pour ne pas ruiner la fonction instituante du Droit, nous devons revenir à la pureté des principes.

**272.** L'OHADA, qui se veut une organisation assurant la sécurité juridique et judiciaire dans tout l'espace qu'elle couvre, gagnerait fort bien à se départir de ces concepts reçus par ses différents Etats membre pour la pureté des obligations contractuelles. Elle a déjà innové dans beaucoup de domaines, ce qui prouve qu'elle peut encore faire plus. L'arbitrage qu'elle a institué en son sein et même la CCJA qui est elle-même une instance d'arbitrage peuvent être mis à profit. L'arbitre n'a pas d'allégeance par rapport à l'Etat et c'est classiquement pour éviter la lenteur et la lourdeur de l'administration de la justice que les parties font recours à ce mode alternatif de règlement de conflit dans l'espace OHADA. On conçoit bien que la plupart des différends soumis à l'arbitrage se rapporteront à l'inexécution d'un engagement souscrit par une partie. L'arbitre dans l'espace OHADA et plus généralement le juge peuvent par le biais des procédés que nous avons préconisés réussir à imposer l'exécution en nature des obligations contractuelle. Pour ce faire, il faut se départir des valeurs qui ne sont pas des valeurs africaines et qui conduisent à des solutions certes admises sous d'autres cieux, mais qui ne devraient pas l'être dans l'espace OHADA. L'OHADA est un outil juridique qui a pour but d'impulser le développement économique. Et c'est justement parce que le développement économique est boosté par le droit que les réflexions économiques ne devraient pas l'emporter sur la norme juridique. Dans un environnement de mondialisation, l'espace OHADA peut apporter sa touche personnelle en étant de par le monde, cette partie du globe ou le développement économique est une réalité parce que les engagements se respectent en nature par tous les acteurs de la vie économique, que ce soit les particuliers ou l'Etat lui-même qui est invité à donner le bon exemple par une renonciation à son immunité d'exécution avant d'imposer l'exécution en nature aux particuliers. La fraternité et la camaraderie sont des valeurs africaines qui doivent pousser à exécuter le contrat tel que prévu ou à renégocier ensemble le contrat pour in fine l'exécuter en nature.

---

<sup>1018</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Ed. Seuil 2005, pp.174-175.

## Conclusion générale

273. Ce qu'il convient de rappeler prioritairement, est que l'obligation contractuelle n'a pas d'intérêt en elle-même. L'obligation n'est pas une fin en soi mais un moyen technique. En d'autres termes, l'obligation est une notion fonctionnelle ; c'est une notion qui existe pour remplir une fonction. Cette fonction consiste à donner satisfaction au créancier. L'exécution de l'obligation est la raison d'être de l'obligation contractuelle.

C'est précisément en raison de l'importance de l'exécution que le droit des contrats dans l'espace OHADA devrait la considérer comme son « point de perspective »<sup>1019</sup>. L'objectif devrait être que le créancier obtienne réellement ce qui lui a été promis. A défaut, le droit des obligations sera un droit inefficace, un droit inutile. Derrière chaque créancier qui n'obtient pas l'exécution en nature de l'objet contractuel se cache un futur débiteur qui pourra violer à son tour ses engagements contractuels. Ainsi, la spirale des créances non recouvrées continue. Plutôt que de légitimer le non-paiement de la dette du débiteur, il faut s'attaquer au mal à la source, c'est-à-dire s'attaquer au lien contractuel. Mettre en œuvre dans l'espace OHADA un système qui ferait qu'on aura de lien de droit entre débiteur et créancier que lorsque la créance est dans tous les cas humainement imaginable et recouvrable. Cette orientation politique du droit des contrats devrait être admise.

274. Si la technique contractuelle a été la première à en prendre la mesure, droits nationaux et internationaux ne sont plus en reste. Il est aujourd'hui quasi unanimement acquis que, confronté aux difficultés d'exécution, le contrat doit évoluer. En France, l'adaptation du contrat aux difficultés d'exécution a d'abord été l'œuvre de la jurisprudence. Elle a tempéré l'arrêt Canal de Craponne<sup>1020</sup> en utilisant, d'une part, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi posée par le code civil et, d'autre part, la théorie de la cause dans des arrêts, fort remarquables, quoique sujet à caution. La réforme du Code civil de 2016 est venue par la suite consacrer de façon remarquable, cette évolution<sup>1021</sup>.

---

<sup>1019</sup> L. AYNES, « Rapport introductif », *RDC* 2005, p. 9.

<sup>1020</sup> Cass. Civ. 6 mars 1876.

<sup>1021</sup> Article 1195 de L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son

La renégociation contractuelle est une exigence prévisionnelle faite aux parties contractantes pour assurer l'immutabilité du contrat. Elle doit être le produit d'un consensualisme entre cocontractants ou la conséquence d'une clause de réadaptation insérée dans le contrat initial. Elle peut reposer aussi sur la volonté unilatérale d'une partie en cas de difficulté d'exécution. Cette dernière devra trouver le juge en appui de cette prétention si le cocontractant se montre abusivement réfractaire à un nouvel accord.

275. Dans l'espace OHADA, la renégociation devrait s'établir d'elle-même ; les usages des affaires aidant en dépit du silence du Code civil encore en vigueur dans la majorité de ces pays d'Afrique. Si l'article 1103 du Code civil de 1804 introduit par la colonisation semble s'opposer au recours unilatéral à la renégociation dans les échanges, le premier réflexe des parties en cas de difficultés d'exécution devrait être d'adapter leur convention. Le phénomène est déjà si connu qu'il a été codifié par les textes régissant certaines professions<sup>1022</sup>. Ce recours à la renégociation est justifié par les usages dans les échanges existant dans l'inconscient des partenaires d'affaires. Ces usages sont tenus pour acquis par les partenaires locaux.

Les reliques du recours aux usages dans les échanges sont présentes dans l'article 239 al. 2 de l'AUDCG de 2010 qui dispose : « sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connues et régulièrement observées par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée ».

Les usages se définissent classiquement comme l'ensemble des pratiques « ayant acquis une certaine portée normative »<sup>1023</sup>. Le recours aux usages favorise l'interaction entre droit traditionnel africain et droit moderne. Les usages concilient l'utilité économique du contrat et les réalités socio-culturelles africaines en tant que poches de droit vécu.

276. La renégociation devrait être à l'initiative des parties et conduite par elles. Pour évincer le juge de la convention des parties, une solution à double exigence se présente.

D'une part, il faut arracher au créancier le droit de demander la réparation sous quelque forme que ce soit lorsqu'il est confronté à l'inexécution de la prestation qui lui est due. La responsabilité est une notion propre au délit, c'est-à-dire aux faits quelconque de l'homme

---

adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

<sup>1022</sup> Articles 238 et 239 AUDCG se rapportant aux usages entre commerçants. Voir aussi l'article 193 AUDCG pour les usages chez le commissionnaire et les articles 202, 214 et 220 de l'AUDCG pour le courtier par exemple.

<sup>1023</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, 2009, 1ère éd. p. 117.

causant un dommage à autrui. Les faits prévus (c'est-à-dire les contrats) doivent en être exclus. De plus, cette exigence est beaucoup plus respectueuse du contrat qui, non seulement impose des obligations au débiteur mais également met à la charge du créancier de ne pas exiger autre chose que ce qui a été convenu entre les parties<sup>1024</sup>.

D'autre part, pour que cette solution soit réaliste, il faudrait agir en amont au moment de la formation du contrat ou en cours d'exécution du contrat. Les parties doivent insérer dans le contrat toutes clauses leur permettant de régler le différend qui naîtra que ce soit en cas d'impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution du contrat. Le but de la manœuvre est d'éviter de laisser le dénouement du contrat au juge. Il n'interviendra éventuellement que pour constater la validité ou non des clauses et leur donner effet. Verser une somme d'argent au créancier si la prestation devient matériellement, juridiquement ou moralement impossible ne serait pas réparer un quelconque préjudice si une clause au contrat avait prévu cette forme de règlement. Ces clauses d'exécution du contrat doivent être systématiquement insérées dans tous les contrats. Elles doivent être marquées par leurs caractères très subjectifs, concrets, et simples de compréhension. C'est ce qui fera leur particularité.

Avec l'exigence africaine de camaraderie contractuelle qui vise à tout prix à maintenir la relation contractuelle, à l'exécuter dans son propre intérêt mais aussi dans l'intérêt de son cocontractant, le droit des obligations dans l'espace OHADA n'aura pas de peine à justifier l'exécution obligatoire du contrat en toutes circonstances. La proposition traduit une contrainte ferme quand survient l'inexécution du contrat. Cette contrainte est adoucie par l'exigence faite aux parties contractantes de recourir à la renégociation de leur convention avant de subir l'interdiction de toutes autres formes d'issues contractuelles. La proposition est plus respectueuse du contrat et est beaucoup plus en conformité avec les conceptions africaines.

277. L'exigence de renégociation que la loi imposerait aux parties, nous la voulons légitime par une adhésion de tous les acteurs de la vie économique de l'espace OHADA.

Qu'on la situe dans le domaine de la morale, du droit ou même d'autres activités humaines, ce qui fait l'essence de l'obligation, c'est l'idée de contrainte, de coercition. L'obligation juridique se distingue de l'obligation morale seulement par le fait que la contrainte concernée est, dans le premier cas, prescrite et sanctionnée par la loi, tandis que dans le second cas, elle est simplement un devoir qu'un sujet se donne à lui-même, conformément aux prescriptions de sa conscience et en accord avec les convictions morales partagées dans la société à laquelle il

---

<sup>1024</sup> Il faut se rappeler de la distinction faite par P. ANCEL entre le contrat, instrument normatif, de son contenu obligationnel.

appartient<sup>1025</sup>. La norme juridique gagnerait beaucoup plus en légitimité si elle s'évertue à justifier son existence et son bien-fondé dans la conscience des sujets de droit et, particulièrement, des parties contractantes pour que l'obligation légale soit perçue comme moins contraignante dans la conscience de ces derniers. Dans un état de droit, toute obligation imposée à un sujet est tenue de se justifier ou de prouver sa légitimité sans quoi elle ne serait qu'une injonction définissant la relation maître-esclave<sup>1026</sup>.

L'obligation présuppose toujours en réalité la possibilité de ne pas faire ce que l'on devrait faire. En recourant donc à la notion de contrainte, on met simplement l'accent sur le fait de se sentir lié par une règle, une norme, un engagement contractuel, une prescription morale, etc. On reprend également une notion qui apparaît comme consubstantielle au droit dans le sens où KANT affirme que le droit est associé à la contrainte et le sens où KELSEN définit les ordres sociaux comme étant « des ordres de contrainte »<sup>1027</sup>, en rattachant la contrainte à la sanction qui s'exerce sur une personne n'ayant pas agi conformément au droit<sup>1028</sup>.

Le sujet du droit peut être d'abord vu comme toute personne assujettie au droit, c'est-à-dire aux obligations qu'impose tout système juridique. Mais la notion du sujet renferme aussi l'idée d'autonomie, de capacité à se déterminer soi-même, soit en étant l'auteur de l'obligation qu'on est ensuite tenu de suivre, soit en comprenant cette obligation comme légitime. On voit ici l'ambivalence de la notion de sujet, qui peut inspirer deux approches du devoir de justifier la norme juridique. Si l'on prend le sujet du droit simplement en tant qu'un assujetti à la norme juridique, on pourrait soutenir que cette norme peut se passer de justification. Il suffirait dans ce cas que le législateur élabore des lois, en vertu d'une qualité que lui confère ou au moins que lui reconnaît la société, pour que ces lois soient considérées comme sources d'obligation légitime.

Si, par contre, on considère le sujet du droit non simplement comme un assujetti, mais en même temps comme un sujet de liberté, la compétence du législateur ne suffit pas pour donner à l'obligation qu'elle édicte toute sa justification. Le sujet du droit doit pouvoir consentir à la norme avant de s'y assujettir, il doit pouvoir comprendre les raisons qui justifient l'obligation contenue dans la norme ainsi que les choix opérés par le législateur avant de s'y soumettre, et

---

<sup>1025</sup> E.-M. MBONDA, « L'obligation : de quel droit et pour quelle fin ? », in *L'obligation Etudes offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun 2015, p. 441.

<sup>1026</sup> E.- M. MBONDA, « L'obligation : de quel droit et pour quelle fin ? », *op. cit.* p. 442.

<sup>1027</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 46.

<sup>1028</sup> Contrairement à ce que l'on avance parfois, l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte ne signifie pas qu'il est de l'essence du droit d'obtenir de force la conduite juridiquement régulière, ordonnée par l'ordre juridique. L'acte de contrainte doit être fait précisément lorsque ce n'est pas la conduite prescrite qui se réalise, mais au contraire la conduite prohibée, la conduite contraire au droit.

idéalement adhérer à ces raisons même si elles impliquent pour lui un coût important en matière de liberté.

278. Le législateur doit employer non pas la force, mais le raisonnement et la persuasion. La loi doit être précédée d'une justification qui permet de démontrer, par la raison, que la norme juridique est œuvre de raison. En se justifiant, la loi peut être considérée comme un impératif absolu<sup>1029</sup>. Ceci permet d'éviter des contradictions par rapport au système de la loi elle-même<sup>1030</sup>, par rapport à l'ordre de la cité qui en dépend, et aussi par rapport au contrat tacite que chacun fait avec la loi. Comme l'écrit M. EDMOND, « il serait contraire à la raison que les hommes ne connaissent pas les raisons qui justifient la contrainte des lois »<sup>1031</sup>. On ne gouverne pas les hommes comme on gouverne un troupeau d'animaux. Dans tout système législatif qui se veut légitime, le texte de la loi doit être accompagné d'un discours explicatif et persuasif afin qu'il soit jugé comme acceptable par les citoyens. Même si l'on considère que la loi est fondée sur la raison, elle n'est légitime que si elle s'appuie sur l'accord de ceux à qui elle s'adresse. L'adhésion des citoyens apparaît ici comme un critère fondamental de légitimité de la norme juridique. Le législateur n'est pas pour le citoyen ce que le maître est pour l'esclave. Et on n'est plus à l'époque coloniale où l'adhésion des peuples à la gestion de la cité n'est pas recherchée surtout dans le système colonial français. La loi s'adresse désormais, et ce, depuis fort longtemps, à des sujets libres. Elle est conçue avant tout pour réaliser la justice et pour permettre aux citoyens de réaliser leur accomplissement.

Pour d'AQUIN, la justice est, parmi les vertus, celle qui a pour fonction propre d'ordonner l'homme en ce qui est relatif à autrui. Les autres vertus, au contraire, ne perfectionnent l'homme que dans ce qui le concerne personnellement<sup>1032</sup>. Cette finalité doit être établie puisque la loi s'adresse à des sujets libres et ayant le sens du juste comme l'étaient les peuples africains avant et après la colonisation.

279. En ce sens, dans les sociétés africaines modernes, emportées par les ballets de la mondialisation et la globalisation, le législateur africain aura du mal à justifier ou à légitimer le mécanisme qui voudrait qu'en cas d'inexécution contractuelle, l'on ne puisse aboutir qu'à des succédanés d'exécution de l'obligation contractuelle en lieu et place de l'exécution de l'obligation telle que promise.

---

<sup>1029</sup> Platon disait un impératif catégorique dans son œuvre.

<sup>1030</sup> Tout système normatif repose sur sa capacité à obtenir l'obéissance de ceux sur qui il s'exerce.

<sup>1031</sup> M. P. EDMOND, *Le philosophe-roi*, Paris, Payot, 2006, p. 174.

<sup>1032</sup> Saint Thomas d'AQUIN, *Somme théologique*, t.II, Collection Œuvres de saint Thomas d'Aquin, éd. du Cerf, p. 978. ; J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *op. cit.*, p. 425.

Une politique législative aussi importante pour les relations humaines, en général, et pour le monde des affaires, en particulier, que celle qui se rapporte à l'inexécution contractuelle, doit être justifiée pour emporter l'adhésion de tous. La solution tout comme sa justification doit puiser dans les valeurs africaines afin que les normes de l'espace OHADA ne soient plus qualifiées de droit venu d'ailleurs. Le besoin d'attractivité de l'espace OHADA n'est pas incompatible avec le maintien d'une identité culturelle. Aussi, l'universalité du droit ne doit pas conduire à faire disparaître les particularités si ces dernières ne sont pas nuisibles au développement. Le droit des contrats, malgré son caractère technique, est dominé par la loi morale<sup>1033</sup> et, le juriste doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle qu'il doit utiliser en luttant pour ses croyances<sup>1034</sup>.

280. La justice, qui est la finalité de toute œuvre législative, dans son sens téléologique premier, loin de traduire un rapport arithmétique désigne l'intemporalité du lien qui unit Dieu au genre humain. De même que la fidélité de Dieu à sa promesse envers les hommes est inébranlable, l'homme doit d'abord respecter son engagement à l'égard de Dieu, qui est de se conformer en tout à sa volonté. Etre juste c'est être en accord avec la volonté divine, observer parfaitement sa loi<sup>1035</sup>. Ayant transposé cette fidélité de Dieu envers les hommes aux rapports entre ces derniers, les théologiens catholiques ont déduit l'obligation de respecter de façon inébranlable les simples promesses. Par respect pour son prochain, le chrétien doit s'abstenir de tout mensonge, acte sévèrement condamné dans l'Ancien et le Nouveau Testament. Les théologiens en déduisent que violer la promesse faite à autrui, c'est manquer à la vérité et commettre un mensonge. C'est le fondement de la règle *pacta sunt servanda*. Cette règle de respect de la parole donnée a été reprise par DOMAT dans le code civil. Pour lui, Dieu a multiplié les besoins des hommes à l'effet de les rendre nécessaires les uns aux autres et les inciter à conclure des engagements volontaires. Ces engagements, dictés par le commandement d'amour mutuel, imposent certains devoirs moraux à l'égard d'autrui. L'un de ces devoirs est de rester fidèle à son engagement, de respecter la parole donnée. Mais bien sûr à condition que cet engagement soit moralement juste.

Cette règle se justifie moralement. On est tenu, en quelque sorte par sa conscience, de respecter sa promesse, de respecter ses engagements. Tenir sa parole engage l'homme, c'est une question

---

<sup>1033</sup> La loi morale est pour lui celle qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par l'habitude ou par respect humain. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e ed., 1949., n°2.p. 5.

<sup>1034</sup> Ibid., n°218. p.29.

<sup>1035</sup> M. VILLEY cité par J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON Aspect actuels du droit des affaires*, Dalloz, Paris 2003, p. 420.

de conscience, voire d'honneur, et cette idée est certainement partagée dans toutes les civilisations. Avant donc d'être un principe contractuel, le respect de la parole donnée avait été élevé au rang de principe juridique par les canonistes.

Cette prescription de conduite se rapportait à quelque chose de supérieur : Dieu.

Dans le Deutéronome, on lit : « tu observeras et tu accompliras ce qui sortira de tes lèvres »<sup>1036</sup>. Dans le Coran, on lit « respectez vos engagements car on vous en demandera certainement compte » Sourate 17, verset 34 du Coran. Ou encore, « O vous qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une grande abomination auprès de Dieu que de dire ce que vous ne faites pas » Sourate 61, Verset 2 et 3 du Coran.

281. Si aujourd'hui en France, pays d'influence historique de la législation OHADA, l'exécution en nature est toujours considérée comme un idéal, c'est parce que la France est un pays dont la culture est fortement imprégnée par la religion catholique ; où le respect de la parole donnée va de pair avec un certain dédain par cette même religion de l'argent<sup>1037</sup>. L'industrialisation, le libéralisme, la mondialisation et la globalisation ont fait de ce principe au XXIème siècle presque une incantation qui peine à se traduire dans la réalité. En témoigne les restrictions toujours grandissantes du droit à l'exécution forcée.

282. Dans l'espace étudié, aucun texte ne fonde un principe général et d'ordre public d'exécution forcée en nature. Dans le même temps, les textes présents ne justifient pas son absence et ne donnent aucune légitimité à la prépondérance des succédanés d'exécution proposés. Tout comme le droit français, même après la réforme de 2016, l'exécution en nature résulte d'une construction qui peine à s'imposer.

Qu'à cela ne tienne. Les sociétés les mieux organisées sont celles qui mettent la justice et l'équité sociales au-devant de tout. L'Afrique n'est pas en marge de cette considération car, avant et même après l'arrivée du colon, elle est dominée par la Mâat<sup>1038</sup>. Elle représente l'état juste de la nature et de la société tel que l'a fixé l'acte créateur, et, à partir de là, dans un cas, ce qui est correct, exact, et dans l'autre le droit, l'ordre, la justice et la vérité. Cette considération n'a pas disparu. La traduction de ces principes en matière contractuelle reste l'exécution en nature des engagements souscrits dans l'espace OHADA quoiqu'il advienne comme difficulté

---

<sup>1036</sup> Deutéronome 23 :23.

<sup>1037</sup> Y. M. LAITHIER, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, force obligatoire du contrat et exécution forcée du contrat », *LGDJ*, 2004, p. 419.

<sup>1038</sup> A. CISSE, « Introduction générale pour une approche plurale du droit africain », in *L'obligation, Etude offert au professeur P. G. POUGOUE*, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, Harmattan, Cameroun, 2015, p.23.

d'exécution. Cette solution, qui doit innover la théorie générale des obligations dans l'espace OHADA et les contrats spéciaux du droit des affaires, est un impératif.

Alors que des pays historiquement connus pour l'orientation très individualiste de leur droit inclinent aujourd'hui à réserver une place au solidarisme, il est étonnant de constater que l'Afrique s'éloigne de l'assise idéaliste de sa philosophie sociale pour verser dans un positivisme juridique difficilement compréhensible. La fraternité et la camaraderie sont des valeurs africaines qui doivent pousser à exécuter le contrat tel que prévu ou à renégocier ensemble le contrat pour in fine l'exécuter en nature.

A chacun sa coutume, à chacun son droit, disait CARBONIER<sup>1039</sup>.

---

<sup>1039</sup> J. CARBONIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2e éd. 1995, p. 181.

# REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

## I- Ouvrages généraux

**ANOUKAHA François et Ali.**, OHADA - Sociétés commerciales et G.I.E., Bruyant, 2002, 592 p.

**ARNAUD André Jean (dir)**, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>ème</sup> éd, LGDJ, 1988, 487 p.

**ASTEGIANO-La RIZZA Axelle et Ali.**, Droit et pratique des baux commerciaux, Dalloz, 2015, 1216 p.

**AUBERT Jean-Louis et Ali.**, Droit civil, Les obligations, T. 1. L'acte juridique, 16<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014, 564 p.

**AYNES Laurent et Ali.**, Droit des obligations, 9<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2017, 910 p.

**BART Jean**, Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle, Montchrestien, 1998, 537 p.

**BENABENT Alain.**

- Droit civil Les obligations, 13<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, Paris, 2012. 726 p.
- Les contrats spéciaux, 7<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, Paris, 2006, 704 p.

**BIOY Xavier**, Droits fondamentaux et libertés publiques, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2016, 1006 p.

**BUFFELAN-LANORE Yvaine**, Droit civil Les obligations, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2016, 1208 p.

**CABRILLAC Rémy.**

- Droit des obligations, 12<sup>ème</sup> éd, Dalloz-Cours, 2016, 450 p.
- Libertés et droits fondamentaux, 23<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2017, 1062 p.

**CADIET Loïc (dir)**, Dictionnaire de la justice, PUF 2004, 1362 p.

**CADIET Loïc et Ali.**

- Droit judiciaire privé, Lexis Nexis, 2013, 884 p.
- Le droit contemporain des contrats, Bilans et perspectives, préf. G. Cornu, Economica, 1987, 282 p.

**CAPITANT Henri**, De la cause des obligations, La mémoire du droit, collection de la Faculté Jean-Monnet, 2012, 506 p.

**CARBONNIER Jean**, Droit civil. PUF, 2017, 2622 p.

**CASTALDO André, LEVY Jean-Philippe**, Histoire du droit civil, 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2016, 1620 p.

**CATALA Pierre (dir.)**, Avant- projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006.

**CHAGNY Muriel (dir.)**, La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008, 158 p.

**CHEHATA Chafik**, Théorie générale de l'obligation en droit musulman Hanéfite Les sujets de l'obligation, Sirey 1969, 367 p.

**CHEVREAU Emmanuelle et Ali.**, Histoire du droit des obligations, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, 310 p.

**COLLART- DUTILLEUL François**, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Droit et Patrimoine 1995, 86 p.

**COLART-DUTILLEUL François et Ali.**, Contrats civils et commerciaux, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, 1046 p.

**CORNELOUP Sabine et Ali**, Droit du commerce international, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, 966 p.

**CORNU Gérard**, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, 12<sup>ème</sup> éd., PUF, Quadrige, 2018, 1104 p.

**COZIAN Maurice et Ali.**, Droit des sociétés, Litec, 30<sup>ème</sup> éd., 2017, 900 p.

**DEMOGUE René**, Traité des obligations en général, Tome VI, A. Rousseau, 1931

**DESIDERI Jean-Pierre**, La préférence dans les relations contractuelles, préface de Jacques MESTRE, PUAM, 1998, 536 p.

**DIJON Xavier**, Droit naturel Les questions du droit, PUF, 1998, 622 p.

**DJAME François Narcisse**, Usages et Coutume en Droit administratif Camerounais, Dianioia, Paris, 2009, 300 p.

**DJOGBENOU Joseph et Ali.**, Introduction à l'étude du droit, Perspectives africaines, CREDIJ, 2012, 397 p.

**FABRE- MAGNAN Murielle.**

- Droit des obligations.1- Contrat et engagement unilatéral, 4<sup>ème</sup> éd., PUF, Thémis, droit privé, 2016, 838 p.
- Introduction générale au droit, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, 2016,128 p.

**FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.)**, Principes contractuels communs, Projet cadre commun de référence, Association des amis de la culture juridique française, société de législation comparée, 2008, vol. 7, 853p.

**FENET Pierre-Antoine**, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (éd.1836), Tome 4, HACHETTE Livre BNF, 2014, 626 p.

**FENOUILLET Dominique (dir.)**, « Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats », Dalloz 2003, coll. Actes, thèmes et commentaires, 276 p.

**FLOUR Jacques et Ali.** Les obligations 1. L'acte juridique, 15<sup>ème</sup> éd, Dalloz-Sirey, 2012, 522 p.

**FONTAINE Marcel et Ali.**, Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses, 2e éd., Bruylant, 2003, 715 p.

**FOUCHARD Philippe**, GAILLARD. Emmanuel et GOLDMAN Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, 1225 p.

**FRANCOIS Jérôme**, Droit civil, T. 4, Les obligations. Régime général, Economica 2017, 424 p.

**FRISON-ROCHE Marie-Anne et Ali.**, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 2018, 464 p.

**GAUDEMET Jean**, Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir, et la science au service du droit, Paris, Montchrestien, 1997, 369 p.

**GAUDEMET Jean et Ali.**, Droit privé romain, 3<sup>ème</sup> éd., Monchrestien, collection domat droit privé, 2009, 430 p.

**GENY François et Ali.**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, 2<sup>ème</sup> éd, LGDJ, 1919, 422 p.

**GESTAZ Philippe**, Les sources du droit, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2015, 198 p.

**GHESTIN Jacques et Ali.**

- Traité de droit civil, Le contrat : formation, Tome 1, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013, 1552 p.

- Traité de droit civil, Les effets du contrat, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2001, 976 p.

**GIRARD Paul-Frédéric**, Traité élémentaire de droit romain, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924, 1158 p.

**GUINCHARD Serge et Ali.**, Lexique des termes juridiques, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017, 1214 p.

**GUYON Yves et Ali.**, Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. Paris, 2002, 462 p.

**ISSA-SAYEGH Joseph et Ali.**, OHADA. Harmonisation du droit des affaires, Bruyant Bruxelles Collection droit uniforme africain, 2002, 245 p.

**JAMIN Christophe et Ali.**

- Droit et économie des contrats, LGDJ 2008. 324 p.

- Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015, commentaire article par article, Dalloz, 2015. 200 p.

**JARROSSON Charles**, La notion d'arbitrage, préf. Bruno. OPPETIT, LGDJ, 1987, 408 p.

**JEUGE-MAYNART Isabelle (dir.)**, Le petit Larousse illustré 2016 : 90 000 articles, 5 000 illustrations, 355 cartes, 160 planches, chronologie universelle, atlas géographique, drapeaux du monde et de la francophonie, Paris Larousse, 2015, 2106 p.

**KENFACK DOUAJNI Gaston**, L'arbitrage OHADA, Droit OHADA et droits communautaires africains », PUPPA, 2014, 300p.

**KENFACK Hugues**, Droit du commerce international, Dalloz, Collection Mémentos, 2017, 224 p.

**KENFACK Hugues et Ali.**, Droit commercial (commerçants et fonds du commerce, concurrence et contrats du commerce), 4e éd. Dalloz, Précis, 2015, 872 p.

**KUATE TAMEGHE Sylvain Sorel**, Jalons d'une habilitation à diriger des recherches ; une expérience à partir du droit issu du traité OHADA, Harmattan, Paris, 2007, 289 p.

**LAITHIER Yves-Marie**, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, T. 419, 2004, 688 p.

**LE DOLLEY Eric (dir.)**, Droit économique et marchés de matières premières agricoles, LGDJ Lextenso, coll. Droit et économie, 2013, 312 p.

**LE ROY Etienne**, Les africains et l'institution de la justice : entre mimétisme et métissage, Dalloz 2004, 284 p.

**LEMAIRE Sophie**, Les contrats internationaux de l'administration, LGDJ, 2005, 415 p.

**LEQUETTE Yves et Ali.**, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2006. 832 p.

**LEVY Jean Philippe et Ali.**, Histoire du droit civil, 1ère éd, Dalloz, Paris, 2002. 1554 p.

**MACKAAY Ejan et Ali.**, L'analyse économique du droit, D. 2008, 728 p.

**MALAURIE Philippe et Ali.**, Les obligations, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd, 2011, 856 p.

**MALINVAUD Philippe**, Droit des obligations, 9<sup>ème</sup> éd, Litec, Paris, 2005. 560 p.

**MAZEAUD Jean et Ali**, Leçon de droit civil, t2, Biens Droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, Paris, 1994. 471 p.

**MESTRE Jacques et Ali.**, Droit commercial, Tome 1, 30<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2016, 656 p.

**MEYER Pierre**, OHADA droit de l'arbitrage, Bruyant, Bruxelles, collection Droit uniforme africain, 2002, 284 p.

**MOUSSERON Jean-Marc et Ali.**, Technique contractuelle, 5<sup>ème</sup> éd. Francis Lefebvre, 2017, 454 p.

**OLAWÉ Elias**, La nature du droit coutumier africain, Paris, Présence africaine, 1961, 325 p.

**OTIS Ghislain (dir.)**, Le juge et le dialogue des cultures juridiques, Karthala, Coll. Les terrains du Siècle, 2013, 230 p.

**OURLIAC Paul et Ali.**, Histoire du droit privé, Tome.1, Les obligations, PUF, 1968, 555 p.

**PEDAMON Michel**, Le contrat en droit allemand, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2004, 296 p.

**PELLISSIER Jean et Ali.**, Droit du travail, 23<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, 1387 p.

**POUGOUE Paul Gérard**, Présentation générale et procédure en OHADA, PUA, Collection Droit uniforme, 1990, 90p.

**POUGOUE Paul Gérard et Ali.**, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 2000, 506 p.

**RENOUX Thierry**, Protection des libertés et droits fondamentaux, éd les Notices, 2011, 395 p.

**RIPERT Georges**, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 2013, 424 p.

**RIPERT Georges et Ali.**, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, LGDJ, 1957, 1350 p.

**RODIERE René et Ali.**, Les effets du contrat dans les pays du marché commun, éd A. PEDONE Paris, 1985, 308 p.

**ROUHETTE Georges et Ali**, Principes du droit européen du contrat, Société De Législation Comparée, 2003, 655 p.

**SAVAUX Éric**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ, 1997, 382 p.

**SAWADOGO Filiga Michel**

- Commentaire de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif in OHADA- Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, Juriscope 2008. p.867.
- Droit des entreprises en difficulté, Éditions Bruylant, 2002, Collection Droit uniforme africain, 444 p.

**SAWADOGO Filiga Michel et Ali.**, Instruments de paiement et de crédit dans l'espace UEMOA, Université de Ouagadougou, Collection Précis de droit burkinabè, 2008. 400 p.

**SCHMIDT- SZALEWSKI Joanna**, Droit des contrats, Litec, collection jurisprudence française, 1989, 632 p.

**SERIAUX Alain**, Droit des obligations, 2<sup>ème</sup> éd, PUF 1998, 779 p.

**STARCK Boris et Ali.**, Droit civil Les Obligations 2. Contrat, 6<sup>ème</sup> éd, Litec, Paris, 1998, 837p.

**STOFFEL-MUNCK Philippe**, Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, Avant-propos, Alain SERIAUX, Préf. R. Bout, PUAM, 1994, 178 p.

**TERRE François (dir)**, Pour une réforme du droit des contrats , Dalloz, 2008, 310 p.

**TERRE François et Ali.**, Droit civil, Les obligations, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2013, 1608 p.

**THIAM Samba**, Introduction historique au droit en Afrique, Harmattan, 2011, 200 p.

**TOSI Jean-Pierre**, Le droit des obligations au Sénégal, Tome XXXVI, LGDJ, Nouvelles éditions Africaines, 1981, 414 p.

**VANDERLINDEN Jacques**, Les systèmes juridiques africains, Paris, PUF, 1983, 128 p.

**VINCENT Jean et Ali.**, Procédure civile, 26<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2001, 1200 p.

**VINEY Geneviève (dir)**, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles Études de droit comparé, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXH, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, 1127 p.

**WENDELL HOLMES Oliver**, *The Common Law*, Dover Publication, Edition révisée, 1991, 480 p.

**WITZ Claude**, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, 1995, 175 p.

## II- Ouvrages spécialisés

**DJOGBENOU Joseph**, *L'exécution forcée, Législation béninoise et droit OHADA*, Juris Ouaniolo, 2006, 301 p.

**LE TOURNEAU Philippe (Dir.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régime d'indemnisation*, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017, 2702 p.

**LONIS-APOKOURASTOS Véronique**, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, Pref. J. Mestre, 548 p.

**MELIN-SOUCRAMENIEN Bérangère**, *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000, 428 p.

**MIGNON –COLOMBET Astrid**, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, 345 p.

**VINEY Geneviève et Ali.**, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ 2013, 1320 p.

**WERY Patrick**, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface I. Moreau-Margrève, Kluwer éditions juridiques Belgique, 1993. 448 p.

## II- Articles

**AKAM AKAM André**, « Les intermédiaires de commerce », Actes du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, pp. 49-64.

**AKUETE SANTOS Pedro**, « Le bail à usage professionnel », Actes du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, pp. 64-67.

**ALLIOT Michel**, « La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes », in Etudes de droit africain et de droit malgache, Jean POIRIER (dir.), CUJAS, Paris, 1985, pp. 257-2662

**ANCEL Pascal**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ.1999, pp. 771-833.

**ANDRE Marie-Elisabeth**, « *L'intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz, Paris, 1999, pp. 23-44.

**ATIAS Christian**.

- « L'introuvable question de droit », RTD civ.2010, pp. 243-260.
- « Aux origines obscures du droit civil français André Alciat (1492-1550) », RTD civ. 2005, pp.535-538.

**AYNES Laurent**.

- « L'obligation de loyauté », APD, tome 4, l'obligation, 2000, pp. 195-204.
- « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », RDC 2011 n° 2, pp. 687-690.

**BANDRAC Monique**, « L'action en justice, droit fondamental », Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, pp.1-17

**BARBIER Hugo**, Remarques introductives : étude de la conformité de l'ordonnance à l'habilitation législative : LPA 4 sept. 2015, pp. 12-16

**BECQUE-ICKOWICZ Solange**, « La construction sur le terrain d'un époux séparé de biens financée par des sommes indivises (réflexions sur la dette de valeur) », RTD civ.2008, pp.589-612.

**BELLIVIER Florence et SEFTON-GREEN Ruth**, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », Mélanges Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXème siècle LGDJ 2001, pp. 91-112.

**BELLIVIER Florence ROCHFELD Judith** « Droit des contrats et des obligations », RTD civ. 2004, pp. 574-584.

**BLANC-JOUVAN Xavier**, « L'influence du Code civil sur les codifications étrangères, » in : Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire (Paris), 2004, pp. 477-512.

**BLANC-JOUVAN Xavier**, « La résistance du droit africain à la modernisation », Revue sénégalaise de droit, 1977, pp. 81-89.

**BOILLOT Christine**, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD com.2010, pp. 243-266.

**BOUKONGOU Jean Didier**, « L'esprit des droits africains », in Mélanges en l'honneur de PAUL Gérard POUGOUE, CREDIJ, 2014, pp.165-180

**BOUTONNET Mathilde**, « Le contrat et le droit de l'environnement », RTD civ. 2008, pp. 1-26.

**CALAIS-AULOY Jean** « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ. 2005, pp. 701-712.

**CARBONNIER Jean**, « Introduction à l'étude des métamorphoses de la théorie générale du contrat », in journée René Savatier, Les métamorphoses du droit des contrats, PUF, 1997 pp.52-67.

**CEDRAS Jean**, Liberté, égalité, contrats : le solidarisme en doctrine et devant la Cour de cassation,[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html)

**CHAZAL Jean-Pascal**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al 1er du Code civil », RTD Civ., 2001 pp. 265-282.

**CHOLET Didier**, « La novation de contrat », RTD civ. 2006, pp. 467-492.

**CORREA Jean-Louis**, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 - Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, pp. 226-252.

**COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie**, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner (essai sur les causes d'une controverse doctrinale) », RTD civ. 2005, pp.521-534.

**DARAKOUM Emmanuel**.

- « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques. » 2002, 36 R.J.T, pp. 421-474.
- « La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA : Analyse et rédaction des clauses », Revue Penant, 2005, N° 853, pp. 500-518.
- « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remède en cas d'inexécution, acte du colloque sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats », Ouagadougou 2007, Unif. L. Rev. 2008, pp. 229-251.

**DEFFAINS Bruno, FERREY Samuel**, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD civ. 2010, pp. 719-732.

**DEUMIER Pascale**, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », RTD civ. 2011, pp. 81-86.

**DEWEDI Eric**, « L'obligation de modérer le dommage dans l'espace OHADA », Ohadata D. 13- 45.

**DIENG Amadou**, « Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique », RCA numéro spéc. Oct. 2001, pp. 20-23.

**DIESSE François**, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », arc. Phil. DR. N° 43, 1999, pp. 259-302.

**DISSAUX Nicolas**, « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », RTD civ. 2008, pp. 417-432.

**DJOGBENOU Joseph**, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », OHADATA D-09-46, Penant N°867, pp. 133-172.

**FABRE-MAGNAN Muriel**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, LGDJ, 2001, pp. 301-330.

**FAGES Bertrand**, « Obligations et contrats spéciaux », RTD civ. 2010, pp.778-784.

**FARNSWORTH Allan**, « Specific Relief in American Law », Mélanges 97 Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle LGDJ 2001, pp. 331-340.

**FAUVARQUE-COSSON Bénédicte.**

- « Faut-il un Code civil européen ? », RTD civ. 2002, pp. 463-503.
- « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », Revue des contrats, Avril 2006, pp. 529-542.

**FOMETEU Joseph**, « Nul n'est censé ignorer la coutume », Revue Lex Lata, N° 17, 1995, pp. 12-15

**FONTAINE Marcel.** « l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : Vue d'ensemble », Revue de droit uniforme 2008, pp. 203-254.

**FORRAY Vincent**, « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », RTD civ. 2008, pp.463-464.

**FRISON-ROCHE Marie-Anne.**

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, pp. 573.
- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », Petites affiches, 19 mai 2005, n°99, pp. 15-22.

**GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François** « La critique économique de la tradition romano-germanique », RTD civ. 2010, pp. 683-704.

**GAUTHIER Pierre-Yves.**

- « Rebondissement dans le feuillet du pacte de préférence : un deuxième arrêt connexe à celui de la chambre mixte », D. 2006, pp. 2510.
- « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ?
- Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », RTD civ. 1999, pp. 646-648.

**GAVOTY Charles et EDWARDS Olivier**, « Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle ? », Petites affiches, 28 juin 2004, pp. 17-41.

**GHESTIN Jacques.**

- « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », Mélanges en l'honneur de Pierre RAYNAUD, Dalloz, Paris, 1985, pp. 203-226.
- « L'utile et le juste dans les contrats », Archives de philosophie du droit, t. XXVI, Revue internationale de droit comparé 1982, pp. 35-43.
- « La justice contractuelle selon la tradition catholique », Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspect actuels du droit des affaires, Dalloz, Paris, pp. 415-431.

**GOLDMAN Berthold**, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », Clunet, 1979, pp. 221-270.

**GRIMALDI Michel**, « L'exportation du Code civil », in Le Code civil, Pouvoirs, Seuil, n°107, 2003, pp. 80-96.

**Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen**, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, pp. 713-734.

**GRUA François.**

- « Le Code civil, Code résiduel ? », RTD civ. 2005, pp. 253-256.
- « L'obligation et son paiement », Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz, Paris, pp. 479-493.

**GRYNBAUM Luc**, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un néopositivisme ? » RDC, 1er octobre 2005, n°4, pp. 1265.

**GUELFUCCI THIBIERGE Catherine**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD. civ. 1997, n° 96. pp. 358-374.

**GUYON Yves**, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », Mélanges 97 Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXème siècle, LGDJ 2001, pp. 405-418.

**HAKIM Nader**, « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes. (L'introduction à l'étude du droit de Hyacinthe BLONDEAU) », RTD civ. 2008, pp. 635-640.

**HIEZ David.**

- « La nature juridique de la dation en paiement », RTD civ. 2004, pp. 199-224.
- « Le long processus d'élaboration du droit africain l'exemple de l'acte Uniforme sur les sociétés coopératives in La fabrique du droit en Afrique », Revue de la fondation Raponda-Walker. Palabres Actuelles n°6-2013, Actes du 1<sup>er</sup> Symposium Juridique de Libreville (21-22 Nov 2013. pp. 249-260.

**HOUIN Roger**, « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », Mélanges offert à Jean JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, Paris, 1964, pp. 223-231.

**HUET Jérôme**, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », Mélanges 97 Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXème siècle, LGDJ, 2001, pp. 425-440.

**JAMES Jean- Claude**, « La vente commerciale OHADA, précurseur d'un droit harmonisé des contrats ? », Actes du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles

d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, pp. 26-48.

**JEANDIDIER Wilfrid**, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, pp. 700-704.

**JESTAZ Philippe**, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », Mélanges en l'honneur de Pierre RAYNAUD, Dalloz, Paris, 1985, pp. 273-297.

**JOBIN Pierre-Gabriel**.

- « Peut-on, grâce au contrat, se faire justice soi-même en droit québécois », RTD civ. 2008, pp. 481-482.
- « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », RTD Civ., 2004, pp.693-700.

**JOLIVET Emmanuel**, « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », in Rev. Dr ; Unif. 2008, pp.146-147.

**KENFACK DOUAJNI Gaston**. « Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage OHADA », in Rev. Camerounaise arb. N°8 pp. 3.

**LAFAY Fabien**, « La modulation du droit par le juge, Étude de droit privé et sciences criminelles », revue internationale de droit comparé, Vol. 59, n°1, 2007, pp. 206-216.

**LAITHIER Yves-Marie**, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », Revue des Contrats, 01 avril 2012, n°2, pp. 683-695.

**LARROUMET Christian**, « La cession du contrat : une régression du droit français », Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz, Paris, 1999, pp. 151-163.

**LASSER Michel**, « Les récentes modifications du processus de décision à la cour de cassation (Le regard bienveillant, mais inquiet d'un comparatiste nord-américain) », RTD civ, 2006, pp. 691-706.

**LE GAC-PECH Sophie**, « Rompre son contrat », RTD civ. 2005, pp. 223-252.

**LE ROY Etienne**, « Caractère des droits fonciers coutumiers » in Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome cinquième, Droit des Biens, Les Nouvelles Editions Africaines, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982, pp. 39-47.

**LE TOURNEAU Philippe**, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », Mélanges en l'honneur de Pierre RAYNAUD, Dalloz, Paris, 1985, pp. 349-380.

**LECUYER Hervé**, Rappr., « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ, Dalloz, 1999, pp. 643-660.

**LEQUETTE Yves**, « De l'efficacité des clauses de hardship », Mélanges Christian LARROUMET, Economica, 2009, pp.267-282.

**MAGNON Xavier**, « En quoi le positivisme normativisme est-il diabolique », RTD Civ. 2009, pp. 269-280.

**MAINGUY Daniel**.

- « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contacter », RTD civ.2004, pp. 1-20.
- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz, Paris, 1999, pp. 165-186.

**MANCUSO Salvatore**, « Le droit des contrats en Afrique. Le regard d'un africaniste », in Contrats internationaux, et arbitrage, M. Fontaine et D. Philippe, Larcier, 2014, pp. 55.

**MANGIN Gilbert**, Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique francophone, Afrique contemporaine, 1990, vol. 156, pp. 21-26.

**MASSE Claude**, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », Travaux de l'association Henri Capitant, 2000, pp. 218-225.

**MAZEAUD Dénis**.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle? », in mélange en hommage à François TERRE, Dalloz, 1997, 603-634
- « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal. 1994, 1, pp. 210-250.
- « La confiance légitime et l'estoppel », RIDC 2- 2006, pp. 363-392.
- « Le juge et le contrat, variations optimistes sur le couple « illégitime », propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, n°4, pp. 235-260.
- « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003 n° 1, pp. 295-307.

**MBARGA Armand**, « La pérennité du contrat à l'épreuve de la dévaluation du franc CFA : Réflexion sur l'introduction de l'imprévision en droit des contrats OHADA », rev. Penant 2013, vol. 123, 885, pp.470-500.

**MBAYE Keba**, « Le destin du Code civil en Afrique, dans Le Code civil 1804-2004 », Livre du bicentenaire (Paris), 2004, pp. 515-537.

**MEKKI Mustapha**, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », Gaz. Pal. Janv., 2016, n°1, pp. 18.

**MELONE Stanislas**, « Les résistances du droit traditionnel au Droit moderne des obligations », Rev. Sénégalaise de Dr, 1977, pp. 46-50.

**MESTRE Jacques**.

- « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », Revue des Contrats 2004/4, pp. 1167-1169.
- « Le juge et le contenu du contrat », RTD civ. 1986, p.342 et spéc. pp. 342-343.
- Sanction de la violation d'un pacte de préférence : un arrêt de la chambre mixte admet la substitution forcée, RTD civ. 2006, pp. 550-552.
- « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », Le juge et l'exécution du contrat ». PUAM, 1993, p.1.

- « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », RLDC, avril.2016, n°136, pp. 13-16.
- « Regards contractuels sur l’OHADA », acte de colloque sur la « sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit OHADA », Revue Lamy droit civil, n°67, janvier 2010, pp. 72-80.
- « Bonne foi et équité, même combat ! », RTD civ. 1990, pp. 649-643.

**MIGNARD Jean-Pierre et HUET Benoît**, «Exéquatour des sentences arbitrales, pour une procédure contradictoire », Gaz. Du Pal. 7 sept. 2013, n°249, pp. 10-13.

**MOLFESSIS Nicolas**, « Force obligatoire et exécution : un droit à l’exécution en nature ? »,RDC, Mars 2005, n°1, pp. 37-48.

**MONTCHO-AGBASSA Eric Codjo**, « Le favor contractus et le droit OHADA », Penant N° 884, pp. 340-366.

**NGWE Marie-Andrée**, « Les apports de l’OHADA en matière contractuelle », in L’entreprise africaine à l’épreuve de la crise : Regard des juristes, acte du 3e congrès africain des juristes, COJA 2010, pp. 3-16.

**NUSSENBAUM Maurice**, « L’analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », Gaz. Pal. 2012, p. 34.

**ONANA ETOUNDI Félix**, « Les Principes d’UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l’avant- projet d’acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Rev. Dr. Unif. 2005-4, pp.683-686.

**OPPETIT Bruno**, « L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », Cahiers de droit de l’entreprise, N° 5 (2004), pp.794-814.

**PAILLUSSEAU Jean**, « Le droit de l’OHADA. Un droit très important et original », Supplément au J.C.P. n° 44, du 28 oct. 2004, pp. 1-5.

**PICORD Yves**, « L’obligation de coopération dans l’exécution du contrat », JCP G 1988, 3318, pp.97

**PIGNARRE Geneviève**, « A la redécouverte de l’obligation de praestare », RTD civ. 2001, n°1, pp. 41-73.

**POITRINAL François-Dénis**, « L’exécution forcée en nature en matière de promesse de cession d’actions », Joly, janvier 1995, pp. 21-30.

**POMART-NOMDEDEO Cathy**, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD civ. 2010, pp. 209-228.

**POUGOUE Paul-Gérard.**

- « Les figures de la sécurité juridique », Revue africaine des sciences juridiques Vol 4, n°1, 2007, p.1-8.
- Présentation thématique du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d’affaires et les processus d’harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, pp.10-14.

- « Notion de droit OHADA », in Encyclopédie du droit OHADA, (dir.) P. G. POUGOUE, Lamy, 2011, pp. 1203-1223.
- « OHADA », in Encyclopédie du droit OHADA, (dir.) P. G. POUGOUE, Lamy, 2011, pp. 1316-1333.

**POUGOUE Paul-Gérard, Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO**, « Modèle d'intégration juridique », in Encyclopédie du droit OHADA, (dir.) P. G. POUGOUE, Lamy, 2011, pp. 1120-1130.

**PREVAULT Jacques**, « L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne », Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, pp. 297-316.

**PRIGENT Stéphane**, « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ. 2008, pp. 401-416.

**PRUJINER Alain**, « L'adaptation forcée du contrat par l'arbitrage », Rev. Dr. McGill, 1992, pp. 428-447.

**ROUSSET Michel**, « La place de la coutume dans l'ordre juridique marocain », RJPIC, N°3,2001, pp. 276-283.

**SAKHO Abdoulaye**, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférences dans les cessions d'action », rev. EDJA, n° 101, trim. Avril-mai-juin 2014, pp. 41-62.

**SALINIÈRE Claudine**, « La réversibilité des donations », RTD civ. 2004, pp. 21-46.

**SAMB Moussa**, Rapport général du colloque international de Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », Libreville, ERSUMA, oct. 2011, pp. 15-21.

**SAVAUX Eric**.

- « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », RDC 2010. p. 1057.
- « La fin de la responsabilité contractuelle », RTD civ. 1999, pp. 1-22.

**SAWADOGO, Filiga Michel**, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit Ohada. A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, affaire Aziablévi Yovo et autres c/ Société Télécom », Penant, n° 860, juillet-septembre 2007, pp. 305-337.

**SAYEGH Joseph Issa et POUGOUE Paul Gérard**, Communication: « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », Rev.dr.unif.2008, pp. 455-476.

**SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna**, « la force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », RTD.Civ. 2000, pp. 25-45.

**SEFTON-GREEN Ruth**, « Les Codes manqués », RTD civ. 2005, pp. 539-552.

**SERIAUX Alain**, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », RTD civ. 2004, pp.225-238.

**SIMON François-Luc** « La spécificité du contrat unilatéral », RTD civ. 2006, pp. 209-238.

**SOBZE Serge François**, « De la création du droit en Afrique » à « comment fabrique-t-on le droit en Afrique », Revue de la fondation Raponda-Walker Palabres Actuelles,N°6-2013, La

frabrique du droit en Afrique, Actes du premier symposium juridique de Libreville 21-22 novembre 2013, pp. 45-80.

**SOSSA Cossi Dorothé.**

- « L'adaptation dirigée du contrat de commerce international aux circonstances », Penant N°886, pp. 5-57.
- « L'aptitude des personnes morale de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », 2008, rev. Camerounaise de l'arbitrage, n°40, janv.- mars 2008, pp.110-120.
- « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », 2009, RBSJA, n°22, 2008- 2009, pp.5-54.
- « La question de l'introduction du principe de l'estoppel en droit communautaire OHADA », 2010, Revue Africaine des Sciences Juridiques (Université de Yaoundé II, Cameroun), vol.7, n°1, 2010, pp. 1-46.

**SOURIOUX Jean-Louis.**

- « La science du droit durant la période classique Française », RTD civ. 2008, pp. 387-400.
- « Les exemples de Pothier », RTD civ. 2006, pp. 493-504.

**STOFFEL-MUNCK Philippe**, « Les répliques contractuelles », RDC 2010/1, janv. 2010, pp.430-444.

**STORCK Jean-Patrice**, « La validité des conventions extra-statutaires », D. 1989, chron., pp. 267-269.

**TALLON Denis**, «L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, pp. 223-237.

**TEPPI KOLLOKO Fidèle**, « Droit et pratique de la Common Law à l'épreuve du droit OHADA », Recueil Penant, n° 856 (2006), pp.346-348.

**TESFAYE Bezawit**, « La place de la coutume au XXI siècle en Afrique », Ohadata D-13-57.

**TOURNAFOND Olivier**, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats, commentaire raisonné et critique », Droit et patrimoine nov. 2014, n°241, pp. 26-41.

**ULLMANN Harold**, « Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain », RDAI 1988, pp. 889-915.

**VANDERLINDEN Jacques**, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer ; n° 46,2000, pp.279-292

**VEILLARD Isabelle**, « Le caractère général et commercial des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », Revue du droit des affaires internationales 2007, pp. 479-490.

**VINEY Geneviève.**

- « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé. Bruylant, LGDJ,2001, pp. 167-203.

- « La responsabilité contractuelle en question », Mélanges en l'honneur de Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXème siècle, LGDJ, 2001, p. 921-948
- WEIL Prosper**, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les contrats de développement économique », in Mélanges ROUSSEAU, A. Pedone, 1974, pp. 301-328.
- WESTER-OUISSE Véronique**, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », RTD civ. 2010, pp. 419-434.

#### IV- Thèses

- ACCAOUI LORFING Pascal**, La renégociation des contrats internationaux, Bruylant, 2011.
- ALBARIAN Alexis**, De la perte de confiance légitime en droit contractuel, essai d'une théorie, vol. Thèse. AMU, 2010.
- AMOUSSOU-GUENOU Roland**, Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne, Thèse Paris II Panthéon-Assas, 1995.
- BERTHIAU Denis**, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Thèse, LGDJ, 1999.
- BISSALOUE Sylvie**, La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA, Thèse, Aix Marseille, 2016.
- BOISMAN Corinne**, Les contrats relationnels, Thèse, PUAM, 2005.
- BOUKARI Salifou**, L'application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques : l'Exemple de l'AUSC et GIE, Thèse de l'université de Lomé, Soutenue le 12 juin 2015, disponible en ligne <http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:36da211f-fcc6-49feadb7-77ae362a1685/ASSET1>.
- BOUREIMA SOUMANA Saadatou**, La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des Sociétés, Thèse, université de Bordeaux, 2015.
- BRUN André**, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Thèse, Lyon, 1930.
- BRUNEAU Chantal**, La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, Thèse Paris II, 1974.
- CERMOLACCE Armand**, Cause et exécution du contrat, Thèse Aix- Marseille, 2000 PUAM.
- CHABAS Cécile**, L'inexécution licite du contrat, LGDJ, 2002.
- CHAILLE DE NERE Sandrine**, Les difficultés d'exécution du contrat international privé, PUAM, 2003.
- COUTANT-LAPALUS Christelle**, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, Thèse Paris I, PUAM 2002 ; préf. F. POLLAUD-DULIAN.
- DANIS-FATOME Anne**, Apparence et contrat, Thèse, LGDJ, 2004.

**DEBILY Emmanuelle**, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, Thèse Poitiers, 2002.

**DESMOND Eyango**, Adaptation du contrat au changement de circonstances dans l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats, Thèse soutenue à l'Université de Douala (Cameroun), 2012.

**DEYMES Louis**, L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Faculté de droit, LAVAUR- Librairie M. BONAAFOUS, 1942.

**DIEME Abou Adolph**, L'idée de contrat en Afrique noire traditionnelle, Thèse UCAD, 2013.

**DOGUE Karel Osiris Coffi**, Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Canada, PUAM, 2013.

**FAGES Bertrand**, Le comportement du contractant, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

**GHOZI Alain**, La modification de l'obligation par la volonté des parties, Études de droit civil français, préf. D. Tallon, LGDJ, 1980.

**GOUT Olivier**, Le juge et l'annulation du contrat, Thèse, PUAM, 1999.

**GROSSER Paul**, Les remèdes à l'inexécution du contrat, Thèse Paris 1, 2000.

**HOUTCIEFF Dimitri**, Le principe de cohérence en matière contractuelle, t. 1 et t. II, 2001.

**LAITHIER Yves Marie**, Etude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, force obligatoire et exécution forcée du contrat. LGDJ, Thèse, Paris, 2004.

**LE GAC-PECH Sophie**, La proportionnalité en droit privé des contrats, Thèse, LGDJ, 2000.

**LONIS-APOKOURASTOS véronique**, « La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature », PUAM, 2003, Pref. J. Mestre

**MASSIN Emest**, « De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire », Thèse Paris, 1893.

**MUKENDA KIPOLE**, La Protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etude du droit Congolais et des systèmes juridiques belges et Français. Thèse de Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain, Avril 2010.

**NGWANZA Achille André**, La favor contractus dans les Principes Unidroit et l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA, Thèse, Université de Paris-Sud, 2011.

**PAIRE André**, De la contrainte par corps, Thèse pour le doctorat, Université de Lyon, Faculté de droit, Lyon, 1934.

**PANCRAZI-TIAN Marie-Eve**, La protection judiciaire du lien contractuel, préf. J. Mestre, PUAM, 1996.

**PERES-DOURDOU Cécile**, La règle supplétive, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

**PICOD Yves.**, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèses LGDJ 1989.

**PIETTE Gaël**, La correction du contrat, Thèse, PUAM, Tome1 2004.

**PIGNARRE Louis-Frédéric**, Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé essai de théorisation à partir d'une distinction, Thèse, LGDJ, 2010.

**RIPERT Lucienne**, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Thèse Paris, 1933.

**ROUJOU DE BOUBEE Marie-Eve**, Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J., 1974.

**SAKHO Abdoulaye**, Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé, Thèse de doctorat, Dakar, 1993.

**SAVAUX Eric**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, Thèse. dactyl. Paris I, 1993.

**SCHLUMBERGER Edmond**, Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux, Thèse Université Paris I, sous la dir. H. LE NABASQUE, 2011.

**SIRINELLI Pierre**, Droit moral et droit commun des contrats : Thèse Paris II, 1985.

**SOBZE Serge-François**, La dignité humaine dans l'ordre juridique africain. Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II-Soa, 2013.

**STOFFEL-MUNCK Philippe**, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000.

**TISSEYRE Sandrine**, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse Paris I, 2010.

**VELARDOCCHIO-FLORES Dominique**, Les accords extra-statutaires entre associés, PUAM, 1993.

**WANDJI- KAMGA Alain – Douglas**, Le Droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, 2009, Thèse soutenue à l'univ. Yaoundé II

**WERY Patrick**, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil », préface I. Moreau-Margrève, Kluwer éditions juridiques Belgique, 1993.

**WICKER Guillaume**, Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, Thèse Perpignan, LGDJ, 1996.

## V- Instruments juridiques

### - Constitutions

Loi n° 63-22 du 7 mars **1963** portant **Constitution** de la République du **Sénégal**

Loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant **Constitution de la République du Bénin** modifié par la loi N°2019-40 du 07 Novembre 2019 portant révision de la constitution

### - Traités

Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires du 17 octobre 1993 à Port-Louis

Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique  
Adopté le 17/10/2008 à Québec (CANADA)

- **Législation communautaire**

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE et le règlement d'Arbitrage de la CCJA Adopté le 23/11/2017 à Conakry (GUINEE), entrée en vigueur : 23/02/2018

ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF Adopté le 10/09/2015 à Grand-Bassam (COTE D'IVOIRE) entré en vigueur : 24/12/2015

ACTE UNIFORME RÉVISÉ RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE Adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (BURKINA FASO) entrée en vigueur : 05/05/2014

ACTE UNIFORME RÉVISÉ PORTANT SUR LE DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL Adopté le 15/12/2010 à Lomé (TOGO) entrée en vigueur : 16/05/2011

ACTE UNIFORME RÉVISÉ PORTANT ORGANISATION DES SÛRETÉS Adopté le 15/12/2010 à Lomé (TOGO) entrée en vigueur : 16/05/2011

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES Adopté le 15/12/2010 à Lomé (TOGO) entrée en vigueur : 16/05/2011

ACTE UNIFORME RELATIF AUX CONTRATS DE TRANSPORT DE MARCHANDISES PAR ROUTE Adopté le 22/03/2003 entrée en vigueur : 01/01/2004

ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES DE RECOUVREMENT ET DES VOIES D'EXÉCUTION Adopté le 10/04/1998 à Libreville (GABON) entrée en vigueur : 10/07/1998

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMPTABLE ET A L'INFORMATION FINANCIERE Adopté le 26/01/2017 en substitution de l'Acte Uniforme du 24/03/2000

ACTE UNIFORME RELATIF A LA MEDIATION Adopté le 23/11/2017

Code CIMA du 10 juillet 1992 Yaoundé (République du Cameroun)

- **Législations nationales**

Le Code civil français de 1804

Loi du 5 juillet 1972, puis du 9 juillet 1991 régissant la procédure d'exécution en France

Loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 portant Code des Obligations Civiles et Commerciales au Sénégal (COCC)

LOI N°87-31/AN-RM DU 29 Aout 1987 portant régime général des obligations au Mali et adopté le 29 juin 1987

Loi n°004/APN/83 du 16 février 1983 portant Code civil de la Guinée-Conakry

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Code civil suisse du 10 décembre 1907

Code de commerce uniforme des Etats-Unis, Revue internationale de droit comparé, 1963, p. 733.

Loi n° 89 du 27 avril 1896,( modifiée par la Loi n° 79 du 21 mai 1991 et Loi n° 149 du 12 décembre 1999) portant Code civil japonais

Le Code civil allemand (BGB) du 18 Août 1896

Code civil espagnol du 24 juillet 1889

Code civil québécois de 1991

Code libanais des obligations et des contrats de 1932

Loi n° 93-42 du 26 avril 1993, portant promulgation du code tunisien de l'Arbitrage

La loi du 22 juillet 1867 interdit expressément la contrainte par corps en matière civile

Loi n° 2008-07 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative du Bénin

Loi n° 98-004 portant Code du travail en République du Bénin

- **Projet de loi**

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Projet CATALA)

Projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (Marcel Fontaine)

Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA

**Autres textes internationaux**

Principes UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international 2010 et 2016

La Convention de l'ONU sur la vente internationale de marchandise de Vienne 1980 (CVIM)

Principes du droit européen du contrat, version française préparée par Georges ROUHETTE avec le concours d'Isabelle de LAMBERTERIE, Denis TALLON et Claude WITZ, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 2, Paris, Société de la législation comparée, 2003, 654 pages.

## VI- Jurisprudence

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 24 avr. 1998, n°6, n°10/CJ- CT Gnancadja G. c/ Bodjerenou T., in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1998, p.23

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 27 juin 1997, n°7, n°008/CJ-CT, Affountountoun t. et G. et G. c/ Affountountoun P. et Ahouangan T., in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1997, p.22

C/S du Bénin, 25 nov. 1970, Vodounon c/ Kpokpoledo, v. Bull. de dr. Et d'info, spéc. Cassation, T1, Publication trimestrielle de la direction de la doc et d'ét. n°23 et 24, p. 54

C/S du Bénin, 20 juin 1976, Arrêt n°17/CJA, répertoire n° 69-2/CJA; Cour supr. Arrêt du 19 mars 1976, répertoire n°72-9/CJA

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 6 mars 1970, Consorts Dah Kpode c/ Kadame Bangbotche, Bull. de dr. Et d'info, spéc. Cassation, T1, Pub. Trimest. Dir. de la doc et d'ét. N°23 et 24, p.55

C/S du Bénin, Arrêt n°9/CJA, répertoire n°13/ 11/ CJA du greffe en date du 20 mai 1977

C/S du Bénin, Ch. Civ. traditionnelle, 29 mars 1996, n°1, n°003-/CJ-T, Kpassenon M. c/ Collectivité Adjovi, in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1996, p.3

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 6 mars 1970, Consorts Dah Kpode c/ Kadame Bangbotche, Bull. de dr. Et d'info, spéc. Cassation, T1, Publication trimestrielle de la direction de la doc et d'ét. N°23 et 24, p. 55

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 23 avr. 1971, El Hadji Gbadamassi Moussédikou et Co c/ Gbadamassi Lassissi, Bull. de dr. Et d'info, spéc. Cass. T1, Publ. Tr. de la dir. de la doc et d'ét. N°23 et 24, p.40

C/S du Bénin, Ch. Civ. Trad., 31 juil. 1998, n°7, n°013/CJ- CM Hontounfindé A. P. c/ Cadja A., in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1998, p.30

C/S Bénin, Ch. Civ. Trad., 21 févr. 1975, Houssou c/ Nascimento, Bull. de dr. Et d'info, spéc. Cassation, T1, Publication trimestrielle de la direction de la doc et d'ét. N°23 et 24, p. 55

C/S du Cameroun oriental, 12 janv. 1971, Penant, 1973-63 note p.253

C/S du Cameroun, 26 mars 1968, Penant 1970, p.729

C/S du Cameroun, Chambres réunies, arrêt n° 11 du 19 juin 2012, CBAO c/ Express Transit. Inédit

C/S du Cameroun, Arrêt n°81/CC du 3 juin 1999 Aff. DZU Jean Bosco C/ TCHOUMI Jean Pierre, Revue Camerounaise de Droit des Affaires, p. 82

C/S du Cameroun, 27 avril 1971, arrêt n°64, bull. des arrêts de la CS du Cameroun, n°24, p. 3139

C/S du Cameroun, 10 août 1950, affaire Communauté Akwa c/ administration du Territoire, CCA

C/S du Sénégal, ch. civ. et com. Arrêt n° 25 du 06 avril 2011, Société d'équipement et de représentation automobile dite SERA C/ DHL Sénégal SARL, Bulletin des arrêts n° 2-3, 2012, pp. 131-132

CA Lomé (Togo), 22 juin 2006, n°85, Recueil de Jurisprudence Nationale OHADA, n°02, déc. 2010, p.264, n°5CM226

CA Cotonou (Bénin), 1er avr. 2010, n°20/10 RG n°259/2002 ; CA Cotonou, 22 avril 2010, n°98/10 RG n°143/2006

CA Cotonou (Bénin), 19 févr. 2007, n°48 :09 RG n°115/2007. CCJA, 09 mars 2006, n°004/2006, Aka B. c/ Prosuma, Recueil de jp semestriel, n°7, janv.- juin. 2007, p.5

CA d'Ouagadougou, 21 avril 2006, n°86, ADOKO S. B. C/ NACOULMA D., YANOGO B. M., SONGNABA / COMPAORE C., Ohadataa J-09-24

CA Bafoussam (Cameroun), 08 Mai 2007, n°71/civ- ADD, Recueil de Jurisprudence Nationale OHADA, n°02, déc. 2010, p.142, n°5CM166

CA Cotonou (Bénin), du 16 juin 1958, n°13/1958.Cie e Navigation FRAISSINET c/ Cie AMTA de Paris et Régie des chemins de fer de l'AOF, région Niger- Bénin

CA Bobo- Dioulasso (Burkina), 22 avr. 2009, n°08/09, Jurisprudence Nationale OHADA, n°02, déc. 2010, p.25

CA Cotonou (Bénin), 17 févr. 1985, n°10/1985

CA Cotonou (Bénin), 24 mars 2005, arrêt n°53/2005, succession de feu Aloma Adjogan Quentin c/ Dah Dêh et autres, recueil de jp béninoise, p.233

TGI Ouagadougou (Burkina- Faso), 23 mai 2007, n°067/2007, BACB c/GS & autres, Ohadataa J- 09- 385

TGI Ouagadougou (Burkina- Faso), 13 juin 2007, n°083/2007, SOPAFER c/ GI & ORS, Ohadataa J-09-390

CA Abomey (Bénin), 15 mars 2007, CS/ CA- AB n°2007-001 ; CA Abomey, 29 déc. 2006, n° 200616/CS/CA-AB

CA Cotonou (Bénin), 21 juin (année manquante), n°53, in com. In A. F. Saïzonou Bédié, (dir.), Recueil d'arrêts de la Cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, , coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.133

CA Cotonou (Bénin), 07 janv. 2010 n°05/10 RG n°158/07

CA Ouagadougou (Burkina- Faso), 1er Août 1997, Rev. Burk. Dr. 1998, p.266, note P. Meyer

CA Douala (Cameroun), 24 mars 2008, n°62, Recueil de Jurisprudence Nationale OHADA, n°02, déc. 2010, p. 228, n°5CM209

CA Abomey (Benin), 29 déc. 2007, n°2006- 017/CS/CA-AB J

CA Cotonou (Bénin) ch. Sociale 20 janv. 1994, n°01/94, et 23 janv. 1994, n°15/94C

Tr. ch. Annul. AOF. Togo, 27 oct. 1955, arrêt n°130 recueil Jurisprudence Afrique Noire, 1955, p.215

Tr. ch. Annul. AOF, Togo, 23 févr. 1956, arrêt n°12

Tr. ch. Annul. AOF- Togo, 2 avril 1955, arrêt n°50

CA Cotonou (Bénin), 13 janv. 1958, n°2/1958, In A. F. Saïzonou Bédié, (dir.), Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.359

CA Cotonou (Bénin), 26 mai 2004, n°042/CS/2004, in com. In A. F. Saïzonou Bédié, (dir.), Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.126

CA Cotonou (Bénin), 14 avril 2004, n°10/CS/04

CA Cotonou, 02 juin 2004, n°51/CS/2004 et arrêt n°46/CS/04

CA Cotonou, 02 juill. 2003, n°089/CS/03

CA Douala (Cameroun), 17 nov. 2008, n°194, Recueil de Jurisprudence Nationale OHADA, n°02, déc. 2010, p.38

CA Littoral (Cameroun) 4 juill. 2011, n°151/CC, Sté groupe SOCOMER & NOSCM c/CNCC, Ohadataa J-14-05

CA d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 20 avr. 2001, Parti démocratique de Côte d'Ivoire c/ SARL J & A International

CA Abomey (Bénin), 26 sept. 2007, n°2007- 017/ 1ère CT- B/CA- AB, Mairie de Bohicon c/ D. L. Johson

CA Dakar (Sénégal), 29 mars 1957, Recueil de jurisprudence d'Afrique Noire (JAN), 1957.24

CA de Dakar (Sénégal), 12 août 1953, Recueil de jurisprudence d'Afrique Noire (JAN), 1953.193

CA Dakar (Sénégal), 26 juin 1959, Recueil de jurisprudence d'Afrique Noire (JAN), 1959.203

CA Léopoldville (RDC), 23 févr. 1965, cité in, Encyclopédie juridique de l'Afrique, droit des contrats et de la responsabilité, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p.46

CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Ch. Civ. & com., 8 juill. 2011, n°260/11, sté C. Mobile Group Holding c/ D. M. E, Actualités juridiques, éd. Économique n°1/2011, p.12 Ohadataa J- 13-192

TGI Paris, 29 novembre 1989, République de Guinée, Rev. Arb. 1990.525, obs. Ch. Jarrosson, p. 381, spec. n°4.

Le jugement CS/ CA, 25 juillet 1991 (cité par l'auteur), concernant les usages anciens dans le paiement de primes pour heures supplémentaires de travail

CCJA, 17 juil. 2008, Recueil de jp semestriel, n°13, juil. – déc. 2009, p.62

CCJA, 25 mars 2010, n°016/2010, INDUSTRIAP c/ M. A. Nyada. Recueil de jp semestriel janv. – juin 2010, n°15, p.52

CCJA, 08 mars 2012, n°012/2012, Sté EICB c/ Groupe EOULEE, Rec. de jp semest, janv. – juin 2012, n°18, p.174

CCJA, 10 juin 2010, n°042/2010, Bernabe Côte d’Ivoire SA c/ CICODIS SARL, Recueil de jp semestriel janv. – juin 2010, n°15, p.103

CCJA, 07 juin 2012, n°061/2012, BIA c/ NOSOCO, Recueil de jp semestriel, janv. – juin 2012, n°18, p.200

CCJA, 08 avr. 2010, n° 024/2010, J Roger c/ F. Patrice, Actualités Juridiques, Edition économique n° 1 / 2011, p. 19, Ohadataa J-13-194

CCJA, 22 déc. 2005, n°061/ 2005, Ets Soulés et Cie c/ continental bank, et BCEAO, Recueil de jp semestriel, n°6 juil.- déc. 2005, p.45

CCJA 10 juin 2010, A. A. Mining Compagny of Guinea Sarl c/ N. Chater et X- tron Incorporated Limited, Recueil de jp semestriel janv. – juin 2010, n°15, p.80

Cour spr. Ch. Civ. moderne, 12 mars 1999, n°10, n°00-/CJ-CM, COLAF c/ Continentale bank Bénin, in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1999, p.35

Cour spr. Ch. Civ. moderne, 24 nov. 1995, n°10, n°3-/CJ-CM, BCB et CNCA c/ Ets Promocob, in recueil des arrêts chambre judiciaire et chambre administrative, DDE 1995, p.50

CCJA 22 mars 2012, n°031/2012, BNI c/ T. Baroan, Recueil de jp semestriel, janv. – juin 2012, n°18, p.156

CCJA, 10 juin 2010, n°041/2010, Atlantique télécom SA c/ Planor Afrique SA, Recueil de jp semestriel janv. – juin 2010, n°15

CCJA 19 juin 2003, n°010/2003, Monsieur DG et Madame DJ c/ Société Sotacs

CCJA, 15 mars 2012, n°020/2012, Chocomam c/ M. Zeri, Recueil de jp semestriel, janv. – juin 2012, n°18, p.41

CCJA, 12 nov. 2009, n°044/2009 Unions Assurances du Togo dit UAT c/ NETADI, Recueil de jp semestriel, n°14, juil. – déc. 2009, n°44/299

CCJA, 03 juin 2010, n°031/2010, A. Compaoré c/ C. O. Abidine, Recueil de jp semestriel, janv. – Juin. 2010, n°16, p.14

CCJA, 26 nov. 2009, n°049/2009, Daouda S. c/ Dionké Y. Recueil de jp semestriel, n°14, juil. – déc. 2009, p.18. CCJA, 27 mars 2008, n°008/2008

CCJA 29 juin 2006, n°011/2006, Aff. Centre national de recherche agronomique dit CNRA c/ AFFE- CI sécurité, SARL

CCJA 7 juil. 2005, Aff. Aziablevi Yovo et autres, c/ sté Togo TELECOM

CCJA, 17 juill. 2008, n°43/2008, MATCA c/ D. SARR, Recueil de jp semestriel, n°12, juil. – déc. 2008, p.109

CCJA, 19 juil. 2007, Sté Nestlé Sahel c/ Scimas, Recueil de jp semestriel, n°10, juil.- déc. 2007, p.62

CCJA, 31 janv. 2011, n°003/2011, Sté Planor Afrique SA c/ Sté Atlantique Telecom SA, Recueil de jp semestriel, juil. – Juin. 2011, n°16, p.58

CCJA, 30 juin 2011, n°004/2011, SONAPRA c/ SHB, Recueil de jp semestriel, juil. – Juin. 2011, n°16, p.20

CCJA, 1er févr. 2007, n°002/2007, Unilever Côte d'Ivoire, SA c/ SODISPAM, SA. , en présence de la Bank of Africa, Recueil de jurisprudence n°9, janv.- juin 2007, p.58, Ohadataa J- 08- 226.

CCJA, 30 mars 2006, n°005/2006, sté Ponty Sarl c/ sté Ponty Immobilière SA, Recueil de jp semestriel, n°7, janv.- juin. 2006, p. 24

CCJA, 02 févr. 2012, n°005/2012, SCI Lumière c/ IPM, Recueil de jp semestriel, janv. – juin 2012, n°18, p.84

CCJA 30 juin 2009, n°041/ 2009, K. Akomci c. Akabertin, Recueil de jp semestriel, n°13, janv. – juin 2009, p. 109

CCJA, 03 juin 2008, n°36/2008, Recueil de jp semestriel, n°13, juil. – déc. 2009, p.59

CCJA 29 nov. 2011, n°012/201, Rép. Guinée Équatoriale et CEMAC c/ CBGE, Recueil de jp semestriel, juil. – déc. 2011, n°17, p.23

CCJA, 21 mars 2002, n°10/2002, sté négoce Ivoire c/ sté GNAB, Ohadata J- 02- 72, note M. E. Beira

CCJA, 18 mars 2004, n°0 13, FOTOH, www.ohada.com, Ohadataa J, 08-68.CCJA 10 juin 2010, A. A. Mining Compagny of Guinea Sarl c/ N. Chater et X- tron Incorporeted Limited, Recueil de jp semestriel janv. – juin 2010, n°15, p.80

CCJA 07 juil. 2005, n°046/2005, Ets Soules & Cie c/ Sté N&D et Continental bank Bénin, Recueil de jp semestriel, n°6 juil.- déc. 2005, p.8

CCJA, 24 avr. 2003, Ci- TELECOM c/ Sté PUBLISTAR, n°007/2003

CCJA arrêt n°028/2010 du 29 avril 2010, Main d'Afrique Construction SARL c/ B. Diazola, Recueil de jp semestriel, janv.- Juin. 2011, n°15, p.66

CEDEAO, arrêt du 27 oct. 2008, Dame Hadidjatou Mani Koraou c. la Rép. du Niger, Rôle No. EOW/CCJ/APP/08/08, arrêt no. ECW/CCJ/JUD/06/08, com. Gilles BADET

Cass. Com. 3 Nov. 1992, Bull. civ. IV, n°340, p. 242 ; Rev. Trim. Dr. civ. 1993, p. 124.

Cass com. 24 nov. 1998, N° de pourvoi : 96-18357.

Cass. Com. 15 janv. 2002, inédit, pourvoi n°99- 21.172.

Cass. Civ. 1ère, 16 mars 2004, RDC 2004/3, p. 642, obs. D. MAZEAUD, D. 2004, p.1754.

Com. 29 juin 2010, n°09-67.369, inédit.

Nancy, 2 ch. com., 26 sept. 2007, n° 06-02221, D. 2008. 1120.

Cass. civ. belge, 1re ch., 19 juin 2009, no C.07.0289.N

Assemblée Plénière de la CCJA, Arrêt N°103/2015 du 15 octobre 2015. Arrêt rendu sur requête aux fins d'exéquatur n°093/2014/PC du 21/05/2014 et recours en contestation de validité de sentence arbitrale n°100/2014/PC du 30/05/2014.

- **Observations et note sous cassation**

**AMRANI MEKKI S.**

- obs. ss. Civ. 3e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345, D. 2010. 2061.

- Obs. ss. Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, D. 2008. 2965.

**AYNES L.**, note ss Cass. civ. 1<sup>er</sup> 28 octobre 2003, Revue des contrats, 01 avril 2004, n°3.p.273.

**BILLEMONT J.**, note ss. Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2009, Pompéi, D. 2010.476.

**BLAEVOET C.**, note ss. Civ. 1, 17 décembre 1963, J.C.P., 1964, II, 13609.

**CATALA N.**, note ss. Soc. 14 juin 1972, Droit Social, 1972, p. 465.

**COLLART-DUTILLEUL F.**, obs. ss. Cass. 3e civ., 6 avr. 2004, n° 00-19.991 ; RDC 2004, p. 969.

**CORDONNIER P.**, note ss. Cass. civ., 7 avr. 1932 : DH 1933, 1, p. 153.

**DAIGRE J-J.**, note ss. CA Paris, 5e ch. C, 30 juin 1995 : JurisData n° 1995-021894 ; JCP E 1996, 795.

**DESHAYES O.**, note ss. Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-20.857, Bull. civ. II, n° 191, D. 2008, p. 2348, RDC 2009, p. 77 et s.

**DOUCET J-P.**, obs. ss. TGI Paris, 3 oct. 1968 : Gaz. Pal. 1968, 2, p. 345.

**DURAND**, note ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 1967, JCP 1968.II.15365.

**FOREST G.**, obs, ss. Cass. civ. 3, 3 novembre 2011, n° 1020.936, FSP+B N° Lexbase : A5243HZ9 D. Actualité, 18 novembre 2011.

**GOUT O.**, note ss. Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, D. 2007. 1119.

**GRIMALDI C.**, note ss. Civ. 3e, 6 sept. 2011, n° 10-20.362, D. 2011. 2838.

**GROUTE H.**, obs. ss. Civ. 1, 20 octobre 1987, D., 1987; Som. p. 159.

**JOURDAIN P.**

- obs. ss. Civ. 1re, 17 janv. 1995, RTD civ. 1996. 634.

- obs. ss. Civ. 1re, 13 avr. et 26 mai 1992, RTD civ., 1992.766.

- obs. ss. Cass. 1re civ., 31 mai 2007, Bull. civ, n° 05-19.978.

- obs. ss. Civ. 1re, 17 janv. 1995, D. 1995.350.

- obs. ss. Civ. 3, 30 avril 1997, D, 1997, p. 475.
- note ss. Civ. 1re, 17 janv. 1995, D. 1995.350.
- obs. ss. Civ. 1re, 20 mars 1989, RTD. Civ. 1989.757.
- note ss. Civ. 1re, 17 janv. 1995, D. 1995.350.

**KASSI A.**, note ss. CA d'Abidjan, arrêt n° 45 du 27 avril 2001, SOTACI c/ Delpech G. et Delpech J., *Ecodroit*, n° 13-14, juillet-août 2002, p. 118.

**KESSLER G.**, note ss. CA Paris, Pôle 1, 3ème ch., 14 février 2012, n° 11/14 683 N° Lexbase : A4982ICI, *Bull. Joly Sociétés*, juillet 2012, p. 553.

**KOMOIN F.**, obs. ss. CCJA, 19 juin 2003 n°010/2003/ D. G. et D. J. c/ Sté SOCTACI, *Actualités juridiques* n°40/2003, p.15.

**KRUTHOF**, note ss. Cass. belge, 22 mars 1985, RCJB.1989.7.

**LAPOYADE-DESCHAMPS**, obs. ss. Civ. 2°, 26 mai 1992, RCA 1992.346.

#### **LEBOULANGER P.**

- note ss CA Paris, 12 déc. 2001, *Rev. arb.* 2003. 417.
- note ss. CCJA, 10 janv. 2002, *Compagnie des transports de Man (CTM) c/ Compagnie d'assurances Colina SA*, *Revue de l'arbitrage* 2002, p. 473

**LEVENEUR L.**, note ss. Cass. mixte, 26 mai 2006, n° 0319.376, P+B+R+I N° Lexbase : A7227DPD, *JCP éd. G*, 2006, II, n° 10 142.

**MALAURIE P.**, note ss. Civ. 3, 16 novembre 1988, 2 arrêts D, 1989, p. 157.

**MALINVAUD P.**, obs. ss. Civ. 3e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, D. 2005. 1504.

#### **MAZEAUD D.**

- obs. ss. Com., 2 juillet 2002, Opel France ; *Bull.civ. IV*, n°113 ; D.2003.93.
- obs. ss. Com., 6 mai 2002, *Bull.civ. IV*, n°81, D. 2002.2842.
- obs. ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, BNP, D. 2005.1828.
- obs. ss Civ. 1re, 11 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36381, n° 98.
- obs.ss. Civ. 1re, 11 juin 1996, Defrénois, 1996, art. n° 36381, n° 98.
- note ss. Civ. 3, 30 avril 1997, D, 1997, p. 475.
- note ss. Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *JurisData* n° 1993-002405 ; *JCP G* 1995, II, 22366.
- note ss. Com., 2 juillet 2002, Opel France ; *Bull.civ. IV*, n°113 ; D.2003.93.
- note ss. Com., 6 mai 2002, *Bull.civ. IV*, n°81, D. 2002.2842.
- note ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, BNP, D. 2005.1828.
- note ss. Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457.

- note ss. Cass. Civ. 1ère, 16 mars 2004, RDC 2004/3, p. 642.

**MERCADAL B.** (dir)

- Comm. Ss. CA Abidjan, 14 nov. 2000, n°1009, Code pratique OHADA, p.1055
- Comm. Ss. TGI Bobo- Dioulasso (Burkina Faco), 22 Nov. 2006, BOA & FIB c/SOPROFA & SODEGRAIN, n°308, Ohadataa J-09-85, com. Code pratique OHADA, p.452
- Comm. Ss. CA Abidjan, 27 Avr. 2001, SOTACI c/ époux D, Code pratique OHADA, comm. Sous art. 25 l'AUA, p.164
- Comm. Ss. CCJA, 22 déc. 2005, n°064/2005, « Code Pratique Francis Lefebvre OHADA : Traité, Actes uniformes et Règlements annotés », 2ème éditions Francis Lefebvre, 2014, p.413.

**MESTRE J.**

- obs. ss. Cass. Com. 3 Nov. 1992, Bull. civ. IV, n°340, p. 242 ; Rev. Trim. Dr. civ. 1993, p.124.
- obs. Ss Cass. Com. 3 nov. 1992, Rev. Trim. Dr. civ. 1993, p.124.
- obs. ss. Cass. Com. 3 Nov. 1992, Rev. Trim. Dr. civ. 1993, p.124.
- obs. ss. Cass. Civ. 1ère, 16 mars 2004, RDC 2004/3, p. 642.
- obs. ss. Com. 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n° 286, p. 244.
- note ss. Cass. Com. 3 Nov. 1992, RTD. civ. 1993, p.124.

**MOTULSKI**, note ss. Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, D. 1958, p. 517.

**PLANIOL M.**, obs., ss. Cass. civ., 14 mars 1900, Whistler : D. 1900, 1, p. 497.

**PUECH M.**, note ss. CA Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, p. 401.

**REINHARD Y.**, obs. ss. Cass. com., 7 mars 1989: JCP, éd. E, 1989, II, 15617, concl. M. Joel.

**ROBERT J.**, note ss. Paris, 20 septembre 1976, J.C.P. 1978.

**SAIZONOU BEDIE A. F.**

- Comm. Ss. CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/APP/03/05, du 04 oct. 2005, arrêt n° ECW/CCJ/JUD02/05, In Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO et de la commission de l'UEMOA, coll. Droit & Lois
- Comm. Ss. CA Cotonou, 02 juill. 2003, n°90/CS/2003, Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.146
- Comm. Ss. CA Cotonou, 02 avr. 2009, Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. 2

- Comm. Ss. CA (Cotonou), 12 sept. 2002, n°62/2002, Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.65. CA 02 sept. 2010, n°121/10, RG n°13/2009

- Comm. Ss. CA Cotonou, 03 févr. 2011, n°14/11 RG n° 105/ 2005, Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd.

- Com. Ss. CA Cotonou, 22 janv. 2004, n°03/2004, Recueil d'arrêts de la cour suprême et des cours d'appel de Cotonou et Parakou, Jurisprudence béninoise, coll. Droit & lois, éd. N°2, 2008, p.309

#### **SAVATIER J.**

- obs. ss. Soc. 14 juin 1972, Droit Social, 1972, p. 465.
- Obs. ss. Soc. 26 septembre 1990, Droit Social, 1991.
- Obs. ss. Com. 27 mai 1986, Rev. trim. dr. civ., 1987, p. 89.

#### **SAVAUX E.**

- obs. ss. Cass. civ. 3, 29 juin 2010, n°0968.110, FD N° Lexbase : A6857E3D, RDC, 2011, p. 30.
- obs. ss. Cass. 1re civ., 26 févr. 2002, n° 99-19.053, Bull. civ. I, n° 68, D. 2002, p. 1114, Defrénois 2002, art. 37558.

#### **SAYEGH J. I.**

- Obs. ss. CA d'Abidjan, arrêt n° 45 du 27 avril 2001, SOTACI c/ Delpech G. et Delpech J., Ecodroit, n° 13-14, juillet-août 2002, p. 118
- Obs. ss. TPI Yaoundé, 16 déc. 1999, ord. Réf. n°218, Ohadataa J- 02-17
- Obs. ss. TPI Yaoundé, 23 mars 2000, ord. Réf. n°489/C, Ohadataa J-02- 16
- Obs. ss. TGI Ouagadougou, 25 avr. 2001, n°423, Ohada J-02- 60
- Obs. ss. CA Abidjan, 02 juill. 2003, ord. Réf. n°1435, Ohadataa J- 04- 177.

**SCHILLER S.**, note ss. Cass. com., 26 février 2013, n° 1213.721, FD N° Lexbase : A8731I8U, JCP éd. E, n° 23, 6 juin 2013, 1327.

**SCHMIDT J.**, note ss. Cass. com., 17 févr. 1982, n° 79-14.796 : JurisData n° 1982-700859.

**SERRA Y.**, note ss. Soc. 24 février 1979, D., 1979, p. 619.

**SIMLER P.**, obs. ss. Cass. civ. 2e, 15 nov. 1995, 93-13262, Bull. civ. II, n° 284 ; JCP 1995. I. 3942, n° 1.

**TENGANG J-M.**, note ss. Cass. com., 9 avril 2002 : JCP, éd. G, 2003, II, 10067.

#### **WAQUET P.**

- obs. ss. Soc. 26 septembre 1990, Droit Social, 1991.
- Obs. ss. Soc. 29 juin 1994, J.C.P., 1994, II, 22324.

## VII- Autres sources

### **Webographie**

Dorothé C. SOSSA, 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, Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, Ouagadougou, 2007. Disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 15 Mai 2015 à 20h

Emmanuel S. DARANKOUM, 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, Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, Ouagadougou, 2007. Disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 02 Novembre 2015 à 10h

Marcel FONTAINE, Avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, Revue de droit uniforme UNIDROIT, 2006 disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 10 Juin 2016 à 15h

Marcel FONTAINE, Avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant contrat, Revue de droit uniforme UNIDROIT, 2006 disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 20 Avril 2016 à 17h

Marcel FONTAINE, L'Avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats :vue d'ensemble, Revue de droit uniforme UNIDROIT, 2006 disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 11 mars 2016 à 19h

Paul-Gérard POUGOUE, "L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire", <www.ohada.com> D-07-41), consulté le 02 décembre 2016 à 22h

### **Sites consultables en ligne :**

Juriscope.org ;

Laportedudroit.com ;

Lerevenu.com ;

Ohada.com.

Revue.ersuma.org

# INDEX ALPHABETIQUE

**abus de droit**, 69, 132, 133, 134,  
170

**affectio societatis**, 59, 63, 223

**Afrique**, 1, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17,  
18, 104, 198, 215, 220, 259

**Arbitrage**, 177, 186, 227

**bonne foi**, 118, 119, 120, 121, 122,  
123, 124, 125, 132, 133, 134, 239,  
241, 242, 244, 253

**compromettre**, 173, 174, 176, 177,  
178

**consentement**, 81, 173, 174, 175,  
176, 177, 226,

**contrainte par corps**, 12, 14, 15,

**contrat**, 1, 4, 6, 13, 15, 18, 19, 22, ,  
48, 51, 82, 106, 197, 205, 223,

**contrats commerciaux**, 9, 106, 107,  
111, 112, 118, 130

**contrats spéciaux**, 37, 43, 64, 91,  
104, 106, 107, 108, 112, 113, 118,  
122, 160, 260

**droit romain**, 1, 3, 12, 13, 28, 33,  
34, 85, 89, 121, 138

**équivalent**, 21, 50, 75, 136, , 155,  
156, 157, 214,

**exception d'inexécution**, 155

**exécution**, 4, 12, 66,

**exécution forcée**, 4, 19, 21, 48, 50,  
85, 88, 95, 97, 103, 138, 139, 140,  
158, 166, 168, 171, 180, 200, 213,  
220, 222, 242, 244, 245, 259,

**gage**, 12, 13, 14, 17, 112, 228

**harmonisation**, 9, 106, 171, 216,  
219

**immunité d'exécution**, 184, 185,  
186, 187, 188, 189, 191, 192, 193

**inexécution contractuelle**, 21, 39,  
94, 140, 142, 150, 153, 161, 165,  
172, 183, 201, 205, 206, 220, 222,  
235, 247, 257, 258

**injonction**, 8, 187, 256

**intermédiaire de commerce**, 109,  
113

**liberté contractuelle**, 48, 58, 76,  
101, 114, 122, 197

**location**, 33, 106, 109, 110, 111

**mimétisme**, 84, 150, 215, 217, 218,  
219

**minimiser**, 125, 126, 127, 128, 129,  
130, 131, 132, 133, 134

**nullité**, 97, 104, 176, 179, 225, 228,  
234, 239, 243

**obligation**, 1, 2, 3, 4, 5, 12, , 22, ,  
28, 29, 30, 31, , 36, 37, 38, 39, 40,  
41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52,  
59, 63, 81, , 96, 121, 122, 123,  
126, 144, 147, 152, 199, 200, 205,  
206, , 226,, 235,

**obligation de délivrance**, 33, 37,  
54, 62, 92,

**obligation de donner**, 29, 31, 38,  
83, 90,

**obligation de faire**, 15, 32 , 57, 67,  
74, 86, 101, 103, 108 , 243,

**obligation de ne pas faire**, 58, 108,  
148,

**obligation de praestare**, 33, 35, 38,

**obligation de résultat**, 44

**obligation de sécurité**, 144, 145,  
146, 152, 153, 158

**OHADA**, 7, 19, 25, 106, 141, 1 209,

**pacte d'actionnaire**, 96, 101

**pacte de préemption**, 102

**pacte de préférence**, 57, 96, 97, 98,  
100, 102, 103, 104, 244

**paiement**, 4, 33, 140, 1, 221,

**pérenne**, 223

**préjudice** , 75, 85, 96, 127, 148,  
157, 158, 160, 170, 182, 214, 242,  
246, 247, 255

**renégociation**, 219, 231, 237, 242,  
247, 248, 255

**réparation**, 19, 49, 85, 87 , 126,  
132, 141, 150, 155, 161, 169, 181,  
203, 242,

**responsabilité contractuelle**, 19, ,  
92 , 141, 144, 150, , 160, 180, 247,

**sentence arbitrale**, 179, 192,

**specific performance**, 202, 206,  
207, 208

**transfert de propriété**, 81, 90,

**Unidroit**, 71, 87, 126, 226, 130,  
170, 241

**usage**, 40, 112, 117, 124, 198, 208,  
233, 253

# TABLE DES MATIERES

<b>AVERTISSEMENT</b> .....	i
<b>DEDICACE</b> .....	ii
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	iii
LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	iv
SOMMAIRE .....	vii
Introduction générale.....	1
Première partie : L'existence d'un droit à l'exécution forcée d'essence étrangère .....	26
Titre 1 : Un droit à l'exécution à l'origine admis par construction .....	27
Chapitre 1 : Un droit absent dans la lettre de la loi .....	28
Section 1 : Le code civil sans les obligations de <i>praestare</i> romain.....	29
Paragraphe 1 : L'omission des obligations de <i>praestare</i> .....	30
A- La <i>summa divisio</i> du Code civil occultant l'obligation de <i>praestare</i> .....	31
B- La présence éparse du régime des obligations de <i>praestare</i> dans le Code civil. ....	33
Paragraphe 2 : Le régime correctif des obligations de <i>praestare</i> .....	36
A- Le <i>praestare</i> : une obligation de mise à disposition.....	36
B- Le <i>praestare</i> : une mise à disposition à des fins de restitution ou de disposition ....	38
Section 2 : La présentation éclatée des remèdes en cas d'inexécution des obligations dans le Code civil .....	39
Paragraphe 1 : Des remèdes insatisfaisant dispersés .....	39
A- Le recours aux dommages et intérêts de l'article 1142 .....	40
B- Les autres remèdes excluant l'exécution en nature .....	42
Paragraphe 2 : Présentation des remèdes sous le modèle anglais.....	44
A- La preuve de l'inexécution. ....	44
B- Les suites de l'inexécution.....	46
Chapitre 2 : Un droit construit entravé .....	48
Section 1 : L'émergence d'un droit à l'exécution forcée en nature .....	48
Paragraphe 1 : L'exécution forcée, traduction de la force obligatoire du contrat .....	49
A- L'exécution forcée en nature, remède dissuasif à l'inexécution.....	49
B- L'exécution forcée en nature, un remède confondu aux autres .....	52
Paragraphe 2 : Les tentatives de réécriture virtuelle de l'article 1142 .....	53
A- La résistance de la lettre l'article 1142.....	54
B- La protection subreptice générale du débiteur d'une obligation à caractère personnel .....	60

Section 2 : La réception partielle du droit construit.....	67
Paragraphe 1 : La reconnaissance au plan régional d'un droit subjectif du créancier à l'exécution en nature .....	68
A- L'affirmation d'un droit subjectif à l'exécution .....	68
B- La réticence dans l'affirmation du droit à l'exécution .....	71
Paragraphe 2 : L'affirmation d'un droit à une exécution forcée affecté par de considérations lucratives .....	73
A- La possibilité d'option du créancier .....	74
B- La consécration de la limite lucrative.....	77
Titre 2 : Une construction reprise dans l'espace OHADA avec des essais de démarcation.....	80
Chapitre 1 : La démarcation inachevée du COCC.....	81
Section 1 : Une démarcation affichée de la législation reçue.....	82
Paragraphe 1 : La démarcation du droit reçu sur le transfert de propriété .....	82
A- Le rejet du transfert solo consensus français.....	83
B- La consécration de la tradition réelle.....	85
Paragraphe 2 : Une démarcation du droit reçu sur l'affirmation de l'exécution des obligations de faire.....	87
A- L'autonomie de l'exécution par rapport à la réparation dans les contrats synallagmatique du COCC .....	87
B- L'évocation de la réparation en cas d'inexécution, un moindre mal dans le COCC .....	89
Section 2 : Une démarcation inachevée dans le fond.....	91
Paragraphe 1 : La reprise du régime des obligations de donner .....	92
A- Le caractère supplétif de la tradition réelle dans le COCC.....	92
B- L'assimilation des types de responsabilités par une conception unitaire de la faute. .	95
Paragraphe 2 : L'inefficacité des pactes d'actionnaire dans le droit sénégalais des obligations.....	97
A- Le rejet de l'exécution en nature des obligations précontractuelles contenues dans les pactes d'actionnaires .....	98
B- La reprise de la solution française de rejet de l'exécution en nature des pactes par le droit sénégalais des obligations .....	104
Chapitre 2 : Le législateur OHADA entre mimétisme et innovation .....	108
Section 1 : La catégorisation des contrats commerciaux du droit OHADA.....	109
Paragraphe 1 : Les contrats spéciaux de l'OHADA contenant des obligations de faire ou de ne pas faire .....	110
A- Les contrats contenant l'engagement d'une prestation positive .....	110
B- Les contrats contenant l'engagement d'une prestation portant sur une chose .....	112

1-Le contrat de location-gérance du fonds de commerce .....	112
2-Le contrat de bail à usage professionnel.....	112
3-Le contrat de transport de marchandises par route.....	114
4-Le contrat de sûreté conventionnelle .....	114
Paragraphe 2 : Les contrats spéciaux de l’OHADA contenant des obligations de donner..	115
A- Les contrats dont l’exécution implique le transfert de propriété d’une chose .....	115
1-Le contrat de société commerciale .....	115
2-Le contrat de société coopérative.....	116
B- Le contrat portant sur le transfert même d’une chose .....	117
1-Le contrat de cession du fonds de commerce .....	117
2-Le contrat de vente commerciale .....	117
Section 2 : L’exigence quasi inconvenante d’une certaine bonne foi dans les contrats spéciaux de l’OHADA.....	120
Paragraphe 1 : L’exigence de la bonne foi avant les difficultés d’exécution du contrat.....	121
A- La bonne foi, une notion diffuse .....	121
B- La bonne foi, une notion à encadrer.....	124
Paragraphe 2 : L’exigence de la bonne foi au moment des difficultés d’exécution du contrat .....	127
A- La consécration de l’obligation de minimiser le dommage en droit OHADA.....	128
B- La justification controversée de l’obligation de minimiser le dommage.....	133
Conclusion première partie.....	137
Seconde partie : La nécessité du recours à un droit à l’exécution forcée légitimé par les valeurs africaines .....	140
Titre 1 : L’élimination des concepts nuisibles au droit à l’exécution forcée .....	142
Chapitre 1 : La suppression des faux concepts .....	143
Section 1 : Le faux concept identifié : la responsabilité contractuelle.....	144
Paragraphe 1 : De la responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle .....	145
A- La consolidation jurisprudentielle du concept de la responsabilité contractuelle .	145
B- L’institution d’une réparation sans préjudice prouvée en matière contractuelle.....	150
Paragraphe 2 : Les suites de la conceptualisation de la responsabilité contractuelle.....	153
A- L’inutile responsabilité contractuelle du fait d’autrui et des choses .....	153
B- L’absorption du régime de l’inexécution contractuelle par le régime du délit à des fins d’unification .....	156
Section 2 : Les faux concepts dissimulés : l’exécution par équivalent et la réparation en nature.....	159

Paragraphe1 : L'exécution par équivalent, une mise en force critiquable du contrat .....	159
A- L'équivalence et l'exécution, des notions inconciliables .....	160
B- L'équivalence et les dommages et intérêts, une image inconcevable .....	162
Paragraphe 2 : La réparation en nature, un pur mécanisme de responsabilité.....	165
A- L'admission du principe de la réparation en nature en jurisprudence.....	166
B- L'autonomie de l'exécution en nature par rapport à la réparation en nature .....	168
Chapitre 2 : La limitation du suivisme de la jurisprudence occidentale.....	174
Section 1 : Le suivisme par les arbitres du raisonnement classique.....	175
Paragraphe 1 : L'acquisition de l'aptitude des Etats membre de l'OHADA à compromettre .....	176
A- Du refus originel de l'aptitude de compromettre de l'Etat.....	177
B- Le recours à l'arbitrage par un renversement du principe de prohibition héritée du droit français .....	179
Paragraphe 2: Le raisonnement simpliste des juridictions conduisant à la réparation .....	182
A- Du constat de l'inexécution des engagements contractuels .....	182
B- Du recours par l'arbitre aux dommages-intérêts classique pour inexécution contractuelle .....	184
Section 2 : L'immunité d'exécution, un obstacle supplémentaire à l'exécution en nature des obligations .....	187
Paragraphe 1 : L'affirmation du principe de l'immunité d'exécution des Etats .....	188
A- Le bénéficiaire de l'immunité d'exécution en droit interne .....	189
B- L'élargissement du champ des bénéficiaires de l'immunité par la CCJA .....	191
Paragraphe 2 : L'influence de l'arbitrage sur l'immunité d'exécution au sein de l'OHADA	194
A- Le recours à une convention d'arbitrage, présomption de renonciation à l'immunité	195
B- La nécessité de renforcement de la présomption par une restriction expresse de la portée de l'immunité.....	198
Titre 2 : La quête d'un droit à l'exécution forcée en adéquation avec les objectifs de l'OHADA...	200
Chapitre 1 : La réduction de l'attrait des systèmes exogènes sur le droit des obligations dans l'espace OHADA.....	201
Section 1: L'influence de la <i>Common Law</i> sur le droit des obligations dans l'espace OHADA .....	202
Paragraphe 1 : Les référents originels de la <i>Common Law</i> exerçant leur attrait sur le droit des obligations dans l'espace OHADA.....	203
A- La nécessité de la consideration en <i>Common Law</i> .....	204
B- Du versement de dommages-intérêts à la possibilité de la violation efficace du contrat .....	206

Paragraphe 2 : Des solutions uniquement propices au droit anglais.....	209
A- L'exécution forcée en nature ; une solution exceptionnelle dans le droit de la <i>Common Law</i> .....	209
B- L'exécution forcée en nature ; une solution rare en droit de la <i>Common Law</i> .....	212
Section 2 : La nécessité de limitation de l'influence de l'analyse économique du droit dans l'espace OHADA.....	213
Paragraphe 1 : L'impérieuse nécessité de la scission d'avec le droit français contemporain .....	215
A- L'assouplissement de l'analyse économique de la sanction dans les pays de la <i>Common Law</i> .....	216
B- Un recul de l'exécution en nature à éviter dans l'espace OHADA .....	218
Paragraphe 2 : L'orientation de l'exécution vers des valeurs endogènes.....	220
A- L'invite à une remise en cause pragmatique de la thèse du mimétisme en matière d'obligation.....	221
B- La camaraderie contractuelle, une valeur devant transparaître dans le droit des obligations en Afrique .....	223
Chapitre 2 : L'institution d'un genre nouveau d'exécution forcée en nature dans l'espace OHADA .....	227
Section 1 : L'appel à la souplesse contractuelle avant l'inexécution des contrats dans l'espace OHADA.....	227
Paragraphe 1 : L'obligation contractuelle, un lien pérenne.....	228
A- De la représentation classique des obligations contractuelles .....	229
B- Les éléments de pérennité du contrat .....	231
Paragraphe 2 :L'obligation contractuelle, un lien à pérenniser par les parties contractantes dans l'espace OHADA .....	234
A- La pérennité du contrat par un recours au principe de fraternité contractuelle....	235
B- La pérennité du contrat par un recours implicite des parties à la <i>favor contractus</i> .....	237
Section 2 : L'appel à la rigidité dans le traitement de l'inexécution contractuelle dans l'espace OHADA.....	240
Paragraphe 1 : L'érection de la renégociation conventionnelle en principe d'ordre public dans l'espace OHADA .....	241
A- La consécration de l'obligation de renégocier .....	241
B- L'orientation de l'obligation de négocier vers l'exécution en nature. ....	247
Paragraphe 2 : La suppression des demandes d'exécution par équivalent ou de dommages-intérêts dans l'espace OHADA.....	250
A- Illégitimité des demandes d'exécution par équivalent ou des dommages-intérêts en matière contractuelle.....	251

B- La mise en œuvre de la suppression .....	253
Conclusion seconde partie .....	256
Conclusion générale .....	258
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES .....	266
INDEX ALPHABETIQUE.....	296
TABLE DES MATIERES .....	298