

Propos impertinents sur l'unification du droit général des contrats

Mbissane Ngom*

A. Introduction

Les propos qui suivent revendiquent une double impertinence. Celle de la répétition car ils reprennent des points de vue déjà exprimés par d'autres, rappelant une vérité d'évidence reconnue par beaucoup, concernant le projet d'uniformisation du droit des contrats dans l'espace OHADA.¹ L'impertinence de l'originalité également en essayant de présenter sous un regard nouveau l'ambition d'intégration du droit des contrats exprimée par les autorités de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique.

L'OHADA souffle une nouvelle bougie, avec à la clé, deux actes uniformes réformés,² un acte uniforme récemment adopté³ et plusieurs autres en chantier ou en perspective. Il faut sans doute se féliciter de cet enrichissement dans le *corpus juris* des Etats membres, car il n'est pas toujours aisé de réaliser l'intégration d'un domaine du droit dans un espace composé de seize Etats. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer opportunément au cas du projet d'acte uniforme sur le droit des contrats. Démarré voici déjà presque neuf années, ce projet semble aujourd'hui à l'agonie, tant le consensus sur son contenu tarde à se réaliser au sein des Etats membres et de la communauté des affaires et des juristes africains. Difficile intégration d'un droit qui apparaît pourtant comme le socle de toutes les relations économiques, le cœur battant de tout commerce juridique. L'évidence de sa prégnance est telle que dès le début du siècle dernier déjà, Jossierand proclamait: «*nous vivons de plus en plus contractuellement*».⁴

A n'en point douter, l'objectif d'intégration du droit des contrats apparaissait implicitement à la lecture de l'article 2 du traité OHADA qui a été complété en mars 2001 à la réunion de Bangui pour inclure désormais «le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve». A cela s'ajoutent, depuis quelques années, les diverses réunions d'experts et du Conseil des Ministres de l'Organisation, dans le but de parvenir à l'adoption d'un acte uniforme sur le droit des contrats.

* Professeur de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal).

1 Actes du colloque 'Harmonisation du droit OHADA des contrats', Ouagadougou, 15-17 novembre 2007, disponible à <www.ohada.com/doctrine/Ohadata/D-09-26>.

2 L'acte uniforme relatif au droit commercial général et l'acte uniforme portant organisation des sûretés ont été modifiés lors de la réunion du Conseil des Ministres de la Justice et des Finances de l'OHADA des 13 et 14 décembre 2010 à Lomé.

3 Il s'agit de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives.

4 L. Jossierand, 'Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats', *R.T.D. civ.* 1937, p. 1 et seq., p. 7.

Ce projet d'élaboration d'un acte uniforme sur le droit des contrats n'est pas spécifique. Dans diverses régions du monde et au sein même de certains Etats, des initiatives sont prises pour moderniser le droit des obligations et le droit des contrats. Il en est ainsi dans l'Union européenne avec le projet du droit européen des contrats et en France avec l'Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit Projet Catala.⁵

C'est dire donc que la réforme du droit des contrats est d'actualité. Pourquoi alors, malgré son importance pratique pour les affaires, le droit des contrats continue-t-il d'être en marge de l'œuvre d'intégration de l'OHADA, quatorze ans après l'adoption des premiers actes uniformes? C'est dans l'optique de tenter d'esquisser quelques pistes de réponses que cette contribution se propose de réfléchir doublement sur les raisons de l'échec d'une harmonisation annoncée et les possibilités de parvenir à une intégration du droit des contrats dans l'espace OHADA. Les précautions méthodologiques prises dès l'entame de cette contribution permettent de signaler qu'aucune réponse fermée ne saurait être donnée à ces interrogations. Mais, volontairement provocateur et évocateur, elle cherche à susciter un débat renouvelé mais libre, sur la question tout en appelant à la prudence.

Si l'OHADA a buté sur des résistances – car il s'agit bien de résistances! – ne serait-ce pas parce que son ambition dans ce domaine était démesurée? Est-il nécessaire pour l'OHADA d'intégrer tout le droit des contrats? Vouloir intégrer le droit général des contrats semble, à certains égards, être une hérésie, surtout par la voie de l'uniformisation, non seulement en raison de la spécialité *rationae materiae* de cette organisation d'intégration juridique, mais également compte tenu de la sensibilité qui caractérise (paradoxalement!) ce domaine.

Faut-il pour autant désespérer d'une intégration en droit des contrats?

S'il ne semble pas raisonnable de prétendre à une uniformisation de tout le droit des contrats, nul ne doute de la nécessité d'une intégration du droit des contrats d'affaires, celui-ci étant incontestablement au cœur même du droit des affaires. Partant de ces considérations liminaires, il apparait que le projet d'intégration du droit des contrats dans l'espace OHADA par la technique de l'uniformisation a quelque peu avorté. Aussi, revenir sur le projet d'intégration du droit des contrats, c'est faire la chronique d'un échec annoncé (B). Il n'en reste pas qu'il est possible de procéder à une intégration raisonnable du droit des contrats d'affaires (C).

B. Chronique d'un échec annoncé

Pour mieux saisir la situation, il est essentiel de retourner aux sources d'une tentative d'intégration du droit des contrats (B.1), à l'ambition démesurée (B.2).

5 P. Catala, 'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription', *La Documentation française* 2006, p. 208.

B.1 Aux sources d'une tentative d'intégration du droit des contrats...

L'objectif de développement économique et social était la raison fondamentale de l'avènement de l'OHADA, le droit devenant l'instrument d'attraction de l'investissement par la sécurité juridique et judiciaire qu'il procure aux opérateurs économiques. L'avant projet d'acte uniforme sur le droit des contrats s'inscrivait dans cette dynamique de doter l'espace d'un droit des affaires simple, moderne et adapté à la situation économique des Etats membres.

Le projet a officiellement été lancé par le Conseil des Ministres de l'Organisation lors de sa réunion de Brazzaville de février 2002, au sortir de laquelle il a demandé au Secrétariat Permanent de saisir l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) afin d'obtenir un appui pour l'élaboration d'un acte uniforme tenant compte des derniers développements jurisprudentiels et des dernières analyses doctrinales sur le droit des contrats. Le recours à UNIDROIT avait également pour objectif de permettre d'utiliser les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international⁶ comme modèle et source d'inspiration.

La rédaction de l'avant projet du futur Acte uniforme fut placée sous l'autorité du Pr. M. Fontaine.⁷ Après une série de consultations et de rencontres d'experts, le Professeur Fontaine transmet au Secrétariat Permanent un projet d'avant projet qui fut remis, en 2005, à chaque commission nationale pour observations.

Visiblement le projet visait à uniformiser tout le droit des contrats. Ce texte devait permettre d'avoir un droit intégré des contrats régissant l'ensemble, voire l'essentiel des obligations civiles et/ou commerciales. Or, de prime abord, le droit des contrats se subdivise naturellement en droit des contrats civils et en droit des contrats commerciaux. Mais, nul ne peut ignorer la subtilité de cette distinction et que ce clivage s'estompe de plus en plus en raison de la complexification des contrats et de l'enchevêtrement des droits. Notamment, on ne peut méconnaître le passage des contrats commerciaux aux contrats d'affaires marquant le développement et l'accroissement des relations professionnelles liées à l'activité économique. En tout état de cause, qu'il s'agisse de contrats civils ou de contrats commerciaux, de contrats de droit commun et de contrats d'affaires, le moins que

6 La dernière version de ces Principes date d'avril 2004. Ces principes apparaissent comme un «code des contrats internationaux». Sur la question, M.F. Nabati, 'Les règles d'interprétation des contrats dans les Principes d'UNIDROIT et la CVIM: entre unité structurelle et diversité fonctionnelle', *rev. dr. unif.* 2007, pp. 247-263.

7 M. Fontaine, 'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, Note explicative à l'avant-projet', *UNIDROIT 2004* (ci-après: 'Acte uniforme').

l'on puisse dire est qu'ils sont différents tant dans leurs esprits que dans leurs exigences, d'où la dichotomie naturelle qui les avaient toujours régis.⁸

L'élaboration d'un acte uniforme sur le droit des contrats fait écho à un appel à une intégration de cette matière lancé il y a bien longtemps. En effet, en 1977, à l'occasion d'un colloque sur «La résistance du droit africain à la modernisation», le Professeur Xavier Blanc-Jouvan soulignait qu'il était de «l'intérêt général d'élaborer une sorte de droit commun des contrats pour éviter les difficultés pratiques nées de la diversité des législations en même temps que de permettre le développement de la science juridique».⁹ Il concluait à l'urgence d'avoir un droit uniforme, nouveau et original, bâti sur un compromis grâce à des concessions réciproques mais élaboré en commun.

L'avant-projet d'acte uniforme présenté par le Pr. Fontaine répond à cette exigence d'un droit unifié des contrats. En effet, même si le document de l'avant projet propose deux champs d'application optionnels¹⁰, à savoir d'une part, une application à tous les contrats (excepté les contrats régis par le code de la consommation) et d'autre part, une application aux seuls contrats commerciaux, il n'en demeure pas moins que le rédacteur suggère fortement la première solution. Ce qui signifie que l'esprit de l'avant projet s'inscrit dans une uniformisation de *tout* le droit des contrats.

Composé de treize chapitres, l'avant projet porte sur l'essentiel des éléments du contrat tels que sa formation, son contenu et les droits des tiers, son interprétation, sa validité, son exécution et son inexécution ainsi que les divers régimes et modalités de l'obligation (obligations conditionnelles, solidaires et alternatives), la circulation de l'obligation (cession des créances, cession des dettes, cession des contrats), la protection des créanciers et des tiers (prescription, action oblique, inopposabilité et simulation). Il cristallise certaines avancées jurisprudentielles du droit des obligations et a vocation à favoriser la modernisation du droit des contrats.

Aujourd'hui, l'avant-projet est paralysé. A l'instar du projet d'intégration du droit du travail, il n'a pas rencontré l'enthousiasme qu'il pouvait espérer. Demi-

8 J. Selon & E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil 1804*, Bordeaux, 1998, p. 53 (ci-après: '*Dicours préliminaire*'): «le commerce ordinaire de la vie civile, uniquement réduit aux engagements contractés entre des individus que leurs besoins mutuels et certaines convenances rapprochent, ne doit pas être confondu avec le commerce proprement dit dont le ministère est de rapprocher les nations et les peuples, de pourvoir aux besoins de la société universelle des hommes. Cette espèce de commerce, dont les opérations sont presque toujours liées aux grandes vues de l'administration et de la politique, doit être régie par des lois particulières, qui ne peuvent entrer dans le plan d'un code civil. L'esprit de ces lois diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles.»

9 X. Blanc-Jouvan, 'La résistance du droit africain à la modernisation, Acte du colloque de Dakar, 5-9 juillet 1977', *Revue Sénégalaise de Droit* 1977, p. 33.

10 Ainsi, deux rédactions différentes de l'article premier, définissant le champ d'application de l'acte uniforme sont proposées. La première rédaction dispose: «Les dispositions du présent Acte Uniforme s'appliquent à tous les contrats, sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'Acte Uniforme sur le contrat de consommation». La seconde est ainsi formulée: «Les dispositions du présent Acte Uniforme s'appliquent aux contrats conclus entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales».

succès ou demi-échec, le constat à ce stade est que cette première tentative a été infructueuse.

Et pour cause, le projet, sans forcément en donner l'air, est allé plus loin qu'il n'en fallait.

B.2 A l'ambition démesurée

L'échec (pour l'instant) de l'intégration du droit des contrats semble visiblement avoir pour cause, l'ambition démesurée de ses initiateurs, tant en ce qui concerne le champ d'application, qu'en ce qui concerne la technique utilisée.

Relativement au champ d'application, il est important, pour comprendre cette réfraction du droit des contrats à l'uniformisation, de se rappeler que tout projet d'intégration est d'abord une entreprise incertaine. Portalis le soulignait déjà avant l'adoption du code civil de 1804 en ces termes: «Comment donner les mêmes lois à des hommes qui, quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat, et avaient des habitudes si différentes? Comment extirper des coutumes auxquelles on était attaché comme à des privilèges?». ¹¹ Ensuite, une telle difficulté est renforcée lorsque le domaine à intégrer est trop empreint de tradition comme le droit des contrats. La cause fondamentale de la difficulté rencontrée en matière d'intégration du droit des contrats dans l'espace OHADA est que les initiateurs sont enclins à traiter indistinctement les deux catégories de contrats: contrats d'affaires et contrats de droit commun. Or, si l'intégration des premiers se défendait aisément, il faut vite faire remarquer qu'il n'en va pas de même pour les seconds, le droit commun des contrats se prêtant plus difficilement à l'uniformisation. En effet, l'uniformisation qui s'emploie à «instaurer dans toutes les matières juridiques choisies par les Etats concernés, une réglementation unique», ¹² impose que, une fois adopté, le futur acte uniforme devienne le droit commun national des contrats, qu'il s'agisse de contrats civils ou des contrats commerciaux. En procédant ainsi, l'OHADA dénierait aux Etats membres le droit à un minimum de particularismes nationaux justifiés par l'appartenance à des cultures juridiques différentes, à des niveaux de développement différents, etc.

Et c'est en cela qu'est mise en cause la méthode d'intégration utilisée qui vise une intégration maximale du droit des contrats sans laisser subsister des divergences entre les Etats membres. La crainte d'une intégration hégémonique fonde la résistance à instaurer une véritable uniformisation de tout le droit des contrats. Une telle attitude réfractaire des Etats était déjà prégnante aux balbutiements de l'OHADA et faisait déjà écrire à D. Ndoye que «la protection d'un investissement quelconque ne peut avoir plus d'importance que les droits de tout un peuple, l'osmose des deux étant le socle du développement. L'harmonisation du droit des affaires n'implique pas nécessairement les institutions qui l'accompagnent et qui dévient aux peuples africains non pas leur

11 J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*, supra note 8, p. 14.

12 R. Nemedeu, 'OHADA: de l'harmonisation à l'unification du droit des affaires en Afrique', Intervention au CRDP (faculté de droit de Nancy), 19 janvier 2005, disponible à <www.ohada.com> (ci-après: 'Harmonisation').

souveraineté qui n'est qu'une expression abstraite, mais leur vocation à un minimum de contrôle sur les choix relatifs à leur destin, ainsi qu'à une justice impartiale et égale pour tous et à la portée de tous». ¹³ Cette observation qui portait sur les institutions n'épargne pas le droit matériel de l'OHADA et corroborait l'idée du doyen J. Carbonnier qui écrivait «[qu'] il pourrait sembler expédient de se demander s'il n'existerait pas des terrains qui, par nature, serait interdits au droit communautaire». ¹⁴ Le droit des contrats civils, à défaut d'être un terrain interdit à la communautarisation, se prêterait difficilement à l'uniformisation.

Il faut reconnaître, avec M. Delmas-Marty, que l'intégration de droits hétérogènes doit obéir à un équilibre nécessaire entre cet objectif d'intégration et la préservation de l'identité des communautés dont les droits sont intégrés. Car, «le curseur définissant le degré de dissolution du droit national dans un droit hybride ne doit en aucun cas dépasser le point de rupture au-delà duquel l'objectif à atteindre par la norme commune substituée à la norme nationale n'est plus réalisable par l'un des Etats participant à l'œuvre d'uniformisation». ¹⁵

Ne point entreprendre d'uniformisation en droit général, notamment en droit des contrats, sauf à y voir une loi modèle que les Etats peuvent adopter comme loi nationale, est une précaution déjà suggérée. ¹⁶ L'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats aurait-il ignoré cette vertu de la prudence? Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'au stade actuel, l'intégration de ce pan du droit des affaires demeure encore possible. Mais pour y arriver, il conviendra d'adopter une démarche plus raisonnable.

C. Possibilité d'intégration raisonnable du droit des contrats d'affaires

Pour parvenir à une intégration du droit des contrats dans un espace géographique de seize Etats démographiquement, socialement, économiquement et culturellement différents, il est impératif de ne retenir que le minimum nécessaire et y procéder avec douceur et méthode. Si acte uniforme sur le droit des contrats il doit y avoir, il importe de lui ouvrir un champ d'application

13 D. Ndoye, 'Le Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel', Ohadata D-06-41, disponible à <www.ohada.com/Ohadata/D-06-41>. D'autres auteurs reconnaissent comme l'avocat sénégalais D. Ndoye la nécessité de tenir compte des législations nationales irréductibles. Ainsi, pour le Professeur J. Issa-Sayegh, «la volonté d'uniformiser, aussi puissante soit-elle, se heurte également à des contraintes techniques irréductibles qui obligent à respecter le droit national des Etats parties, soit à travers le droit commun, soit à travers des règles spéciales», J. Issa-Sayegh, 'Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA', Ohadata D-02-11, disponible à <www.ohada.com/doctrine/Ohadata/D-02-11>.

14 J. Carbonnier, 'Droit et passion du droit sous la Vème République', *Flammarion forum* 1996, p. 52.

15 M. Delmas-Marty, 'Critique de l'intégration normative', PUF, Coll. Les voies du droit 2004, p. 191.

16 J. Issa-Sayegh & P.G. Pougoue, 'L'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions', communication au colloque de Ouagadougou, portant sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, 15-17 novembre 2007, Ohadata D-09-26, disponible à <www.ohada.com/doctrine/Ohadata/D-09-26>.

raisonnable par le choix de l'intégration du droit des contrats d'affaires (C.1) et par celui d'une méthode adaptée d'intégration (C.2).

C.1 *Le choix de l'intégration du droit des contrats d'affaires*

«Ne légiférer qu'en tremblant [...]», prêchait le doyen Carbonnier.¹⁷ «Il ne s'agit pas de légiférer pour légiférer», renchérisait le professeur Issa-Sayegh.¹⁸ Des invites qui visent à la précaution dans toute œuvre législative en général, et intégrative en particulier. Dans la matière qui nous préoccupe aujourd'hui, seule une délimitation précise et prudente du champ d'application du futur acte uniforme peut garantir son aboutissement et son efficacité. Or, l'ambiguïté terminologique du projet d'acte uniforme à réaliser n'a pas permis de saisir aisément ses contours. Ainsi, peut se comprendre que l'auteur principal ait proposé deux rédactions différentes pour l'Art. portant sur le champ d'application. L'intitulé «acte uniforme OHADA sur le droit des contrats» n'indique pas nécessairement s'il s'agit d'une intégration du droit du contrat (théorie générale des contrats civils ou commerciaux), ou d'une intégration du droit des contrats *d'affaires* (imposant elle-même un choix entre l'élaboration d'un droit *commun du contrat d'affaires* ou celle d'un *droit special des contrats d'affaires*).

Une délimitation doit d'abord être faite par rapport aux contrats civils; ensuite quant aux contrats commerciaux, ensuite par rapport à certains éléments du droit processuel et procédural, ainsi qu'à certains régimes des obligations.

Le domaine civil, sauf s'il est absolument indispensable à l'efficacité de l'intégration, doit être préservée de l'uniformisation. L'exclusion des contrats civils du champ d'application futur acte uniforme est une manière de ménager la souveraineté des Etats dans les domaines cruciaux tels que le droit des personnes, le droit des biens non économiques, le droit judiciaire. Par exemple, dans son article précité, le Pr. Issa-Sayegh énumère un certains nombre de domaines qui dépendent étroitement des particularités des Etats tels que le domaine de la procédure, la détermination d'une quotité cessible et saisissable des salaires, les biens et les personnes saisissables, le quantum de l'exécution provisoire, le caractère exécutoire des décisions de justice et autres titres, les règles de compétence judiciaire.¹⁹

Une telle prudence permet également de préserver les particularismes juridiques des Etats membres actuels et des futurs adhérents. En effet, il faut noter que «la tradition juridique commune du noyau des Etats fondateurs, en même temps qu'elle épargne au système une contrariété entre les spécificités nationales des Etats membres, a marqué le droit uniforme de sa teinte civiliste».²⁰

17 J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 2001, p. 50.

18 J. Issa-Sayegh, 'L'extension du champ de l'OHADA', Communication au colloque ARPEJE/IDEF, Porto Novo, 3-5 mai 2004, Ohadata D-04-03, p. 4, disponible à <www.ohada.com/doctrine/Ohadata/D-04-03> (ci-après: 'OHADA').

19 Voir, pour plus de détails, J. Issa-Sayegh, *OHADA*, supra note 18.

20 U. Babongeno, 'OHADA: Projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique à l'épreuve de la consolidation et de l'élargissement', Ohadata D-05-25, p. 14, disponible à <www. Ohada.com>.

Or, même si les Etats lusophones et hispanophones sont très proches de la tradition juridique civiliste qui demeure pour l'heure la tradition dominante du système OHADA, force est de reconnaître que le Cameroun appartient partiellement à la common law, système juridique différent du système romano-germanique. Par ailleurs, dans sa vocation à s'étendre tous les Etats africains, l'OHADA pourra théoriquement accueillir d'autres pays de la Common Law et des pays de droit islamique. Comment préserver ces spécificités culturelles et de traditions juridiques si l'OHADA en arrivait à intégrer tout le droit des contrats? Le rite malékite des Etats de tradition juridique d'inspiration islamique irradie tout le droit des contrats, civils ou commerciaux en raison de la prohibition de la «ribat». Comment le prendre en charge dans un acte uniforme?

Toutefois, même si le choix de l'uniformisation du seul droit des contrats d'affaires est la position qui semble la plus raisonnable compte tenu des raisons sus-évoquées, d'autres considèrent l'argument de la compétence matérielle de l'OHADA comme un argument inopérant et plaident pour une application du futur acte uniforme tant aux contrats civils que commerciaux. L'existence et les justifications d'une telle position ont été clairement exprimées dans la note explicative du projet élaboré par le Professeur Fontaine. Ces personnes rencontrées par le Pr. Fontaine lors de ses séries de consultations estiment notamment «qu'il n'y a pas de théorie générale des contrats commerciaux et la seule théorie générale des contrats existantes est celle se trouvant actuellement dans le code civil [...] le débat sur la commercialité est dépassé. Des codes ou lois couvrant l'ensemble des obligations tant civiles que commerciales existent déjà dans plusieurs pays telles que la Suisse et l'Italie, mais aussi le Sénégal et le Mali».²¹ C'est simplement oublier que l'OHADA a vocation à n'harmoniser que le droit des affaires. Et jusqu'à preuve du contraire, le contrat d'affaires est un contrat spécial appelant un droit spécial. Même s'il peut être difficile de dire ce qu'est un contrat d'affaires. Il est plus facile d'en faire une énumération que d'en donner une définition générique.

Le respect par l'OHADA de ses limites *ratio materiae* paraît essentiel. L'intégration du seul droit des contrats d'affaires semble être la solution la meilleure pour l'aboutissement du projet d'acte uniforme sur le droit des contrats. Au demeurant, l'OHADA n'innoverait guère en procédant de la sorte. L'intégration du marché des assurances au sein de la CIMA, du droit financier et du droit bancaire au sein de l'UEMOA emporte l'élaboration de droits spéciaux de contrats d'affaires pour les assurances, l'ouverture de compte, l'utilisation d'instruments électroniques de paiement. L'OHADA pourrait approfondir cette intégration en envisageant un droit de la distribution (avec un encadrement du contrat de franchise, de distribution sélective, de concession commerciale,...), un droit de la sous-traitance.

Face à la difficulté sur les limites exactes de l'intégration en matière de droit du contrat, seule une méthode adaptée, prenant en compte tous les outils modernes d'intervention du juriste, permettra de doter un jour l'espace OHADA d'un droit intégré des contrats.

21 M. Fontaine, *Acte uniforme*, supra note 7, p. 12.

C.2. *Le choix d'une méthode adaptée d'intégration du droit des contrats d'affaires*

Il s'agit moins d'analyser les diverses techniques d'intégration proprement dites et qui consisterait à opter pour un élément du traditionnel diptyque uniformisation/harmonisation;²² l'OHADA ayant déjà posé d'autorité aux Arts. 5 alinéa 1, et 10 du traité OHADA le choix de l'uniformisation. Plus modestement, il s'agit de présenter, à travers quelques principes de légistique et de techniques de l'ingénierie juridique, des pistes pour une intégration harmonieuse, car comme le rappelait l'un des meilleurs légistes d'autrefois, «de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir [...]».²³

Il est utile, pour donner au futur acte uniforme relatif aux «contrats d'affaires» sa chance d'effectivité et de longévité (pour le préserver de révisions sôt adoptés!), de sérier deux éléments:

- L'insertion d'un futur acte uniforme dans le *corpus juris* existant et à venir;
L'insertion harmonieuse d'un éventuel acte uniforme dans le *corpus juris* existant constitue une exigence légistique fondamentale et les récentes réformes des actes uniformes relatifs au droit commercial général et à l'organisation des sûretés témoignent de la nécessité d'une mise en cohérence entre d'une part, les règles OHADA entre elles, et d'autre part entre le droit OHADA et le droit national. Ainsi, sachant par exemple que la vente commerciale et le contrat de transport de marchandises par route ont déjà fait l'objet de réglementation dans le cadre OHADA, il convient de veiller à prendre en compte ces droits spéciaux des contrats d'affaires.
Par ailleurs, les actes uniformes sur le droit du travail et sur le droit de la consommation, s'ils venaient à exister toucheraient inévitablement certains aspects du droit uniforme des contrats d'affaires. Il est donc impératif d'avoir d'ores et déjà à l'esprit cette articulation. Or, si le futur acte uniforme sur le contrat de consommation est déjà pris en compte par ce projet actuel d'intégration du droit des contrats, il n'en est pas de même de celui sur le droit du travail.
- La conciliation entre les principes d'UNIDROIT et les réalités africaines
Il a été préconisé d'aligner le futur acte uniforme sur les principes d'UNIDROIT, ces derniers ayant le mérite de la modernité et d'une large aura sur la scène internationale confortée par une pratique déjà éprouvée sous certains cieux.
Une intégration du droit des contrats est nécessaire si l'on sait que le droit des obligations des pays africains n'a presque pas évolué depuis les indépendances. Une modernisation s'impose de toute évidence, et l'adoption d'un Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats inspiré des principes d'UNIDROIT en serait l'occasion. Toutefois, il faut veiller à ce que ces

22 J. Issa-Sayegh, *OHADA*, *supra* note 18; R. Nemedeu, *Harmonisation*, *supra* note 13; I. F. Kamdem, 'Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique', *rev. dr. unif.* 2008, p. 709.

23 J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*, *supra* note 8, p. 13.

principes tiennent compte des réalités sociales, économiques et culturelles des Etats membres de l'OHADA.

C'est ainsi que sur le plan économique une attention particulière doit être prêtée à l'informel ou au secteur informel. En effet, les statistiques montrent que ce secteur, en raison de son poids économique, demeure une réalité non négligeable et occupe une place de choix dans les pays en voie de développement en général et les pays africains en particulier.

Selon l'Organisation Internationale du Travail, «on estime que, au cours des dix dernières années, 90 pour cent des nouveaux emplois en Afrique ont été créés dans l'économie informelle».²⁴ Cette tendance n'est pas spécifique à l'Afrique puisque, selon le même document, «à l'échelle mondiale, environ la moitié des travailleurs sont occupés dans l'économie informelle, laquelle, dans certains pays comme le Bangladesh, le Mali, le Népal et le Pakistan, représente 70 pour cent de l'emploi total».²⁵

Sur le plan social aussi cette même dynamique est observée. D'après une étude commandée par le BIT, «le secteur informel, antérieurement considéré à priori comme un «accident» transitoire du processus de construction d'une économie moderne dans les pays en voie de développement, a révélé par la suite une dynamique d'expansion et de renforcement de son rayon d'action qui fournit des raisons objectives de penser qu'il continuera durablement à occuper une part importante de la population active».²⁶

Par ailleurs, il faut souligner la nécessité pour les initiateurs du futur Acte Uniforme sur le droit des contrats de prendre en considération, s'ils veulent gagner le pari, un certain nombre de valeurs largement partagées. Ces valeurs qui ont, entre autres, pour nom l'éthique, la protection de la partie faible, la bonne foi, solidarité... sont en effet largement défendues par la doctrine solidariste.²⁷ Leur mise en évidence dépendra d'une utilisation rationnelle des techniques de l'ingénierie juridique d'intervention qui imposent la réalisation d'un audit des institutions, des normes et des acteurs afin d'alimenter une stratégie partagée par l'ensemble des acteurs pour aboutir à un dispositif juridique d'encadrement des contrats d'affaires accepté par tous.

24 Quatre vingt dixième conférence internationale du travail (90ème) le travail décent dans l'économie informelle, communiqué de presse (BIT/02/25, 31 mai 2002), disponible à www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--fr/WCMS_008370/index.htm.

25 Quatre vingt dixième conférence internationale du travail (90ème) Communiqué de presse précité (consulté le 3 avril 2010); voir aussi Rapport VI: 'Travail décent et économie informelle', Conférence internationale du Travail, 90ème session, juin 2002, Bureau international du Travail, Genève.

26 S. Kante, 'Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone', Bureau international du Travail, Genève, 2002, secteur de l'emploi 2002/15, document de travail sur l'économie informelle, p. 11.

27 Pour des détails sur cette théorie, Cf. A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2006.