

**PRINCIPES OHADAC RELATIFS AUX CONTRATS DU
COMMERCE INTERNATIONAL**

2015

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	11
PRÉAMBULE	29
CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES	39
Article 1.1 : <i>Liberté contractuelle</i>	39
Article 1.2 : <i>Pacta sunt servanda</i>	40
Article 1.3 : <i>Déclarations et notifications</i>	43
Article 1.4 : <i>Computation des délais</i>	44
CHAPITRE 2 : FORMATION DU CONTRAT	49
Section 1 : Offre et acceptation.....	49
Article 2.1.1 : <i>Formation du contrat</i>	49
Article 2.1.2 : <i>Définition de l'offre</i>	51
Article 2.1.3 : <i>Offre et invitatio ad offerendum</i>	58
Article 2.1.4 : <i>Effets de l'offre</i>	62
Article 2.1.5 : <i>Révocation de l'offre</i>	63
Article 2.1.6 : <i>Définition de l'acceptation</i>	67
Article 2.1.7 : <i>Délai d'acceptation</i>	72
Article 2.1.8 : <i>Modification de l'acceptation</i>	76
Article 2.1.9 : <i>Clauses-types</i>	79
Article 2.1.10 : <i>Conflit entre clauses-types</i>	82
Section 2 : Lieu et moment de la formation du contrat	87
Article 2.2.1 : <i>Moment de la formation du contrat</i>	87
Article 2.2.2 : <i>Lieu de la formation du contrat</i>	90
Section 3 : Représentation	90
Article 2.3.1 : <i>Domaine d'application</i>	90
Article 2.3.2 : <i>Octroi du pouvoir</i>	96
Article 2.3.3 : <i>Représentation divulguée</i>	101

Article 2.3.4 : <i>Représentation non divulguée</i>	106
Article 2.3.5 : <i>Représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs</i>	109
Article 2.3.6 : <i>Conflit d'intérêts</i>	112
Article 2.3.7 : <i>Substitution de représentant</i>	116
Article 2.3.8 : <i>Pouvoir conjoint</i>	118
Article 2.3.9 : <i>Ratification</i>	120
Article 2.3.10 : <i>Extinction et restriction du pouvoir</i>	127
CHAPITRE 3 : VALIDITÉ DU CONTRAT	131
Section 1 : Dispositions générales	131
Article 3.1.1 : <i>Validité par seul accord</i>	131
Article 3.1.2 : <i>Liberté quant à la forme</i>	133
Article 3.1.3 : <i>Impossibilité initiale</i>	135
Section 2 : Capacité	137
Article 3.2.1 : <i>Capacité</i>	137
Section 3. Illicéité.....	138
Article 3.3.1 : <i>Illicéité</i>	138
Section 4 : Consentement vicié	142
Article 3.4.1 : <i>Vices du consentement</i>	142
Article 3.4.2 : <i>Nature impérative ou supplétive des règles</i>	146
Article 3.4.3 : <i>Erreur</i>	148
Article 3.4.4 : <i>Erreur dans l'expression</i>	160
Article 3.4.5 : <i>Perte du droit à l'annulation</i>	163
Article 3.4.6 : <i>Dol</i>	165
Article 3.4.7 : <i>Contrainte</i>	171
Article 3.4.8 : <i>Abus de faiblesse ou de dépendance</i>	174
Article 3.4.9 : <i>Vices causés par un tiers</i>	180
Section 5. Annulation	182
Article 3.5.1 : <i>Droit d'annuler le contrat</i>	182
Article 3.5.2 : <i>Confirmation du contrat annulable</i>	188
Article 3.5.3 : <i>Droit à la restitution</i>	191
CHAPITRE 4 : INTERPRÉTATION ET CONTENU DU CONTRAT	197
Section 1 : Interprétation des clauses du contrat	197

Article 4.1.1 : In claris non fit interpretatio	197
Article 4.1.2 : <i>Critère général d'interprétation</i>	201
Article 4.1.3 : <i>Principe contra proferentem</i>	208
Article 4.1.4 : <i>Favor negotii</i>	211
Article 4.1.5 : <i>Interprétation systématique</i>	212
Article 4.1.6 : <i>Divergences entre les versions linguistiques</i>	213
Section 2 : Contenu du contrat.....	214
Article 4.2.1 : <i>Omissions</i>	214
Article 4.2.2 : <i>Modification sous une forme convenue</i>	218
Article 4.2.3 : <i>Clause d'intégralité</i>	220
Section 3 : Obligations contractuelles	222
Article 4.3.1 : <i>Obligations de résultat et obligations de moyens</i>	222
Article 4.3.2 : <i>Critères de qualification de l'obligation</i>	230
Article 4.3.3 : <i>Qualité de la prestation</i>	237
Article 4.3.4 : <i>Détermination du prix</i>	241
Article 4.3.5 : <i>Obligation conditionnelle</i>	247
Article 4.3.6 : <i>Nullité des obligations conditionnelles</i>	252
Article 4.3.7 : <i>Effets des conditions</i>	257
Article 4.3.8 : <i>Ingérence d'une partie dans la condition</i>	264
Section 4 : Pluralité de parties.....	268
Article 4.4.1 : <i>Pluralité de débiteurs</i>	268
Article 4.4.2 : <i>Source de la solidarité entre les débiteurs</i>	270
Article 4.4.3 : <i>Solidarité variable entre débiteurs</i>	271
Article 4.4.4 : <i>Droits du créancier</i>	271
Article 4.4.5 : <i>Effets de l'exécution ou de la réclamation partielle</i>	272
Article 4.4.6 : <i>Moyens de défense opposables</i>	273
Article 4.4.7 : <i>Extinction d'une obligation solidaire</i>	275
Article 4.4.8 : <i>Rapports entre débiteurs solidaires</i>	277
Article 4.4.9 : <i>Recours contributoire et subrogation</i>	278
Article 4.4.10 : <i>Solidarité de créanciers</i>	281
Article 4.4.11 : <i>Source de la solidarité entre créanciers</i>	282
Article 4.4.12 : <i>Solidarité variable entre créanciers</i>	283
Article 4.4.13 : <i>Droits du débiteur</i>	283
Article 4.4.14 : <i>Moyens de défense et extinction de l'obligation du débiteur</i>	284

Article 4.4.15 : <i>Recours entre créanciers</i>	286
CHAPITRE 5 : EFFETS DU CONTRAT	289
Section 1 : Durée du contrat	289
Article 5.1.1 : <i>Contrats à durée indéterminée</i>	289
Article 5.1.2 : <i>Contrats à durée déterminée</i>	293
Section 2 : Effets à l'égard des tiers.....	299
Article 5.2.1 : <i>Stipulation en faveur d'un tiers</i>	299
Article 5.2.2 : <i>Clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité</i>	305
Article 5.2.3 : <i>Révocation d'une stipulation en faveur d'un tiers</i>	307
Article 5.2.4 : <i>Moyens de défense opposables</i>	310
CHAPITRE 6 : EXÉCUTION DU CONTRAT	313
Section 1 : Dispositions générales	313
Article 6.1.1 : <i>Lieu d'exécution</i>	313
Article 6.1.2 : <i>Moment d'exécution</i>	316
Article 6.1.3 : <i>Exécution avant l'échéance</i>	320
Article 6.1.4 : <i>Ordre d'exécution</i>	323
Article 6.1.5 : <i>Exécution partielle</i>	325
Article 6.1.6 : <i>Exécution par un tiers</i>	329
Article 6.1.7 : <i>Moyens de paiement</i>	331
Article 6.1.8 : <i>Monnaie de paiement</i>	332
Article 6.1.9 : <i>Imputation du paiement</i>	335
Article 6.1.10 : <i>Refus de recevoir l'exécution</i>	340
Article 6.1.11 : <i>Autorisations publiques</i>	345
Article 6.1.12 : <i>Coûts de l'exécution</i>	348
Section 2 : Compensation.....	348
Article 6.2.1 : <i>Condition et effets de la compensation</i>	349
Article 6.2.2 : <i>Dettes susceptibles de compensation</i>	357
Article 6.2.3 : <i>Dettes payables dans des lieux différents</i>	362
Article 6.2.4 : <i>Pluralité de dettes</i>	363
Section 3 : <i>Hardship</i>	364
Article 6.3.1 : <i>Hardship</i>	364
Article 6.3.2 : <i>Mise en échec de la finalité du contrat</i>	380

CHAPITRE 7 : INEXÉCUTION DU CONTRAT	383
Section 1 : Dispositions générales	383
Article 7.1.1 : <i>Concept d'inexécution</i>	383
Article 7.1.2 : <i>Inexécution essentielle</i>	389
Article 7.1.3 : <i>Action en inexécution</i>	392
Article 7.1.4 : <i>Suspension de l'exécution</i>	395
Article 7.1.5 : <i>Correction par le débiteur</i>	399
Article 7.1.6 : <i>Délai d'exécution supplémentaire</i>	402
Article 7.1.7 : <i>Clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité</i>	406
Article 7.1.8 : <i>Force majeure</i>	412
Section 2 : Droit à l'exécution	420
Article 7.2.1 : <i>Portée du droit à l'exécution</i>	420
Article 7.2.2 : <i>Exécution d'obligations non pécuniaires</i>	426
Section 3 : Résolution	431
Article 7.3.1 : <i>Droit à la résolution du contrat</i>	431
Article 7.3.2 : <i>Inexécution anticipée et insuffisance de garanties</i>	436
Article 7.3.3 : <i>Exercice de la résolution</i>	440
Article 7.3.4 : <i>Effets de la résolution</i>	444
Article 7.3.5 : <i>Cumul avec des dommages-intérêts</i>	450
Section 4 : Dommages-intérêts	452
Article 7.4.1 : <i>Droit aux dommages-intérêts</i>	452
Article 7.4.2 : <i>Extension du préjudice indemnisable</i>	462
Article 7.4.3 : <i>Atténuation du préjudice</i>	465
Article 7.4.4 : <i>Préjudice imputable au créancier</i>	468
Article 7.4.5 : <i>Calcul du préjudice</i>	470
Article 7.4.6 : <i>Dommages-intérêts moratoires</i>	473
Article 7.4.7 : <i>Clauses de liquidation des dommages-intérêts</i>	479
CHAPITRE 8 : CESSION	485
Section 1 : Cession de droits	485
Article 8.1.1 : <i>Champ d'application</i>	485
Article 8.1.2 : <i>Conditions relatives aux droits cédés</i>	487
Article 8.1.3 : <i>Conditions relatives aux parties</i>	490

Article 8.1.4 : <i>Effets de la cession</i>	495
Article 8.1.5 : <i>Situation du débiteur</i>	499
Article 8.1.6 : <i>Situation du cédant</i>	503
Article 8.1.7 : <i>Situation du cessionnaire</i>	505
Section 2 : Cession d'obligations	514
Article 8.2.1 : <i>Domaine d'application</i>	514
Article 8.2.2 : <i>Types de cession</i>	517
Article 8.2.3 : <i>Conditions relatives aux obligations cédées</i>	520
Article 8.2.4 : <i>Conditions relatives aux parties</i>	521
Article 8.2.5 : <i>Libération du débiteur initial</i>	526
Article 8.2.6 : <i>Obligation subsidiaire du débiteur initial</i>	531
Article 8.2.7 : <i>Obligation solidaire entre le débiteur et le cessionnaire</i>	533
Section 3 : Cession de contrat	545
Article 8.3.1 : <i>Domaine d'application</i>	545
Article 8.3.2 : <i>Conditions relatives aux parties</i>	546
Article 8.3.3 : <i>Effets de la cession</i>	549
Article 8.3.4 : <i>Régime de la cession</i>	551
CHAPITRE 9 : PRESCRIPTION	557
Article 9.1 : <i>Droits et actions susceptibles de prescription</i>	557
Article 9.2 : <i>Délais de prescription</i>	561
Article 9.3 : <i>Suspension de la prescription</i>	568
Article 9.4 : <i>Nouveau délai de prescription par reconnaissance</i>	575
Article 9.5 : <i>Effets de la prescription</i>	578
Article 9.6 : <i>Renonciation à la prescription</i>	581
Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international (Blackletter rules)	584

ABRÉVIATIONS

CG	Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationales de marchandises
CESL	Droit commun européen de la vente contenu dans la Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011
CVIM/CISG	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (Projet du Cadre Commun de Référence)
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OHADAC	Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe
MARC	Modes Alternatifs de Résolution des Conflits
PECL	Principes du Droit Européen des Contrats (Principes de la Commission Lando)
PU	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international
UCC	<i>Uniform Commercial Code (USA)</i>
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé

INTRODUCTION

1. Origine des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international

L'OHADAC (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe) est une institution créée essentiellement en vue du rapprochement, de l'harmonisation ou de l'unification du droit des affaires dans le cadre géographique des pays caribéens. L'harmonisation est considérée comme le moyen essentiel pour permettre de faciliter et d'intensifier les échanges commerciaux dans cet espace régional ainsi que, à long terme, pour rassembler les efforts afin de renforcer son rôle dans le marché mondial, tout en resserrant les liens économiques et politiques entre les pays de la région.

La Caraïbe est une région stratégique caractérisée par une diversité politique marquée, dont l'espace géographique est d'un grand intérêt pour le commerce international, étant donnée sa proximité avec de grandes économies développées (États-Unis) ou émergentes (Mexique, Brésil, Colombie, etc.). Néanmoins, malgré leur proximité, qui se produit parfois entre certains micro-États qui partagent la même île (Saint Martin/Sint Marteen), les États caribéens ne sont pas parvenus à établir une communication étroite d'un point de vue juridique ou économique, ce qui nuit à leurs rapports commerciaux et ferme la porte à des alliances stratégiques capables de renforcer leur position commune dans la région.

Le projet OHADAC est né à la suite d'une conférence qui s'est tenue à Pointe-à-Pitre (Guadeloupe) le 15 mai 2007, organisée par le CARICOM, les Chambres de Commerce et d'Industrie de la Caraïbe, le Conseil Régional de Guadeloupe et la Chambre de Commerce et d'Industrie de Pointe-à-Pitre. La Guadeloupe a été à la tête d'une initiative des départements français d'outremer, avec le soutien des fonds de coopération régionale et des fonds européens « INTERREG », et a joué de ce fait un rôle central dans la mise en application de ce projet. Cela a permis, par la même occasion, de définir le système de participation d'autres pays à travers la constitution de sections régionaux et nationaux des associations « ACP Légal », une organisation non gouvernementale qui dispose aujourd'hui des représentations dans divers pays de la région.

En juin 2008, une deuxième conférence OHADAC a eu lieu à Port-au-Prince afin de définir les priorités en matière d'harmonisation, et en juin 2010, l'OHADAC a été le sujet principal du Congrès Latino-Américain et Caribéen d'Arbitrage Commercial International, qui s'est tenu à La Havane et qui s'est conclu par la « Déclaration de La

Havane »¹, une sorte de formalisation de la volonté de promouvoir et de faire progresser l'idée de l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe. De même, en

¹ Voici le texte de la déclaration : « *Les participants au Congrès latino-américain et caribéen d'arbitrage commercial international, persuadés que le processus d'intégration régionale caribéen est une voie pour avancer vers un processus universel de globalisation bien équilibré et respectueux des intérêts de tous les Etats qui constituent la Communauté internationale ; convaincus que l'harmonisation juridique du droit commercial est un instrument efficace pour développer le commerce international et régional avec une plus grande sécurité juridique et minimiser ses coûts en facilitant les échanges commerciaux, le développement des économies nationales et leur intégration progressive ; conscients que les pays de la région latino-américano-caribéenne peuvent générer des courants de confiance et de relations mutuelles dans leur intérêt commun à travers des processus d'harmonisation juridique qui contribueraient à travers leur collaboration à renforcer la position internationale de la région dans les forums internationaux d'unification et d'harmonisation du droit international privé et du droit commercial ; valorisant l'importance d'expériences régionales d'harmonisation juridique telle celle constituée par l'OHADA ainsi que les autres processus régionaux d'intégration ; estimant adaptée la promotion de l'arbitrage dans le règlement des conflits juridiques dans la sphère commerciale et des investissements, comme un pilier fondamental d'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe ; DÉCLARENT : 1. Soutenir la promotion du projet OHADAC d'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe. 2. Convoquer les pays de la région latino-américano-caribéenne comme la Guadeloupe, la Martinique, la Dominique, la Guyane, Sainte-Lucie, Saint Vincent et les Grenadines... et tous ceux qui se joignent à cette initiative en réunissant tous les éléments nécessaires à la plus grande collaboration destinée à l'harmonisation des différentes règles de droit commercial. 3. Rechercher la coopération institutionnelle à ce projet des pays dont le système juridique a influencé de façon décisive la formation des différents systèmes juridiques nationaux en Amérique latine et dans la Caraïbe, comme celui des systèmes romano-germanique, français, espagnol, hollandais et de Common Law. 4. Émettre le vœu que d'autres pays de la zone latino-américaine rejoignent l'initiative OHADAC. 5. Demander à l'OHADAC de promouvoir et concevoir un système d'arbitrage commercial international institutionnel, doté d'une réglementation moderne et efficiente qui tienne compte des apports les plus récents du droit comparé, comble ses lacunes, et s'oriente vers une procédure arbitrale qui atteigne l'autonomie des parties, respecte la souveraineté des Etats, facilite un travail efficace des Arbitres, et garantisse le rendu de sentences arbitrales qui optimise la qualité de la justice, la sécurité juridique et l'efficacité de ces sentences. 6. Promouvoir dans l'ère Caraïbe les études de droit comparé, lesquelles, dans une perspective large, permettraient une connaissance mutuelle des systèmes juridiques respectifs qui facilitent un travail d'harmonisation juridique du droit des affaires. 7. Proposer à l'OHADAC d'introduire dans son agenda un catalogue de matières de droit positif dont l'harmonisation est considérée comme nécessaire pour atteindre les objectifs propres d'intégration juridique, singulièrement dans les domaines des contrats commerciaux, du transport, des registres commerciaux, des sociétés commerciales, des garanties et moyens de paiement, des droits de propriété industrielle, du droit de la concurrence, et des procédures d'exécution transfrontalière des crédits. 8. Collaborer aux objectifs signalés avec un respect exemplaire et absolu de la souveraineté des Etats, de la diversité des cultures, des valeurs et des conceptions politiques, par la recherche d'une coopération loyale qui rende faisable l'harmonisation juridique avec pour finalité ultime et principal intérêt commun, de promouvoir le progrès et la croissance économique des pays de la*

octobre 2010 un séminaire de formation en matière d'arbitrage commercial et d'investissement a eu lieu à Panama, déjà dans l'objectif de rédiger un Règlement OHADAC d'Arbitrage.

Dans le cadre des priorités établies par l'OHADAC, en 2013 quatre propositions d'actes normatifs ont finalement été retenus en matière de contrats, de sociétés, d'arbitrage et droit international privé, poursuivant des finalités différentes dans chaque cas. Les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international ont pour objectif de répondre aux besoins d'harmonisation soulevés par la première proposition d'acte normatif. Les travaux sur le projet ont commencé en novembre 2013 et ont pris fin en décembre 2014.

2. Le cadre territorial des présents Principes en tant que condition: le territoire "OHADAC"

Le Projet OHADAC, bien qu'inspiré de l'expérience OHADA, a été conscient dès le départ des aspects différenciant les deux organisations et qui empêchaient une simple importation de la stratégie suivie dans l'Afrique essentiellement francophone. Le Projet OHADAC a été confronté dès le début la diversité et hétérogénéité des pays de la Caraïbe, contrairement à l'OHADA, dont les pays partagent une tradition essentiellement commune.

Un aspect notable du contexte territorial des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international est le nombre important d'organisations internationales autour de la Caraïbe. Certains pays appartiennent à la Communauté des Caraïbes (CARICOM) ou le CARIFORUM, à l'Association des États de la Caraïbe (AEC), à l'Organisation des États de la Caraïbe Orientale (OECO), ou au Groupe de Rio et à la Communauté des États Latino-américains et Caraïbes (CELAC). Ces organisations ont pour objectif, même partiel, l'intégration économique. Plusieurs pays font partie d'organisations régionales qui dépassent les frontières de la Caraïbe, mais qui partagent les mêmes objectifs du point de vue de l'harmonisation juridique ou de l'intégration économique : l'ALADI, l'ALBA, l'OEA (CIDIP), le *Commonwealth*... Cette pluralité d'organisations internationales est similaire à celle qui caractérisait l'OHADA en Afrique. Cela n'a pas été un obstacle au succès d'une harmonisation internationale fondée sur les travaux d'une organisation spécifique telle que l'OHADA. L'OHADAC, bien qu'elle vise des résultats plus modestes que ceux de l'OHADA en Afrique, du

Région, en sus de l'amélioration des conditions de vie des peuples qui forment la Communauté Latino-Américaine et Caribéenne des Nations. »

moins dans un premier temps, cherche à contribuer au même objectif dans la zone de la Caraïbe et les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international constituent un pilier fondamental dans la poursuite de cet objectif.

Le territoire OHADAC concerne une trentaine d'États indépendants et plus de quarante territoires différents. Parmi les douze territoires continentaux, onze sont des États indépendants : Colombie, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Venezuela, Suriname, Guyana et Belize. La Guyane Française est une collectivité territoriale sous la souveraineté de la France. Les territoires insulaires se montrent plus nombreux et hétérogènes. D'une part on trouve des États indépendants : Cuba, République Dominicaine, Haïti, Antigua-et-Barbuda, Dominique, Grenade, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie, Bahamas, Barbade, Jamaïque et Trinité-et-Tobago. D'autre part, on trouve aussi des territoires soumis à la souveraineté de la France (départements d'outremer de Guadeloupe et Martinique et collectivités de Saint-Martin et Saint-Barthélemy), du Royaume-Uni (Anguilla, Îles Caïman, Îles Turques-et-Caïques, îles Vierges Britanniques, Montserrat et Bermudes, bien que ce dernier territoire ne fasse pas partie strictement de la Caraïbe), des Pays-Bas (Bonaire, Saint-Eustache et Saba, qui appartenaient aux petites Antilles néerlandaises, suite à leur nouveau statut acquis le 10 octobre 2010). Finalement, il convient de souligner le statut particulier de Porto Rico, État libre associé et non incorporé aux États-Unis, et celui de Curaçao, Aruba et Sint-Marteen en tant que territoires autonomes des Pays-Bas.

En termes politiques, l'OHADAC réunit un sixième des États de la communauté internationale et environ 260 millions d'habitants. L'héritage culturel et linguistique de ces pays est tout aussi varié que le degré de proximité qu'ils entretiennent avec les anciennes métropoles. Tandis que les États hispanophones ont une vieille tradition d'indépendance qui remonte au XIX^{ème} siècle dans tous les cas, plusieurs territoires de tradition française, anglaise ou néerlandaise font encore partie des États métropolitains ou ont obtenu leur indépendance pendant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle.

Cette diversité n'est pas seulement politique, mais également culturelle. Les territoires qui composent l'OHADAC montrent une grande variété linguistique : espagnol, français, anglais et néerlandais, ainsi que les langues indigènes, qui sont particulièrement répandues sur le continent, et les langues de métissage: créole et papiamentu. L'espagnol domine clairement sur le continent ainsi que dans des pays tels que le Belize, où si l'anglais est la seule langue officielle, l'espagnol est d'usage courant. Néanmoins, le néerlandais (Suriname) et le français (Guyane française) sont

également employés sur le continent. Une telle diversité linguistique n'est pas nécessairement culturelle mais laisse toutefois présager des différences notables dans le domaine juridique, qui ne sont pas toujours évidentes.

Les États continentaux et insulaires de la Caraïbe sont ancrés, en grande partie, dans la tradition juridique romano-germanique et leur droit des contrats suit la tradition juridique française et espagnole. Le droit français étend son influence au-delà des départements et collectivités d'outremer (Guadeloupe, Martinique, Saint-Martin et Saint-Barthélemy). Le droit des contrats haïtien, essentiellement compris dans le code civil, suit le modèle du droit civil français. De même, la République Dominicaine, qui est pourtant un pays hispanophone et de tradition coloniale et culturelle espagnole, mélange ses racines à la tradition française, en particulier dans le domaine juridique : ce n'est pas pour rien que son code civil est identique au code civil français. Sainte-Lucie maintient aussi une culture juridique partiellement française, influencée directement par le code civil québécois. Les territoires continentaux hispanophones (Colombie, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama et Mexique) partagent également l'héritage du Code Napoléon. Il convient de noter que ces pays, malgré leur tradition espagnole, ont majoritairement obtenu leur indépendance dans le premier quart du XIX^{ème} siècle, c'est-à-dire bien avant la promulgation du code civil espagnol en 1889. Évidemment, la tradition juridique et culturelle espagnole a été importante. Le fait que le code civil espagnol soit clairement inspiré du Code Napoléon estompe et confond les influences juridiques qui sont, en tous cas, largement courantes. De leur côté, Cuba et Porto Rico ont obtenu l'indépendance de l'Espagne en 1898, et le code civil espagnol a été en vigueur dans ces deux pays pendant des décennies, même après leur indépendance. Dans le cas de Porto Rico, l'influence des États-Unis a été tout aussi remarquable du point de vue juridique et cette influence est également croissante dans d'autres territoires de *common law* ou dans des pays tels que le Panama.

L'influence romano-germanique est également palpable dans les territoires, continentaux comme insulaires, sous la souveraineté ou de tradition néerlandaise et elle cohabite même avec la *common law* dans des territoires tels que le Guyana. L'ancien code civil néerlandais répondait au Code Napoléon et a été en vigueur aux Pays-Bas et dans ses territoires jusqu'à la réforme de 1992. Le nouveau code civil néerlandais a changé de cap pour s'inspirer de la tradition germanique, et plus particulièrement du code civil allemand (BGB), comme c'est le cas du code civil des Antilles néerlandaises et d'Aruba. Une telle évolution touche le droit des contrats applicable dans les territoires insulaires soumis au droit néerlandais à travers diverses

formules (Bonaire, Saint-Eustache, Saba, Aruba, Curaçao, Sint Maarten) autant que le droit des contrats de Suriname, qui est une république indépendante depuis 1975 mais qui a intégré le nouveau code civil néerlandais dans son ordre juridique.

L'influence de la *common law* est évidente, avant tout, dans les territoires soumis à la souveraineté britannique (Anguilla, îles Caïman, îles Turques-et-Caïques, îles Vierges Britanniques, Montserrat et Bermudes). Cette influence se retrouve également dans d'autres territoires souverains mais qui ont une histoire coloniale liée au Royaume-Uni. Sous l'égide de la *common law* se trouvent d'autres territoires indépendants qui, pour la plupart, font partie à la fois du *Commonwealth* et de l'Organisation des États de la Caraïbe Orientale (OECO), comme Antigua-et-Barbuda, Dominique, Grenade, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et Sainte-Lucie. D'autres font seulement partie du *Commonwealth* (Bahamas, Barbade, Jamaïque, Trinité-et-Tobago, Guyane et Belize). Les territoires caribéens du *Commonwealth* ont conservé une structure procédurale fidèle à la tradition britannique et organisée en trois degrés de juridiction. Dans la plupart de ces territoires il existe un tribunal de première instance généralement nommé *High Court* ainsi qu'une cour d'appel (*Court of Appeal*). Les pays qui font partie de l'Organisation des États de la Caraïbe orientale (Anguilla, Dominique, Grenade, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et Sainte-Lucie) ont intégré ces deux degrés de juridiction dans une institution juridictionnelle commune : *The Eastern Caribbean Supreme Court* (ECSC), dont le siège se trouve à Sainte-Lucie. Le troisième degré, la juridiction suprême, est représentée par le *Judicial Committee of the Privy Council*, dont le siège se trouve en Angleterre et qui a été remplacé dans certains États par la *Caribbean Court of Justice* (Barbade, Belize et Guyana), dont le siège se situe à Trinité-et-Tobago. Le maintien de la compétence du *Privy Council* a été l'objet d'un débat constant dans les milieux juridiques caribéens.

La *common law* s'applique dans les îles de la Caraïbe en raison de différents titres et origines historiques. La méthode de réception de la *common law* variait selon que les territoires s'étaient assujettis en vertu d'un accord (*settlement*) ou d'un droit de conquête ou de cession. Dans le premier cas (Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Montserrat, Saint-Christophe-et-Niévès), il était considéré que la réception de la *common law* s'était produite en vertu de l'accord lui-même, sans que de nouvelles dispositions légales aient été nécessaires. Par contre, en cas de conquête ou de cession, le principe général consistait à maintenir le droit en vigueur dans la colonie au moment de la conquête ou de la cession (Belize, Guyana, Grenade, Jamaïque, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie et Trinité-et-Tobago), si bien que l'incorporation de la *common law* a généralement requis l'adoption de lois pour sa

réception. Malgré tout, cette distinction est purement indicative, car en réalité l'histoire de la réception de la *common law* dans ces territoires est particulièrement difficile à clarifier. Par exemple, dans le cas des îles Vierges Britanniques, le *Common Law (Declaration of Application) Act* a été adoptée en 1795, et bien que l'*equity law* n'ait pas été étendue avant la *West Indies Associated States Supreme Court* en 1969, il est admis qu'une telle manifestation du droit anglais était déjà appliquée *de facto* par les tribunaux bien avant. Dans la pratique, l'application de la *common law* est fondée sur des dispositions légales [par ex. section 31 du *Supreme Court of Judicature Act*, Cap 117 (Barbade) ; section 48 du *Judicature (Supreme Court) Act* (Jamaïque) ; section 12 du (*Supreme Court of Judicature Act*, Ch 4:201 (Trinité-et-Tobago) ; section 15 du *Supreme Court Act*, Ch 53 (Bahamas) ; *Civil Law of Guyana Act* (Guyana) Ch 6:01] ou a été mise en œuvre par voie de proclamation (par ex. Proclamations de 1763 pour la Dominique, Saint-Vincent-et-les-Grenadines ou la Jamaïque) ou dans les textes constitutionnels. Dans le cas de la Jamaïque, comme indiqué ci-dessus, la réception s'est déroulée à travers différentes voies, et en particulier en établissant son statut colonial dans la section 22 du *Statute 1 Geo II Cap 1* de 1728.

Il découle des rapports particuliers entre le droit anglais et ses colonies, en ce qui concerne le droit écrit, que l'influence du droit anglais dans les territoires sous souveraineté britannique est très similaire à celle dans les territoires indépendants. En principe, les lois du Parlement de Westminster s'appliquent aux colonies lorsqu'elles le prévoient de manière expresse et sans équivoque (*Colonial Laws Validity Act*, 1865), mais cette application a des limites floues, dues aux compétences législatives propres aux colonies, qui sous-tendent la tendance à la présomption d'une efficacité restreinte des lois écrites au Royaume-Uni et le principe de non-ingérence dans les législations des territoires du *Commonwealth*. C'est ce qu'a déclaré le *Privy Council* dans l'affaire *Al Sabah v Grupo Torras et al* [2005, 2 WLR, 904 (CI)], un cas qui portait sur les rapports entre les lois anglaises et l'autonomie législative des Îles Caïman.

Les particularités augmentent en tout cas dans les territoires qui ne sont pas sous souveraineté britannique. Il est évident que le développement en-soi des systèmes juridiques caribéens, conformément à leurs propres besoins et leurs particularités sociales, est aujourd'hui remis en question. Non seulement l'opportunité de maintenir le système d'appel devant l'*English Privy Council* est fréquemment remise en question, mais en outre les tribunaux caribéens ont également souligné le besoin d'adapter la *common law* à leur évolution après l'indépendance (arrêt de la *Court of Appeal* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Boodram v AG and Another*, 1994, 47, WIR 459).

Certainement, les particularités des systèmes caribéens face au droit anglais se révèlent surtout dans des domaines plus proches de leurs racines culturelles et idéologiques que le droit des contrats, tels que le droit de la famille (mariage entre personnes de même sexe) ou le droit public. Mais les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international peuvent contribuer à l'identité du droit caribéen autant qu'à son harmonie avec la tradition de la *common law*.

L'influence de la *common law* se manifeste également à travers l'incidence du droit des États-Unis sur certains systèmes caribéens, tels que ceux de Porto Rico, des Îles Vierges Britanniques ou même du Panama. Mention est également faite d'une certaine « américanisation » de l'application de la *common law* dans les territoires caribéens. Néanmoins, dans de nombreux cas ces influences ne sont pas pures. Par exemple, Porto Rico a clairement une culture romano-germanique, comme c'est le cas de petits territoires tels que Sainte-Lucie ou le Guyana, qui sont parfois considérés comme des systèmes mixtes ou hybrides. Au Guyana, l'influence romano-germanique héritée du droit néerlandais persiste, tout comme celle de la *common law*. Leurs liens ressortent clairement dans le *Civil Law of Guyana Act* (Guyana) Ch 6:01, qui a essayé de rationaliser ou d'adapter à la *common law* les institutions héritées du droit romano-néerlandais et qui ont subsisté. Le caractère hybride de l'ordre juridique de Sainte-Lucie combine des éléments de la *common law*, l'influence du droit français, le système juridique québécois et des institutions indigènes dans son code civil de 1879, adapté à la *common law* en 1956 [*Civil Code (Amendment Ordinance)*], en particulier dans le domaine du droit des contrats (article 917 A). La singularité d'une telle hybridation peut être représentée par la transposition de la condition anglaise de la « *consideration* » à la notion romaniste de la « cause » [*Velox and Another v Helen Air Corporation & Others*, 1977, 55 WIR 179 (CA)]. Le code civil de Sainte-Lucie est aujourd'hui en cours de réforme.

L'asymétrie des influences et des traditions juridiques réapparaît dans les sources internationales du droit des contrats, lesquelles doivent également être appréciées dans le cadre d'une stratégie d'harmonisation juridique régionale. La Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises a été ratifiée par Cuba, la République Dominicaine, le Honduras et la Colombie, mais aussi par des pays de tradition anglo-saxonne tels que Saint-Vincent-et-les-Grenadines et Guyana. S'il est certain qu'aujourd'hui le Royaume-Uni n'a pas ratifié cette convention, elle l'a cependant été par les États-Unis, en plus de la France et des Pays-Bas. Cette convention, largement inspirée des pratiques du commerce international, a peut-être été la source d'inspiration principale des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du

commerce international, et elle fournit un point de départ remarquable en matière contractuelle.

Par conséquent, la diversité dans la région caribéenne constitue, aussi bien en Europe qu'au niveau mondial, un défi bien connu dans le domaine de l'unification du droit des contrats, dont l'objectif final est l'adoption d'un texte qui soit acceptable tant du point de vue de la culture de la *common law* que de la culture romano-germanique.

3. Les buts des Principes OHADAC

Les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international obéissent à un modèle de *soft law*. L'harmonisation *soft* passe par l'élaboration d'actes et de lois uniformes qui ne s'imposent pas directement aux États, mais qui leur sont proposés en tant que loi type ou recommandation, que les États ou les particuliers peuvent insérer librement dans leurs ordres juridiques ou dans leurs relations juridiques. L'avantage d'un tel caractère *soft* est qu'il permet de conjuguer une plus grande technicité et une interférence limitée dans la rédaction des règles de droit et des propositions d'harmonisation. Les règles de *soft law* peuvent devenir des règles de *hard law* lorsqu'elles sont adoptées unilatéralement par les États de l'OHADAC, mais aussi dans le cas où l'organisation se dirige vers un ordre plus institutionnel. Il faut remarquer qu'une telle stratégie est actuellement employée dans l'Union Européenne dans le but d'harmoniser le droit des contrats et le droit civil en général. Une stratégie *soft* peut être mise en pratique de manière immédiate. Si les résultats sont positifs, cela pourra conduire, à l'avenir, à des démarches plus ambitieuses.

Contrairement aux tentatives d'harmonisation internationale du droit des contrats à travers des techniques de *soft law*, certaines théories récentes dans le domaine de l'unification juridique se sont prononcées en faveur de la pluralité des droits nationaux afin de faciliter la concurrence des systèmes juridiques, et ce même dans les espaces caractérisés par une profonde intégration économique tels que l'Union Européenne. Étant donné que le domaine du commerce international est régi par le principe d'autonomie de la volonté, les parties doivent être suffisamment informées des circonstances afin de pouvoir choisir le for et le droit le plus adapté à leurs besoins². Il

² Selon la Commission Européenne: « Dans de nombreux cas, le marché crée des problèmes d'intérêt public, mais il élabore aussi ses propres solutions. L'efficacité avec laquelle le marché répond à différentes valeurs sociales et à l'opinion publique ne devrait pas être sous-estimée. En conséquence du comportement concurrentiel, un grand nombre de problèmes créés par le marché peuvent se résoudre automatiquement sous la pression des groupes d'intérêts concernés consommateurs, ONG, entreprises). Les autorités publiques peuvent renforcer cette coïncidence entre l'intérêt personnel et l'intérêt public » (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, JOCE, 2001/C

s'agit d'une idée qui a acquis un certain prestige suite à l'unification du droit privé en Europe et que certains auteurs ont nommée « efficacité de la diversité ».

Cette approche est très discutable, en particulier en matière de droit privé, qui est moins perméable au besoin de compétitivité que le droit public. En effet, la concurrence entre les ordres juridiques de droit public vis-à-vis des particuliers peut être efficace (incitation fiscale, attraits du droit des sociétés, etc.), mais par définition la concurrence entre les ordres juridiques s'avère impossible en matière de contrats lorsque deux particuliers s'opposent. En effet, il existera toujours des ordres juridiques plus avantageux pour une partie que pour l'autre, si bien qu'un droit choisi par les deux parties entraînerait inmanquablement un comportement trompeur de la part de la partie la mieux informée et présenterait un risque pour la sécurité juridique en général. D'ailleurs, cette concurrence souligne une profonde contradiction du point de vue de l'analyse économique du droit lui-même. Étant donné que l'un des arguments essentiels en faveur de l'unification découle aussi de cette approche, dans la mesure où elle établit les coûts externes d'information comme l'une des conséquences de la pluralité des droits, ce qui fausse les conditions de concurrence entre les entreprises, que le processus d'harmonisation est amené à internaliser ou éliminer

La critique définitive, cependant, vient de la réalité de la pratique elle-même plutôt que de la théorie. Même avec beaucoup d'imagination, il est impossible d'envisager que les parties à un contrat international aient pleinement connaissance de la diversité de droits privés nationaux, pariant sur le droit le plus compétitif pour régir le contrat et jugeant peut-être même les nombreuses possibilités de dépeçage. En imaginant que cela soit possible, il faudrait encore calculer le coût réel pour maintenir et mettre à jour une telle information pour un commerçant type. La pratique du commerce international, généralement prosaïque, montre que chaque partie a l'habitude de réclamer l'application de son propre droit, ignorant entièrement le contenu et la nature des lois et des ordres juridiques des autres parties. Cela entraîne souvent des retards importants dans la phase des pourparlers et il n'est pas rare que cela mette en échec le contrat. Afin de sortir de cette impasse, il faut trouver un compromis lorsque les parties réclament l'application de différents ordres juridiques en concurrence. Afin de parvenir à un accord, il faut que le droit choisi soit connu de toutes les parties et adapté à chacune d'entre elle, et c'est pourquoi il est courant de finalement choisir le

255/01, numéro 49). Ces considérations sont la base de l'option I (aucune action communautaire) qui fut soutenue par le gouvernement britannique, l'*European Publishers Council*, la CCI et un nombre significatif de commerçants provenant surtout des secteurs maritime et des télécommunications.

droit d'un État tiers. Les Principes OHADAC cherchent à offrir un modèle de règlement neutre qui permette de faciliter les négociations et de garantir la sécurité juridique des parties au contrat.

L'unification du droit des contrats est donc nécessaire pour renforcer la sécurité juridique du marché et établir des règles du jeu communes à tous. La prévisibilité et un calcul adéquat des coûts et des risques économiques et juridiques sont essentiels pour dynamiser le commerce et faciliter les échanges internationaux. Les projets difficiles et coûteux qui ont été développés au niveau mondial (Principes d'UNIDROIT) et au niveau régional (OHADA, PECL, DCFR) en sont la preuve. Il est bien connu que le recours au droit anglais ou au droit national de la partie la plus forte dans les pourparlers sert d'habitude à sortir de l'impasse quant à la loi applicable. Mais la soumission du contrat à un ordre juridique national, quel qu'il soit, n'implique pas une solution optimale. Une harmonisation du droit des contrats peut éliminer une partie des coûts de rédaction et négociation des contrats internationaux, en proposant des règles de droit épurées, des traductions fiables et des régimes prévisibles pour toutes les parties.

En outre, l'harmonisation du droit des contrats ne semble pas seulement nécessaire mais opportune. L'amélioration de la qualité du droit des contrats est fréquemment confrontée à la rigidité des ordres juridiques nationaux à double titre. En premier lieu, il s'agit d'une rigidité formelle, qui résulte des difficultés inhérentes aux processus législatifs, en particulier s'ils sont mis en place au moyen d'une réforme des instruments juridiques qui ont naturellement tendance à être figés, tels que les codes civils. En second lieu, les droits nationaux sont contraints par la perception même des relations juridiques purement internes qui constituent leur domaine d'application matériel, et qui souffrent d'une absence de prise en compte consubstantielle des besoins du commerce international. Les particularités des échanges internationaux demandent des solutions adaptées à cet espace singulier, différent et hétérogène, qui peut difficilement se satisfaire d'un législateur interne plongé dans des préoccupations locales. Un droit global efficace ne peut pas se construire sur la base d'un droit local. L'harmonisation du droit des contrats dans un espace géographique international devient donc une opportunité. Elle offre la possibilité de construire un droit des contrats de haute technologie, qui s'appuie sur la virtualité de la méthode comparative comprise de la manière la plus subversive. Pour que ce projet soit un succès il faut respecter certains postulats, connaître les limites qui se posent et les surmonter au moyen de formules imaginatives.

Le caractère souple et optionnel d'une réglementation harmonisée du droit des contrats ne garantit pas son succès ni son efficacité à atteindre les objectifs poursuivis. Une des clefs de la réussite dans un espace d'une remarquable diversité juridique réside dans la formulation de Principes qui soient facilement acceptables par les différentes cultures juridiques concernées. Afin d'aboutir à un texte consensuel, il est indispensable de surmonter les limites et les erreurs commises dans les Principes d'UNIDROIT, dans les PECL et, surtout, dans le DCFR. La portée de ces textes dans la pratique du commerce international est très limitée, ce qui contraste avec l'impact considérable qu'ils ont eu dans le milieu universitaire et leur influence en tant que loi type dans la réforme des ordres juridiques nationaux.

En se basant sur l'expérience notable de l'élaboration des Principes d'UNIDROIT, il ne fait aucun doute que le même processus de recherche d'un droit européen des contrats a provoqué un effort doctrinal et législatif majeur, capable de fournir des modèles de réglementation plus perfectionnés et attractifs que les anciennes réglementations nationales, qui étaient parfois confuses. Il existe un intérêt légitime à ce que les résultats de ce formidable effort comparatif et créatif soient utiles pour le renouvellement du droit privé national. Le choix de l'adaptation, proposée par la réforme du BGB allemand en 2002, a été suivie par d'autres ordres juridiques nationaux, si bien qu'aujourd'hui le droit des contrats positif autant que le droit *in statu nascendi* sont un point de référence incontournable des réformes ou projets de codification du droit privé national quels qu'ils soient.

Par contre, aujourd'hui très peu des contrats internationaux sont soumis aux Principes d'UNIDROIT, du moins comparé au choix plus fréquent pour le droit anglais ou pour un autre droit national. Il faut s'attendre à ce que les DCFR soient aussi peu utilisés comme réglementation de références que les PECL. Dans la pratique, leurs règles ont à peine acquis le profil d'une « règle narrative », utilisée par les juges et les arbitres afin de renforcer leurs décisions à l'aide de citations érudites *ad abundantiam*, mais rarement pour fonder directement une solution contraire aux droits nationaux ou particulièrement novatrice afin de combler une lacune légale. À son tour, la prétention de présenter ces textes en tant qu'une manifestation de la *lex mercatoria* ne répond pas au critère le plus élémentaire. La pratique de l'arbitrage montre fréquemment qu'un recours raisonnable est fait à certaines règles des Principes d'UNIDROIT qui, en réalité, ne sont que le reflet ou la version synthétique d'une règle ou d'un principe communément admis dans le commerce international. Beaucoup des sentences arbitrales qu'appliquent les Principes d'UNIDROIT ont pour objet l'intégration de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de

marchandises, et cela est généralement fait de manière assez raisonnable. Cependant, l'utilisation de ces règles comme fondement exclusif d'une base juridique soulève beaucoup plus de doutes, en particulier si elles contredisent d'autres ordres juridiques importants. Finalement, une déclaration d'application en bloc des Principes d'UNIDROIT comme loi applicable au contrat semble assez risquée lorsque, clairement, plusieurs de ces règles sont imprévisibles, interventionnistes ou étrangères à la tradition libérale de l'arbitrage commercial international. Par conséquent, la déclaration figurant, par exemple, dans la *sentence arbitrale CCI n. 7.110/1995* (*Bull. CCI*, 1992/2, pp. 39-54), qui soutient l'application des Principes d'UNIDROIT en tant que porteurs des principes généraux neutres qui reflètent un accord international, ne peut pas être généralisée et exige une analyse minutieuse de chaque question juridique soulevée. Cela permet de contrôler la solution proposée dans les Principes et son origine à la lumière des systèmes comparés les plus représentatifs ainsi que la pratique habituelle du commerce international. De manière tout aussi prudente, la *sentence arbitrale CCI 11.256/2003* soutient que les Principes d'UNIDROIT ne reflètent pas nécessairement les usages commerciaux généralisés³, et la *sentence arbitrale Laudo CCI 11.926/2003* établit que les Principes d'UNIDROIT doivent être comparés au contenu du droit national qui devrait s'appliquer à défaut de choix ou qui présente un lien étroit avec le contrat, afin de ne pas induire de règles qui pourraient être imprévisibles pour les parties⁴.

Selon certains auteurs, la raison expliquant la faible compétitivité des textes internationaux rédigés pour servir d'alternative plus efficace au simple choix d'un droit national par les parties réside dans la modeste participation des opérateurs du commerce à la rédaction des principes et des textes d'harmonisation. Néanmoins, cela n'explique pas suffisamment pourquoi certains règlement n'ont pas été l'objet de plus d'enthousiasme ni pourquoi ils n'ont pas reçu d'écho quand, manifestement, ils semblent plus pointus du point de vue de la technique que n'importe quel droit national. Les Principes d'UNIDROIT, bien qu'ils revêtent dans l'ensemble un caractère dispositif et qu'ils soient compatibles avec les clauses contractuelles et les usages commerciaux, offrent une réglementation qui suit exclusivement la structure d'un corps normatif. Les Principes d'UNIDROIT sont *soft* quant à leurs effets, en particulier en raison du caractère optionnel des règles qu'ils contiennent, mais ne sont pas absolument *soft* au regard de leur forme. Même si cette réglementation n'est pas

³ <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1416&step=Abstract>

⁴ <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1405&step=Abstract>

complète, les matières régies dans ces principes appellent à être terminées ou complétées à travers une réglementation qui pourrait parfaitement être comparées à une réglementation nationale. Dans le cadre de ce processus, les Principes d'UNIDROIT doivent prendre parti et opter pour un modèle donné de réglementation. Parfois, concernant certaines questions cruciales, cette décision a été prise en faveur du modèle romano-germanique, qui privilégie la justice matérielle plutôt que la sécurité juridique, au détriment de l'option alternative qu'offre la *common law*. Autrement dit, les Principes d'UNIDROIT ont préféré la définition en respectant la règle du consensus le plus large possible et se sont ouvertement prononcés en faveur de solutions qui ne sont pas toujours les plus sûres ou les plus partagées du point de vue des contrats de commerce international.

Les PECL ont été peut-être plus respectueux et perméables à ce consensus mais, à bien des égards, ils offrent les mêmes alternatives que les Principes d'UNIDROIT, avec un inconvénient supplémentaire : ils ont pour ambition de créer un système de droit général des contrats, valable pour les contrats entre professionnels (*B2B*) ainsi que pour ceux conclus avec des consommateurs (*B2C*). La toile de fond européenne de ce texte peut répondre à cette critique, mais à l'heure actuelle, il est difficile d'admettre la cohérence d'une telle option, du moins si la contribution au développement du commerce transfrontalier est le but essentiel de cette harmonisation.

L'OHADAC s'est fixé pour unique objectif d'harmoniser le droit des pays caribéens dans le cadre d'échanges exclusivement commerciaux (*B2B*), ce qui se rapproche donc plus du point de départ des Principes d'UNIDROIT, sans les contraintes que la rédaction d'un droit des contrats également valable pour les contrats conclus avec des consommateurs a posé aux PECL. D'un autre côté, la dérive du DCFR, qui s'est ouvertement inspiré de l'idée d'un code civil européen, a accentué la rupture du dialogue entre les systèmes de droit romano-germanique et de *common law*, comme en témoigne le livre III dédié à une catégorie d'« Obligations », qui constitue une sorte de déclaration de guerre au droit anglais et aux PECL eux-mêmes.

L'OHADAC devra garder ces expériences à l'esprit afin d'éviter de commettre les mêmes erreurs et de produire un texte qui soit utile aux opérateurs du commerce agissant dans un cadre légal hétérogène. Le principe kantien qui doit guider la rédaction des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international dans la Caraïbe vise à rédiger un texte légal qui soit aussi fiable et utile à tout opérateur du commerce dans l'espace du marché caribéen, quelle que soit sa culture juridique. Il s'agit, finalement, de respecter la règle du consensus le plus large possible, qui doit être guidée par une série de principes et de limites à ne pas franchir : a) ne pas rédiger de

règles qui puissent être culturellement inacceptables ou gênantes pour une partie ou un juge appartenant un ordre juridique déterminé ; b) créer de nouvelles règles seulement dans la mesure où elles contribueront à résoudre des problèmes communs à tous les ordres juridiques, en facilitant les échanges commerciaux internationaux et la sécurité du commerce ; c) respecter la règle du plus petit dénominateur commun dans les cas de désaccords qui semblent insurmontables.

Le contexte de la zone OHADAC n'exige pas seulement d'abandonner les techniques imposées par le haut en faveur des sources de nature souple. Il convient aussi de partir *ab initio* de la certitude qu'il faudra faire face à des questions inévitables, auxquelles il faudra fournir des solutions imaginatives afin de contourner le problème. Dans ce sens, les Principes OHADAC doivent s'efforcer d'être plus qu'une série de règles juridiques destinées à régir le contrat si elles sont choisies par les parties. Ils doivent étendre leurs fonctions, au-delà du règlement des différends, à la négociation du contrat elle-même, en développant un guide efficace permettant aux commerçants caribéens d'avoir accès à des contrats internationaux plus transparents et plus sûrs.

Dans la même veine, le choix des Principes OHADAC doit être considéré comme un instrument utile afin d'établir un système venant compléter les clauses contractuelles de manière à maintenir, en cas de contradiction, la prévalence des clauses contractuelles. Deuxièmement, les présents Principes ne doivent pas devenir la manifestation erronée de l'intégrité du régime contractuel, car les lacunes seront inévitables ainsi que la multiplicité des interprétations, ce qui est souvent moins évident. C'est pour cela que les présents Principes ne doivent pas empêcher que les parties établissent, en tout cas, un ordre juridique de référence afin de combler les lacunes normatives et interprétatives, tel que cela est proposé dans les commentaires sur le Préambule.

Dans un autre ordre d'idée, la construction des Principes OHADAC doit partir d'une observation initiale de textes tels que la Convention de Vienne de 1980, les Principes d'UNIDROIT, les PECL ou le DCFR, corrigé conformément aux impératifs de consensus déjà soulignés. L'uniformité des Principes OHADAC avec les textes internationaux existants doit s'apprécier comme une valeur, sauf s'il s'avère que, ponctuellement, ils ne respectent pas la triple limite mentionnée plus haut relative à sa réception par les commerçants et les juges appartenant aux diverses cultures concernées. Les Principes OHADAC s'arrêteront sur la limite ultime d'un commun accord qui soit acceptable pour tous les acteurs du marché caribéen, indépendamment de leur tradition juridique.

Afin de surmonter les obstacles découlant d'une telle autolimitation, les Principes OHADAC deviendront parfois une sorte de guide juridico-commercial, proposant des règles et usages communs et des clauses-types pour que les parties puissent combler toute lacune ou les limites légale au moyen de régimes contractuels qu'elles auront spécifiquement conçu pour elles-mêmes et conformément à la nature et à la finalité du contrat et à leurs attentes. Cet apport intégré de règles juridiques, de recommandations de conduite et de clauses modèles constitue le signe d'identité des Principes OHADAC, la raison de sa singularité et sa contribution principale à l'harmonisation comparée.

4. Domaine d'application matériel des présents Principes

Les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international se limitent à la réglementation générale du régime des contrats internationaux. Ils ne contiennent pas de règles sur des contrats spécifiques, si bien que les parties devront apprécier la nécessité de compléter la réglementation des contrats particulièrement spécialisés par des clauses spécifiques, des contrats-types voire en se soumettant, à défaut, au droit national qu'elles estiment approprié ou suffisamment développé du point de vue technique pour régir leurs obligations.

Les présents Principes, d'un autre côté, se limitent aux obligations contractuelles au sens strict. Les questions relatives à la procédure, au droit des biens, aux obligations non-contractuelles ainsi qu'aux quasi-contrats sont toujours hors de la réglementation des présents Principes. Le régime de la responsabilité précontractuelle n'a pas été non plus retenu dans les présents Principes. Dans la plupart des ordres juridiques, la dite *culpa in contrahendo* mérite d'être qualifiée de « non contractuelle », comme en témoigne l'article 1.2 (i) du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome I »), en lien avec le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »). L'opportunité d'exclure cette matière obéit non seulement à une question de qualification, mais aussi à la diversité de traitement d'une telle responsabilité dans les différents ordres juridiques qui appartiennent à la zone OHADAC. Conformément au principe de bonne foi, la sanction des comportements abusifs pendant les pourparlers est un socle commun aux systèmes romano-germaniques ainsi que dans le droit nord-américain (sections 1-203 UCC et 205 *Second Restatement on Contracts*). Néanmoins, l'approche du droit anglais concernant la responsabilité précontractuelle suit un critère plus rigide (« *all or nothing approach* ») qui tend à ne pas reconnaître les obligations

imposées par le principe de bonne foi pendant les pourparlers (*Walford v Miles*, 1992, WLR, 174:16).

Les présents Principes s'appliquent exclusivement aux contrats commerciaux, en excluant les contrats conclus par des consommateurs et, plus largement, à des fins autres qu'une activité professionnelle ou commerciale. Les contrats ou engagements qui relèvent du droit de la famille ou des successions ainsi que le régime des donations sont également hors du champ d'application des présents Principes. Les présents Principes ne prévoient rien non plus en ce qui concerne les obligations cambiales et les effets de commerce.

5. Participants à l'élaboration des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international

L'élaboration de l'avant-projet des présents Principes a été confiée par l'OHADAC, à travers l'Association ACP Legal, à une équipe de recherche formée entièrement par des experts en droit comparé des contrats.

Les experts suivants ont participé à la rédaction et à la discussion de l'avant-projet, sous la direction du Dr. Sixto A. Sánchez Lorenzo, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne) :

Ángel Espiniella Menéndez, professeur de la Faculté de droit de l'Université d'Oviedo (Espagne).

Fernando Esteban de la Rosa, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Rosa García Pérez, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Pilar Jiménez Blanco, professeur de la Faculté de droit de l'Université d'Oviedo (Espagne).

Ángeles Lara Aguado, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Rosa Miquel Sala, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Bayreuth (Allemagne).

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, professeur de la Faculté de droit de l'Université Complutense de Madrid (Espagne).

María Luisa Palazón Garrido, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Francisco Pertíñez Vílchez, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Ricardo Rueda Valdivia, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Carmen Ruiz Sutil, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Grenade (Espagne).

Carmen Vaquero López, professeur de la Faculté de droit de l'Université de Valladolid (Espagne).

En plus des personnes citées, les membres suivants de l'Association Henri Capitant ont participé à la révision de l'avant-projet et à la rédaction définitive du texte :

Denis Mazeaud, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas).

Phillipe Dupichot, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

Cyril Grimaldi, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris XIII.

PRÉAMBULE

- I. Les Principes OHADAC sur les contrats du commerce international ne sont applicables, en tout ou partie, que si les parties en sont expressément convenues.**
- II. Sauf disposition contraire, les parties peuvent écarter ou modifier les règles énoncées dans les présents Principes. Les clauses contractuelles contraires aux Principes prévaudront.**
- III. Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des lois de police ou d'ordre public international, de source nationale ou internationale, applicables en vertu des règles de droit international privé.**
- IV. Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des usages du commerce international.**
- V. Les présents Principes feront l'objet d'une interprétation uniforme, prenant en compte leur caractère international.**

COMMENTAIRE

1. Les Principes OHADAC en tant que loi applicable au contrat

Le but essentiel des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international est de mettre à dispositions des commerçants, des particuliers et des entreprises établis sur le territoire caribéen un instrument utile à la réglementation de leurs contrats internationaux et qui facilite la sécurité juridique de leurs échanges commerciaux réciproques et avec des tiers.

Les Principes OHADAC cherchent, en plus, à être facilement applicables par les arbitres et les juges nationaux des différentes juridictions caribéennes. Dans ce sens, les présents Principes contiennent des règles qui visent à la convergence des ordres juridiques nationaux concernés, qui respectent les résultats d'une étude comparative. Les présents Principes n'insèrent donc pas de règles qui puissent porter atteinte directement aux cultures juridiques représentées dans la Caraïbe.

Par conséquent, les Principes OHADAC, contrairement à d'autres régimes contractuels non étatiques tels que les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Préambule) ou les PECL (article 1:101), ne cherchent pas à représenter ou à établir un ensemble de principes généraux du droit et encore moins à être l'expression d'une supposée ou éventuelle *lex mercatoria*. Son application n'est donc indiquée que si les parties ont choisi de manière expresse les Principes OHADAC ou si elles les ont explicitement désignés comme loi applicable (paragraphe I du Préambule). Dans le cas contraire, les juges et les arbitres devront déterminer la loi applicable au contrat conformément aux règles de droit international privé en vigueur dans leurs droits respectifs ou dans les règlements d'arbitrage applicables en l'espèce.

Par conséquent, quand les parties ont prévu de recourir à l'arbitrage dans l'éventualité d'un litige découlant du contrat, il est conseillé d'insérer une clause simple de soumission du contrat aux Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international, rédigée comme suit :

« Les parties sont convenues de soumettre ce contrat aux [ou « Ce contrat est régi par les»] Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international. »

Les Principes OHADAC ont donc un caractère essentiellement facultatif. Cette option doit résulter d'un accord entre les parties exprimé sans équivoque. Lorsqu'elles font ce choix, les arbitres pourront parfois considérer les Principes OHADAC comme la loi véritablement applicable au fond, sans tenir compte des autres systèmes juridiques. Cependant, cela ne pourra pas être le cas dans le domaine de la juridiction. En effet, il n'est possible de considérer les Principes OHADAC comme la loi applicable au contrat, et ce non sans réserves, que devant les tribunaux du Mexique ou du Venezuela, qui sont les seuls pays signataires de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (CIDIP V), adoptée à Mexico le 17 mars 1994. Dans les autres territoires caribéens, il est appliqué le principe que la Cour de Cassation a prononcé le 21 juin 1950 dans le célèbre arrêt de la jurisprudence française de l'affaire « *Messageries Maritimes* », dans le sens où chaque contrat doit avoir comme référence ou comme loi applicable la loi d'un État. Ce même critère s'applique également en droit anglais [*Musawi v. RE International (UK) Ltd.* (2007), EWHC, 2981] et dans le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

En somme, quand les parties doivent soumettre leurs éventuels litiges à une juridiction nationale, il est recommandé d'ajouter à la clause de choix du droit applicable une indication du droit national auquel les présents Principes doivent s'insérer. En réalité, le droit national choisi ne se limitera pas à un rôle de système supplétif (*default rules*) afin de combler ou compléter les lacunes existantes, mais viendra probablement restreindre les Principes OHADAC qui, étant donné leur caractère non étatique, ne seront pas considérés comme la loi applicable au contrat à proprement parler, mais plutôt comme le résultat de l'autonomie privée des parties. Cette clause serait semblable au libellé qui suit :

« Les parties sont convenues de soumettre ce contrat aux [ou « Ce contrat est régi par les »] Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international. À défaut de dispositions dans ces Principes, le contrat sera soumis au [ou « régi par le »] droit de l'État X. »

2. Choix partiel des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international

Étant donné le caractère optionnel des Principes OHADAC et du fait que l'organisation est considérée comme un système juridique non-étatique, les parties peuvent décider d'insérer seulement une partie des présents Principes ou d'en exclure un chapitre ou certaines règles.

La pratique du dépeçage du contrat est bien connue dans les systèmes de droit international privé comparé. Le choix partiel des Principes OHADAC ne répond pas exactement à cette notion du droit international privé. Les Principes OHADAC peuvent être insérés partiellement dans le contrat comme partie intégrante des contrats convenus entre les parties, mais ces dernières doivent avoir conscience, en particulier en cas de litiges devant les tribunaux, qu'elles devront, pour remplacer la partie des présents Principes ayant été écartée, prévoir l'application directe et intégrale des clauses contractuelles et surtout du droit national applicable conformément aux règles de droit international privé. La clause offrant un double choix est donc d'autant plus recommandée dans ce cas-là.

3. Primauté des clauses contractuelles

Les Principes OHADAC ne sont pas, par définition, des règles impératives. Par conséquent, les parties peuvent exclure une partie des présents Principes, mais aussi

écarter ou modifier des règles spécifiques dans leur contrat, de manière explicite ou implicite. En particulier, les règles qui seraient contraires aux clauses contractuelles seront considérées comme modifiées ou inapplicables, si bien que les clauses contractuelles prévaudront qu'il s'agisse de clauses négociées individuellement ou de clauses contenues dans les conditions générales ou dans des annexes au contrat.

Sans qu'il soit nécessaire que les parties le déclarent en ces termes, les clauses contractuelles prévaudront dans le cas où elles supposent l'inapplication ou la modification des règles contenues dans les Principes OHADAC. Ainsi, les présents Principes offrent parfois dans leurs commentaires des exemples de clauses contractuelles modifiant une proposition normative des Principes. Fréquemment, le contenu des Principes OHADAC se limite à une réglementation minimale ou commune, pouvant être modifiée et adaptée au moyen de clauses contraires et plus proches des idiosyncrasies nationales ou des besoins particuliers des parties. En somme, le principe général contenu au paragraphe II du Préambule [ainsi qu'aux articles 6 CVIM ; 1.5 PU ; 1:102 (2) PECL ; II-1:102 (2) DCFR ; et 1.2 CESL] conduit à ce qu'une soumission générique aux Principes OHADAC ne peut pas être interprétée de manière à annuler les clauses contractuelles établies par les parties.

Il est fait exception à ce principe si les présents Principes énoncent, à titre exceptionnel et impératif, des règles soit de manière expresse, soit de manière implicite du fait de l'impérativité consubstantielle de la règle. Ainsi, la réserve faite à l'application des lois nationales, internationales et supranationales pour déterminer l'illégalité du contrat (article 3.3.1) est consubstantiellement impérative, si bien que ces lois ne peuvent être écartées par les parties. Pour des raisons d'ordre public international, ces règles ne peuvent être exclues ni par les parties, ni par les présents Principes. De plus, certaines règles qui garantissent une déclaration de volonté non viciée et libre, telles que celles qui régissent la nullité du contrat pour dol, contrainte, abus de faiblesse ou de dépendance (articles 3.4.6, 3.4.7, 3.4.8 et 3.4.9), ou celles qui limitent les clauses abusives d'exonération de responsabilité, du dommages-intérêts et ou modifient le délai de prescription [articles 7.1.7, 7.4.7 (2), 9.2 (2) et (3), 9.4 (2) et 9.6 (2)] sont des règles dont l'exclusion irait contre les principes élémentaires de moralité, de sécurité contractuelle et d'ordre public international. C'est pourquoi ces règles ne peuvent pas être écartées de l'application des présents Principes et les clauses contraires à ces règles seront réputées nulles.

Le caractère impératif de certaines règles n'empêche pas que les parties puissent les écarter expressément, même en bloc, en vertu des clauses de soumission aux Principes OHADAC. Les parties peuvent donc se soumettre aux Principes OHADAC en excluant

entièrement la section 4 du chapitre 3 relative aux vices du consentement, qui est, dans sa majorité, impérative. Dans ce cas, la soumission partielle aux présents Principes est effective et les vices du consentement seront régis par les règles de droit international privé.

Néanmoins, si la soumission des parties aux Principes OHADAC est générique, cela signifie que les parties acceptent le caractère impératif et exceptionnel de certaines règles, si bien que les clauses qui dérogent à ces règles seront réputées nulles. Sur ce point, la soumission des parties aux Principes OHADAC doit être interprétée comme le résultat d'une précaution prise par les parties ou d'un intérêt que ces dernières ont à soumettre leur contrat à un autocontrôle passant par l'exclusion des clauses pouvant déroger aux règles impératives des Principes OHADAC, dont le caractère raisonnable et l'acceptation comparée sont hors de doute.

4. Compatibilité des Principes OHADAC avec les règles internationalement impératives

Le paragraphe III, intimement lié au principe énoncé dans le paragraphe II du Préambule, établit la compatibilité des Principes OHADAC avec le besoin ou l'opportunité d'appliquer et de prendre en considération des règles nationales et internationales (y compris supranationales), internationalement impératives ou d'ordre public international.

Il est très courant en droit des contrats internationaux que les parties ne puissent pas éviter l'application des lois de police et des règles d'ordre public international, tant internationales ou que supranationales, qui sont en vigueur dans le pays du for (*lex fori*) ou même dans un État tiers étroitement lié au contrat, en particulier le pays où les obligations engagées doivent être exécutées. Ce principe du droit international privé, très répandu en droit comparé et de plus en plus dans le domaine arbitral (à l'exception parfois de la *lex fori*), est couvert dans l'article 9 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), en vigueur au Royaume-Uni, en France et aux Pays-Bas, ainsi que dans l'article 11 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (CIDIP V) conclue à Mexico le 17 mars 1994, en vigueur au Mexique et au Venezuela.

La soumission aux Principes OHADAC ne peut en soi impliquer ni éviter que le juge ou l'arbitre tienne compte des règles susmentionnées s'il considère qu'elles s'appliquent au cas d'espèce. Une règle similaire est contenue dans l'article 1.4 PU et dans l'article 1:103 PECL.

5. Primauté des usages commerciaux

Les Principes OHADAC constituent une réglementation générique des contrats de commerce international, qui vise à assurer la sécurité juridique et l'uniformité du régime des contrats internationaux conclus dans la région de la Caraïbe. De la même manière que la réglementation spécifique contenue dans les clauses contractuelles prévaut sur les présents Principes, le paragraphe IV du Préambule stipule la prévalence des usages du commerce international. Cette prévalence vaut non seulement pour les usages généraux du commerce international mais aussi, en particulier, pour les usages sectoriels généralement acceptés dans une branche donnée du commerce international et pour les usages particuliers que les parties ont établis dans leurs rapports commerciaux.

La soumission du contrat aux Principes OHADAC ne doit pas conduire à déroger aux usages commerciaux ou à les rendre inefficaces. Les usages commerciaux ont, dans les systèmes romano-germaniques, une valeur interprétative mais aussi une valeur normative, tel que cela est expressément établi dans plusieurs codes [p. ex. article 1.023 du code civil costaricain et article 436 du code de commerce costaricain ; articles 1.135 et 1.160 des codes civils dominicain et français ; article du 926 code civil haïtien ; article 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.546 du code civil hondurien ; article 1.796 du code civil mexicain ; article 2.480 du code civil nicaraguayen ; article 1.109 du code civil panaméen ; article 1.210 du code civil portoricain ; article 1160 du code civil vénézuélien]. Cela se confirme de plus dans des textes comme l'avant-projet de réforme du droit français des obligations élaboré par le Ministère de Justice en 2013 (article 1103). En droit anglais, les *trade usages* sont reconnus légalement [p. ex. sections 14 et 55.1 du *Sales of Goods Act* de 1979 ; section 55 du *Sale of Goods Act* (Ch 393) d'Antigua-et-Barbuda ; section 55 du *Sale of Goods Act* (Ch 15.18) de Montserrat ; section 55 du *Sale of Goods Act* (Ch 337) des Bahamas ; section 55 du *Sale of Goods Act* (Ch 83:30) de Trinité-et-Tobago ; section 56 du *Sale of Goods Act* (Ch 261) du Belize ; section 54 du *Sale of Goods Act* de 1895 de la Jamaïque) mais aussi par la jurisprudence, tout comme aux États-Unis [sections 219-223 du *Second Restatement on Contracts* et sections 1.303 c) et 1-205 UCC]. Dans la jurisprudence anglaise, l'introduction d'usages commerciaux à portée normative s'appuie sur la technique des *implied terms*, en particulier *by custom*, du moment qu'ils sont notoires et clairs, indépendamment du fait qu'ils aient été prévus ou éventuellement considérés par les parties ou non [*Comptoir d'Achat et de Vente Belge SA v Luis de Ridder Ltd*, 1949, AC, 293 ; *Henry Kendall & Sons v Lillico & Sons Ltd*, 1969, 2 AC 31 (HL)]. Néanmoins, il ne fait aucun doute que les pratiques entre les parties ou

les usages particuliers auront moins de poids dans la mesure où le contexte subjectif joue un rôle plus faible que celui du contexte objectif dans la tradition interprétative du droit anglais.

L'article 9 de la CVIM établit aussi le caractère obligatoire des usages volontaires observés entre les parties ainsi que des usages normatifs ou objectifs généralement observés dans le commerce international dans la branche commerciale. La même reconnaissance se retrouve également dans les articles 1.9 PU, 1:105 PECL, II-1:104 DCFR et 67 CESL.

La formulation du paragraphe IV du Préambule est délibérément ouverte. Les juges ou les arbitres devront apprécier dans chaque cas l'existence d'un usage commercial entre les parties conformément aux preuves dont il disposera. De même, il pourra se servir d'indices et même d'expertises afin de déterminer l'existence d'un usage commercial sectoriel ou général, dont l'efficacité normative dépendra de leur observance régulière, du degré de connaissance de l'usage en question dans le commerce international et de la situation concrète des parties.

Dans de nombreux cas, les usages commerciaux sont compilés par des institutions telles que la Chambre de commerce internationale et témoignent d'une pratique commerciale uniforme dans des domaines aussi variés que la vente internationale, les moyens de paiement, les crédits documentaires, les garanties à première demande, etc. Une telle standardisation est également soulignée par le développement des contrats d'assurance ou de contrats-types élaborés non seulement par la CCI, mais aussi par des organisations telles que la GADTA ou la FOSFA dans le domaine des *commodities*, la FIDIC ou la ORGALIME dans le domaine des contrats d'ingénierie, la ISDA concernant les contrats de financement et le BIMCO, la GENCON, la BALTIME, la GENWAYBILL, le MULTIDOC95, la CONGENBILL ou la FIATA dans le secteur du transport, etc.

6. Interprétation des Principes OHADAC

La règle d'interprétation contenue dans le paragraphe V du Préambule est délibérément plus modeste quant à ses objectifs que les règles similaires prévues dans d'autres textes internationaux (p. ex. article 7 CVIM ; article 1.6 PU ; article 1:106 PECL ; article I-1:102 DCFR ; article 4 CESL).

Les présents Principes ont été rédigés en termes clairs et aussi peu idiosyncratiques que possible dans leurs différentes versions linguistiques. Ils visent à maintenir la neutralité comparative du contenu ainsi que la plus grande neutralité grammaticale possible. Par conséquent, même si quelques expressions peuvent appartenir à une

famille juridique donnée, elles doivent être comprises avec la même neutralité qui guide les présents Principes, conformément à ses objectifs d'harmonisation.

Ceci étant, les présents Principes doivent s'interpréter conformément à des critères objectifs, en s'appuyant en particulier sur les commentaires de chaque article et de chaque section et sans jamais négliger l'objectif d'harmonisation des présents Principes dans un cadre de pluralité culturelle et juridique, tel que celui qui caractérise la Caraïbe.

Dans ce sens, il est conseillé que les juges et les arbitres puissent prendre en considération l'application que les présents Principes ont eue dans les décisions prononcées par les tribunaux arbitraux et les juridictions nationales, et c'est pourquoi l'OHADAC mettra en place des bases de données et de renseignements concernant l'application des présents Principes, qui comprendront des commentaires sur les décisions enregistrées.

Néanmoins, les présents Principes ne cherchent pas à être appliqués, au-delà de leurs règles, à des questions dont ils ne traitent pas, à moins qu'il existe une analogie ou similarité claire et évidente. Pour cette raison, les parties sont invitées à signaler à tout moment le droit national devant combler les lacunes des présents Principes. Certaines lacunes ne peuvent être comblées dû à la difficulté de parvenir à une règle juridique reflétant le plus petit dénominateur commun dans la Caraïbe. D'autres découlent tout simplement de l'effet propre au dynamisme des échanges commerciaux internationaux.

En tout cas, la proposition d'intégrer les lacunes des présents Principes sur la base de principes généraux sous-jacents ou d'une règle extensive d'application analogique n'a pas été retenue, considérant que cela ne contribuerait pas incontestablement à la sécurité juridique des échanges dans la Caraïbe, en raison de la diversité des 'approches juridiques pour l'interprétation et l'intégration des sources écrites. En effet, l'une des différences les plus notables entre les familles juridiques représentées dans l'espace caribéen concerne la capacité d'interprétation et de développement du droit écrit du juge. Tandis que les ordres juridiques romano-germaniques tendent facilement à la création juridique à travers l'analogie et le développement judiciaire, le processus juridique des systèmes de la *common law* est beaucoup plus favorable à une interprétation adaptée au texte légal écrit, laissant très peu de marge de manœuvre au juge. Cette diversité méthodologique conduit à ce qu'une règle sur l'intégration du droit écrit, fondée sur des principes généraux, ne pose pas les mêmes problèmes à un juge de Guadeloupe ou de Cuba qu'à un juge de la Jamaïque ou d'Antigua.

Par conséquent, les Principes OHADAC ont considéré qu'il était préférable que leurs lacunes soient comblées en appliquant un droit national et que les mécanismes d'intégration ou d'application analogique ne soient pas imposés et puissent être considérés d'une manière plus flexible, selon le caractère arbitral ou juridictionnel du litige et selon la prédisposition méthodologique de l'interprète lui-même.

CHAPITRE 1

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1.1 : *Liberté contractuelle*

Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu.

COMMENTAIRE

L'article 1.1 des Principes OHADAC pose le principe de liberté contractuelle. Il s'agit d'une règle purement programmatique reconnaissant le principe d'autonomie privée en tant que fondement du droit des contrats.

Le principe de liberté contractuelle est un principe généralement accepté en droit comparé. Dans quelques systèmes romano-germaniques ce principe est expressément formulé, reconnaissant la liberté générique des parties pour établir les clauses et contrats qu'elles estiment appropriés (p. ex. article 1.547 du code civil hondurien ; article 1.839 du code civil mexicain ; article 2.437 du code civil nicaraguayen ; article 1.106 du code civil panaméen ; article 1.207 du code civil portoricain). C'est ce que prévoit également l'article 2 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations rédigé par le Ministère de Justice en 2013 mais aussi les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [article. 1.1 PU ; article 1:102 (1) PECL ; article II-1:102 DCFR ; article 1.1. CESL]. La liberté contractuelle est aussi le principe normatif et philosophique (*will theories*) du droit des contrats dans la *common law* [*Printing and Numerical Registering Company v. Sampson* (1875) LR 19 Eq 462, 465], dont l'approche plus libérale inclut le respect fondamental de la liberté contractuelle et un interventionnisme public aussi limité que possible concernant cette liberté.

En tant que principe programmatique, la valeur de la liberté contractuelle est relative. Les formules déclaratives de ce principe dans les systèmes romano-germaniques reflètent cette relativité, en conditionnant la liberté des parties concernant leurs accords au fait qu'ils ne soient pas contraires à la loi, à la moralité, à l'ordre public ni même aux usages. Cette contrainte existe également dans les ordres juridiques anglo-américains. Par conséquent, un principe commun implique la possibilité de restreindre la liberté contractuelle principalement en raison des intérêts publics en jeu. Ces limites concernent la légalité du contrat et de son objet, la restriction de son objet dans

certaines branches commerciales réservées au monopole de l'État, l'existence de lois de police sur la protection du commerce et la libre concurrence, la protection de certaines parties au contrat ou l'exigence de certains standards de moralité commerciale. L'impérativité ou la non-disponibilité de certaines règles veille à la liberté contractuelle elle-même, en tant que bien public, dans la mesure où la libre disposition sur la liberté du consentement et sur les vices, qui l'affectent et qui entraînent l'annulation du contrat n'est pas admise.

Il a été déjà souligné dans le commentaire au paragraphe III du Préambule que les Principes OHADAC sont soumis aux règles impératives nationales, internationales et supranationales qui sont légitimement applicables au cas d'espèce en raison de leur proximité géographique et de leur portée d'ordre public international. En outre, l'absence exceptionnelle de disponibilité de certaines règles impératives contenues dans les présents Principes a déjà été signalée.

Enfin, il convient de noter que les Principes OHADAC sont applicables uniquement lorsque les parties l'ont établi. Par conséquent, lors de litiges devant les tribunaux nationaux, l'application des Principes OHADAC résulte d'un accord entre les parties, dont l'efficacité découle directement du principe de liberté contractuelle. Par conséquent, l'insertion par les parties des Principes OHADAC en tant qu'accord fondé sur leur liberté contractuelle est soumise aux limites imposées à cette liberté par la loi nationale applicable au contrat, qui fixera le cadre d'impérativité ou de non-disponibilité pour les parties. D'où l'importance pour les parties, comme cela a déjà été souligné, de signaler le droit national applicable qu'elles choisissent en plus des Principes OHADAC.

Concernant les procédures arbitrales, les Principes OHADAC peuvent remplir le rôle de droit applicable au fond sans recourir à un quelconque droit national des contrats. Néanmoins, comme dans le cas des litiges soumis à un tribunal national, la réserve émise au paragraphe III du Préambule sera toujours applicable, étant donné que, quel que soit le régime de la loi applicable au fond du contrat et le cadre de la liberté contractuelle visé par ce droit, les juges et les arbitres pourront prendre en considération les lois de police d'autres systèmes juridiques étroitement liés au contrat, en particulier la loi du for et la loi du lieu d'exécution du contrat.

Article 1.2 : Pacta sunt servanda

Les parties au contrat sont tenues d'exécuter les obligations convenues, dans les conditions prévues au contrat.

COMMENTAIRE

Tout comme l'article 1.1, l'article 1.2 des présents Principes a un caractère éminemment programmatique. En tant qu'institution juridique, le contrat est une voie conventionnelle pour créer des obligations entre les parties et son essence réside dans son caractère obligatoire ou *enforceable*. Le principe « *pacta sunt servanda* » reflète cette caractéristique inhérente au contrat.

Dans les systèmes caribéens de tradition romano-germanique, ce principe est fréquemment énoncé dans les codes civils, soulignant que le contrat a « force de loi » entre les parties ou employant une formule similaire (p. ex. article 1.602 du code civil colombien ; article 1.022 du code civil costaricain ; article 233 du code civil cubain ; article 1.134 des codes civils dominicain et français ; article 1.519 du code civil guatémaltèque ; article 926 du code civil haïtien ; article 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.546 du code civil hondurien ; article 1.796 du code civil mexicain ; article 2.479 du code civil nicaraguayen ; article 1.109 du code civil panaméen ; article 1.210 du code civil portoricain ; article 1.159 du code civil vénézuélien). L'article 102 de l'avant-projet français de réforme du droit des obligations élaboré par le Ministère de la Justice en 2013 y fait référence, tout comme les articles 1.3 PU et II-1:103 DCFR. Le principe « *pacta sunt servanda* » se traduit dans la *common law* par le principe de *sanctity of contracts*, consolidé depuis longtemps dans la jurisprudence anglaise (*Paradine v. Jane*, 1647) et nord-américaine (*Adams v Nichols*, 1837).

En tant que principe général, le caractère obligatoire du contrat trouve aussi des exceptions et modulations communes aux systèmes comparés, telles que celles qui découlent de l'imprévision (*hardship*), des cas de force majeure ou de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou *estoppel*. La règle correspond donc à un socle commun aux systèmes juridiques de l'espace OHADAC.

Néanmoins, les présents Principes se limitent à la force obligatoire des contrats. Dans les systèmes romano-germaniques, il est courant d'inclure une clause générale étendant la force obligatoire à des exigences qui ne sont pas imposées par la volonté des parties ni par le contrat mais par des raisons objectives de moralité, d'équité, de bonne foi ou de loyauté contractuelle (article 1603 du code civil colombien ; article

1.023 du code civil costaricain ; article 1.546 du code civil hondurien ; article 1.519 du code civil guatémaltèque ; articles 925 et 926 du code civil haïtien ; articles 6:2 (6.1.1.2) et 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.135 des codes civils dominicain et français ; article 1.796 du code civil mexicain ; article 2.480 du code civil nicaraguayen ; article 1.109 du code civil panaméen ; article 1.210 du code civil portoricain ; article 1.160 du code civil vénézuélien ; 3, 11 et 103 de l'avant-projet français de réforme du droit des obligations de 2013). Cela est également valable aux États-Unis (sections 1-203 UCC et 205 du *Second Restatement*), et cette clause a été retenue dans de nombreux textes d'harmonisation du droit des contrats (articles 1.7 et 1.8 PU ; articles 1:201 et 1:202 PECL ; article II-1:102.1 DFCR ; articles 2 et 3 CESL).

Les Principes OHADAC ont choisi de ne pas introduire de principes ou de clauses générales sur un devoir de comportement lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat quant à la bonne foi, la loyauté contractuelle ou le principe de coopération. D'un côté, les présents Principes ne régissent pas, comme il est indiqué dans l'Introduction, la responsabilité précontractuelle, où la négociation quant à la bonne foi, la loyauté contractuelle et le principe de coopération jouent un rôle notable dans les systèmes romano-germaniques. D'un autre côté, concernant l'exécution des obligations contractuelles, les manifestations d'un devoir de comportement de bonne foi, l'abus de droit ou la portée de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou *estoppel* réapparaissent lorsqu'il faut considérer le champ d'application de l'interprétation et surtout de l'intégration du contrat et déterminer les effets de certaines clauses, telles que les clauses d'intégralité. Les présents Principes ont choisi, concernant certains aspects liés aux règles énoncées, de renvoyer aux chapitres qui traitent de ces questions, mais n'ont pas formulé de principe général qui serait incompatible avec le principe du plus petit dénominateur commun que suivent les présents Principes. En effet, la portée du devoir de bonne foi et de loyauté contractuelle est différente entre les systèmes romano-germaniques et de la *common law*. Dans certains cas il existe des convergences notables, mais tandis que dans quelques systèmes romano-germaniques la qualification contractuelle peut prévaloir sur la responsabilité découlant d'un comportement de mauvaise foi, dans la *common law*, ces cas, quand ils sont reconnus, entrent parfois dans le champ d'application de la responsabilité non contractuelle. D'ailleurs, l'omission de ces clauses générales n'empêche pas l'interprète de tirer des conséquences des actions déloyales, contraires à la bonne foi ou abusives conformément aux règles d'interprétation contenues dans la section 1 du chapitre 4. Comme indiqué dans ce chapitre, il existe une marge de fluctuation inévitable, y compris au sein d'une même juridiction nationale, lorsqu'il s'agit d'analyser les éléments contextuels qui aident à déterminer les obligations

établies par les parties et, surtout, de déduire des « obligations implicites ». Finalement, l'option en faveur de l'introduction de ces clauses générales n'est pas conseillée en termes de proportionnalité. Non seulement cela provoquerait l'éloignement des présents Principes par rapport à la culture juridique des territoires de la *common law*, étant donné que leurs juges ne disposent pas d'un bagage suffisant pour définir *in casu* l'application de principes si généraux et si peu courants, mais leur réglementation ne garantit pas non plus l'uniformité des solutions employées dans les systèmes juridiques en question. Même les systèmes romano-germaniques ont des positions très différentes quant à la possibilité de s'éloigner des clauses contractuelles en raison de considérations générales relatives à la bonne foi ou à l'abus de droit.

Article 1.3 : Déclarations et notifications

- 1. Les déclarations et notifications peuvent se faire par tout moyen approprié aux circonstances. Elles prennent effet dès leur réception par le destinataire.**
- 2. Une déclaration ou notification est réputée être reçue immédiatement par son destinataire lorsqu'elle est faite verbalement et en sa présence.**
- 3. Une déclaration ou notification écrite est réputée être reçue par son destinataire lorsqu'elle est délivrée à son établissement ou à son adresse postale, ou lorsqu'elle est reçue par le récepteur télématique ou serveur de courrier électronique.**

COMMENTAIRE

Plusieurs règles des présents Principes renvoient aux besoins ou aux effets des déclarations ou des communications émises unilatéralement par les parties au contrat à diverses fins. Suivant une réglementation consolidée dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats (article 1.10 PU ; article 1:303 PECL ; I-1:109 DCFR ; article 10 CESL), les présents Principes établissent une série de critères qui ne sont que de simples hypothèses susceptibles d'être modifiées, corrigées ou écartées par les parties au moyen d'une autre réglementation ou conformément à leurs pratiques habituelles.

À défaut de tels accords ou usages, il est considéré que les notifications doivent être faites de manière appropriée aux circonstances, y compris la fonction même de la notification, et en tout cas au travers de moyens efficaces de communication. L'efficacité de la communication suit le critère actuellement le plus répandu dans le commerce international : le principe de « réception ». En effet, comme cela sera expliqué plus en détail dans les commentaires des règles sur l'offre et l'acceptation, les principes d'« émission » ou d'« expédition » ne sont pas fonctionnels dans les circonstances actuelles du commerce international, du fait qu'ils entraînent une insécurité juridique et conduisent à des solutions potentiellement déraisonnables et injustes. Il semble préférable que les notifications produisent leurs effets dès qu'elles sont reçues par le destinataire, c'est-à-dire le moment pouvant être considéré comme neutre et prévisible.

Certainement, le critère de « réception » ne peut donner lieu au principe de « connaissance » par le destinataire, puisque l'émission et la connaissance dépendent d'actions subjectives et potestatives de l'émetteur ou du destinataire, qui provoquent insécurité et imprévisibilité. C'est pourquoi les paragraphes deux et trois définissent le moment où une notification est considérée comme étant reçue par le destinataire, qu'elle soit orale (auquel cas la réception est instantanée) ou écrite (dans ce cas, la connaissance effective par le destinataire n'est pas nécessaire et il suffit que la notification soit entrée dans l'espace ou dans le domaine du destinataire). Par conséquent, il sera considéré qu'une communication a été reçue si le messenger ou l'agent postal a déposé la communication écrite dans la boîte aux lettres du destinataire ou l'a remise en main propre à un agent présent dans son établissement. Dans le cas d'un envoi par fax, il suffit que la transmission soit correcte et se trouve dans l'appareil récepteur, et ce même si elle n'a pas été reçue à cause, par exemple, d'un manque de papier ou d'un fonctionnement défectueux du récepteur. De même, une communication électronique est effective lorsque le message entre dans le serveur de courrier électronique sans qu'il soit nécessaire que le destinataire ait vu, ouvert ou lu ce message.

Article 1.4 : *Computation des délais*

- 1. Lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour du contrat, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ne compte pas.**

2. Lorsque le délai court à partir d'un jour déterminé, ce jour compte.
3. Lorsqu'un délai est exprimé en mois ou en années, ce délai expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Lorsqu'un délai est exprimé en mois et en jours, les mois sont d'abord décomptés, puis les jours.
4. Tous les jours, y compris les jours fériés et chômés, sont comptés dans le calcul du délai. Si le délai d'exécution expire un jour férié ou chômé dans le lieu d'exécution ou dans le lieu d'établissement de la partie qui est tenue d'exécuter, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.
5. Le fuseau horaire de référence est celui du lieu d'établissement de la partie qui fixe le délai. Si la fixation du délai n'est imputable à aucune des parties, le délai d'exécution d'une obligation est soumis au fuseau horaire du lieu d'exécution et, à défaut, du lieu d'établissement de la partie chargée de l'exécution.

COMMENTAIRE

Les Principes OHADAC regroupent une série d'hypothèses ou de critères de détermination relatifs à la computation des délais conformément aux usages généraux du commerce international et aux règles généralement acceptées dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats (article 1.12 PU ; article 1:304 PECL ; article I-1:110 et Annexe II DCFR ; article 11 CESL). Ces règles sont applicables à la computation des délais établis par les parties ainsi que, *mutatis mutandis*, dans les présents Principes, sauf indication contraire.

La règle contenue dans le premier paragraphe concernant la computation des jours suit le critère explicite utilisé dans plusieurs systèmes juridiques romano-germaniques,

qui prévoient généralement que la computation d'un délai commence le jour suivant le jour où a eu lieu le fait déterminant donnant naissance à l'obligation d'exécuter. Cette règle est également utilisée dans la *common law*, mais avec certaines nuances. En effet, si les parties ne prévoient rien ou ne mentionnent pas un jour donné, la règle semble raisonnable. De cette manière, s'il est établi que « la partie X doit payer la marchandise dans un délai de quinze jours à compter de la réception », il peut être interprété que ce délai commence à compter du jour suivant la réception et expire à la fin du quinzième jour. Le commencement du délai est plus controversé si les parties fixent une date de début. Par exemple, si les parties établissent que « la partie X doit payer la marchandise dans un délai de quinze jours à partir du 1^{er} mars d'une année donnée », la tendance à considérer le premier mars comme inclus dans le délai de quinze jours existe au moins en droit anglais. Cette règle interprétative semble raisonnable à titre général, si bien qu'elle est prévue au paragraphe deux. Par contre, il n'a pas été jugé opportun d'introduire une règle sur la détermination de l'heure de début et de l'heure de fin de la computation d'un délai calculé en jours. Bien qu'il soit généralement considéré que l'heure de début est la première heure de la journée tandis que l'heure de fin est la dernière heure de la journée, dans certains cas il peut être raisonnable d'interpréter que l'heure d'expiration n'est pas la dernière heure du jour (minuit) mais la dernière où il semble raisonnable de recevoir la notification ou l'exécution d'un acte conformément aux horaires commerciaux. Cette question reste donc ouverte à l'interprétation selon les circonstances.

La règle contenue au paragraphe trois concernant les cas dans lesquels les délais sont calculés en mois ou années et non en jours est également un point commun. Dans cette éventualité, une fois la date de début fixée, le délai est considéré comme expiré le même jour du mois ou de l'année où le délai expire. De cette manière, si le délai de six mois commence à partir du 1^{er} mars, il expirera le 1^{er} septembre. La règle vise à éviter l'interprétation du terme « mois » comme synonyme de « trente jours calendaire », qui est un critère raisonnable uniquement lorsque le délai est fixé en portions de mois (par exemple : un demi-mois). En outre, la règle corrige les conséquences que peuvent avoir l'irrégularité du nombre de jours de chaque mois. Ainsi, si un délai de six mois commence le 31 mars, il expirera le 30 septembre, c'est-à-dire le dernier jour du sixième mois. Il s'agit d'une règle qui confère une sécurité juridique à la computation des délais en mois.

La première règle contenue au paragraphe quatre est également claire et répandue. Elle prévoit une computation des délais ne prenant pas en compte le fait que les jours soient ouvrables, fériés ou chômés, c'est-à-dire que chaque jour est considéré de la

même manière qu'un jour calendaire. La règle, très répandue dans les systèmes romano-germaniques, est également bien connue des systèmes de la *common law* [*Doods v Walker* (1981 1 WLR, 1027)]. La règle préventive qui l'accompagne est elle aussi généralement acceptée. Elle répond au besoin de permettre l'exécution dans les délais et d'éviter d'invoquer la force majeure pour justifier un retard d'exécution. De cette façon, si la date d'expiration d'un délai concernant l'exécution d'une obligation coïncide avec un jour férié ou chômé, il convient d'étendre le délai jusqu'au premier jour ouvrable suivant où le débiteur pourra exécuter son obligation normalement. Face à des solutions plus restrictives, telle que celle contenue à l'article 1.12 (2) des PU, il semble raisonnable qu'une telle option soit possible non seulement lorsque le jour est férié dans le lieu d'établissement du débiteur, mais aussi lorsqu'il est férié dans le lieu d'exécution de l'obligation, car dans les deux cas le caractère férié du jour peut empêcher que l'obligation soit exécutée dans les délais impartis.

Enfin, dans le commerce international il est fréquent que les parties ou le lieu d'exécution se situent dans des zones horaires différentes. Les présents Principes envisagent dans la première partie du paragraphe cinq du présent article une règle déjà contenue dans l'article 1.12 (3) PU, qui vise à interpréter, à défaut d'accord entre les parties, que la zone horaire est celle du lieu où se trouve la partie qui a fixé le délai. Cependant, il n'est pas toujours possible d'identifier la partie ayant fixé le délai. Ceci est possible lorsqu'il s'agit, par exemple, de déterminer la caducité d'une offre, mais pas si le contrat a été négocié et les parties ont fixé conjointement le délai d'exécution de certaines obligations. Cette hypothèse n'est généralement pas prévue dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, et c'est pourquoi les Principes OHADAC considèrent que le plus raisonnable, dans ce cas, est de s'en tenir à la zone horaire du lieu d'exécution dans la mesure du possible. Dans certains cas, soit parce que ce lieu n'est pas défini, soit parce qu'il s'agit d'une obligation devant être exécutée dans plusieurs lieux soumis à des zones horaires différentes, la solution finale consiste à préférer la zone horaire de la partie chargée de l'exécution.

Exemple 1 : Une entreprise berlinoise envoie une offre à une entreprise située à New York en indiquant qu'elle doit être acceptée avant 14:00 heures le 22 septembre. Le délai doit être compris comme utilisant la zone horaire de Berlin.

Exemple 2 : Dans un contrat de vente de marchandises, le vendeur et l'acheteur ont établi que la marchandise doit être délivrée le 22 septembre avant 14:00 heures sur le port de New York. Le délai doit être compris comme utilisant la zone horaire de New York.

Exemple 3 : Dans le même contrat de vente, il est établi que le paiement doit se faire le 27 septembre avant 14:00 heures, sans déterminer ni le moyen ni le lieu de paiement. Le délai doit être compris comme utilisant la zone horaire de New York, qui est le lieu d'établissement de l'acheteur.

CHAPITRE 2

FORMATION DU CONTRAT

Section 1 : Offre et acceptation

Article 2.1.1 : Formation du contrat

Le contrat se forme par l'acceptation d'une offre.

COMMENTAIRE

Les pays membres de l'OHADAC, aussi bien romano-germaniques que de la *common law*, ont pour point commun de considérer que l'on ne peut être engagé que par sa volonté et que le consentement se forme à travers la rencontre de l'offre et de l'acceptation, qui est le mode habituel de formation des contrats. Le modèle de l'offre et de l'acceptation s'applique dans les systèmes juridiques caribéens romano-germaniques, et est souvent présent dans les codes civils (articles 1.009 et 1.010 du code civil costaricain ; article 311 du code civil cubain ; article 1.521 du code civil guatémaltèque ; article 6:217 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.553.1 du code civil hondurien ; articles 1.804-1.811 du code civil mexicain ; article 1.113 du code civil panaméen ; article 1.214 du code civil portoricain) ou dans les codes de commerce (articles 845 à 863 du code de commerce colombien ; article 54 du code de commerce cubain ; article 718 du code de commerce hondurien ; article 83 du code de commerce nicaraguayen ; articles 201 du code de commerce et 1.113 du code civil panaméen ; article 272.1 du code de commerce saint-lucien ; article 110 du code de commerce vénézuélien). Le consentement est également nécessaire dans les pays de tradition anglo-saxonne. Bien que la clé du contrat ne soit pas l'engagement à proprement parler, mais l'échange de promesses par la voie de la *consideration*, le consentement se manifeste à travers le concours de promesses réciproques [section 2 (1) du *Sale of Goods Act* anglaise ; section 3 (1) du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 6 (3) du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 6 (3) du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 3 (1) du *Sale of Goods Act* du Belize ; sections 2 et 6 (3) du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 3 (1) du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago).

Le modèle bilatéral de l'offre et de l'acceptation a été suivi dans la CVIM (en vigueur en Colombie, à Cuba, au Honduras, en République Dominicaine et à Saint-Vincent-et-les-

Grenadines et au Guyana), dont les articles 14 à 24 traitent des conditions que doivent réunir l'offre et l'acceptation afin de conclure le contrat, si bien qu'il n'est pas fait mention explicitement des mécanismes de consentement, qui sont évoqués à travers ces deux variantes de l'offre et de l'acceptation. La formation du contrat fondée sur l'acceptation de l'offre se retrouve également dans l'article 2.1.1 PU et dans l'article 30.2 CESL.

Par contre, les PECL, ainsi que le DCFR (article II-4:201), semblent s'éloigner de ce schéma bilatéral et prévoient dans l'article 2:101 que la formation du contrat exige uniquement que les parties aient entendu être liées juridiquement et soient parvenues à un accord suffisant. Ce postulat n'est cependant pas abandonné, mais l'article 2:211 des PECL précise que les règles sur l'offre et l'acceptation s'appliquent au processus de conclusion du contrat avec les adaptations appropriées, quand bien même la conclusion du contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation.

Exemple 1 : Si un entrepreneur des États-Unis offre à un entrepreneur jamaïcain une voiture pour 18.000 \$ et que celui-ci répond en acceptant, un contrat valable est formé, dans lequel l'offre et l'acceptation peuvent être clairement identifiées. Mais dans d'autres cas plus complexes, précédés de longs pourparlers, il faudra se référer aux documents et aux notifications échangés entre les parties afin de déterminer si un contrat a été conclu.

Certains ordres juridiques ne mentionnent l'offre contractuelle ni dans leur code de commerce ni dans leur code civil. C'est le cas de la France et de la République Dominicaine (articles 1.101 et 1.108 du code civil) ou d'Haïti (articles 897 et 903 du code civil), qui considèrent le contrat comme un accord de volontés qui exige un consentement, une capacité, un objet certain et une cause licite. Néanmoins, dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations, le chapitre II est dédié à la formation du contrat sur le modèle de l'offre et de l'acceptation (articles 13 à 34).

La constatation de l'existence d'un consentement contractuel ou d'un accord de volontés exige d'avoir recours aux règles d'interprétation du contrat contenues dans la section première du chapitre 4 des présents Principes, qui sont applicables *mutatis mutandis* aux déclarations unilatérales de volonté. À cet effet, il faut prendre en considération les commentaires aux règles dudit chapitre, en particulier en ce qui concerne la diversité des systèmes comparés et les problèmes que soulèvent les tendances interprétatives subjectivistes et objectivistes. Dans la pratique, comme cela est analysé plus en détail dans les commentaires de ce chapitre, bien qu'ils se basent sur des principes opposés, les systèmes romano-germaniques et les systèmes de la

common law tendent à se rejoindre sur l'interprétation objective des déclarations conformes à des critères raisonnables à la lumière d'un contexte compris au sens large.

Exemple 2 : Si au cours d'un repas dans un restaurant l'entrepreneur dominicain A offre à l'entrepreneur haïtien B une moissonneuse-batteuse à un prix très avantageux et B remet à A un acompte de 1.000 \$, le contrat est formé, même si l'intention de A était de faire une blague à B, étant donné que B ne pouvait pas savoir que A n'avait pas l'intention de s'engager et que toute personne raisonnable aurait crû que A avait formulé une véritable offre contractuelle.

Article 2.1.2 : Définition de l'offre

Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

COMMENTAIRE

1. Le caractère précis d'une offre

La réglementation des déclarations de volonté dans les codes des pays OHADAC est hétérogène. Certains codes civils (colombien, hondurien, nicaraguayen, panaméen ou vénézuélien) sont très détaillés. D'autres, par contre, ne font même pas référence de manière explicite à l'offre et à l'acceptation (dominicain, français et haïtien). D'autres codes ne contiennent que des références très sommaires à l'offre et à l'acceptation (article 444 du code de commerce costaricain relatif à la formation du contrat de vente ; article 54 du code de commerce cubain et article 85 du code de commerce portoricain, relatifs aux contrats conclus par courrier). La réglementation en la matière est peu précise dans le code civil français, comme il l'a déjà été dit, ce qui contraste avec l'avant-projet français de réforme du droit des obligations de 2013 (articles 11 à 34). Cela souligne l'influence sur les ordres juridiques internes des efforts d'harmonisation plus récents (DCFR) et moins récents (CVIM, PU, PECL) qui régissent abondamment l'offre et l'acceptation contractuelles, en suivant l'approche des systèmes inspirés du modèle germanique, tels que le BGB allemand ou le code civil italien, qui régissent cette question de manière exhaustive. C'est ce qui ressort du chapitre 4 DCFR relatif à la formation du contrat et en particulier de la section 2 (articles II-4:201-4:211) qui traite de l'offre et de l'acceptation d'une façon similaire aux

PECL, qui dédie leur section 2 du chapitre 2 à l'offre et à l'acceptation (articles 2:201-2:211), tout comme la CVIM (articles 14 à 24).

Dans les systèmes juridiques des territoires OHADAC, il est admis que l'offre est une proposition qu'une partie adresse à l'autre afin de conclure un contrat, soit au moyen d'une déclaration, soit en vertu de manifestations ou de comportements concluants. Cette proposition, ainsi que l'acceptation, doit être communiquée à l'autre partie afin d'emporter l'accord commun qui détermine l'existence d'un contrat (p. ex. article 845 du code de commerce colombien). Le principe de liberté de forme s'applique, si bien que la communication peut prendre une forme quelconque, à l'exception de certains contrats qui exigent des formalités spécifiques (prêts, OPA, crédits immobiliers, etc.). L'offre peut être communiquée par des moyens de communication instantanés, tels que le fax, le téléphone et le courrier électronique, alors que le courrier postal et le télégraphe sont beaucoup moins utilisés à l'heure actuelle. L'émission de déclarations de volonté à l'aide de moyens électroniques est considérée comme une manifestation du principe de liberté de forme en vertu du principe d'équivalence fonctionnelle entre les documents privés écrits et ceux produits électroniquement qui sont susceptibles de stocker, conserver et reproduire l'information [articles 1.108.1 et 1.316-1 du code civil français ; article 6:227a.1 du code civil néerlandais ; article 1.834 bis du code civil mexicain ; articles 197 et 198 du code de commerce panaméen ; sections 7 (a) et 7 (b) du *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), qui s'applique dans quarante sept États des États-Unis ainsi que dans le district de Columbia, à Porto Rico et dans les Îles Vierges. La section 2 UCC révisée a substitué le terme « écrit » par le terme « document » afin d'inclure les signatures électroniques et les écrits traditionnels sur papier]. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoit dans son article 11 qu'à défaut d'accord, l'offre et l'acceptation contractuelles peuvent s'exprimer à travers un message de données, mais les législations nationales peuvent prévoir des exceptions si des formalités données sont requises comme condition de validité du contrat. La même règle est établie dans l'article II-3:105 DCFR.

Exemple 1 : Lors d'une foire, l'entrepreneur mexicain A donne sa carte de visite à l'entrepreneur de Gustavia (Saint-Barthélemy) B. B veut entamer des rapports commerciaux et remet à A une offre contractuelle par courrier électronique précisant les conditions du contrat. Cette forme de communication entre les parties est valable, indépendamment de l'inexistence d'un accord préalable à cet égard.

Par contre, une divergence manifeste semble exister quant au contenu minimal qu'une proposition doit avoir afin d'être considérée comme une offre. D'un point de vue économique, exiger que l'offre fasse référence à tous les éléments d'un contrat semble

excessif, étant donné que, en plus des coûts de rédaction, certains aspects peuvent toujours manquer. Par conséquent, les ordres juridiques de la *common law* n'exigent pas de contenu minimal d'une offre ni ne soulèvent la question des éléments essentiels du contrat, si bien que la volonté commune des parties, la *consideration* et une description adéquate de l'objet et de la quantité du contrat sont suffisant pour une conclusion valable. La section 2-201 (1) UCC ne considère comme indispensable que la quantité de marchandises concernées et la section 2-204 (3) UCC exige un *remedy* pour réparer le préjudice que l'inexécution de l'obligation de l'une des parties cause à l'autre [également la section 33 (2) du *Restatement Second of Contracts*]. En règle générale, le droit nord-américain permet de laisser quelques questions ouvertes ainsi que de prévoir des bases raisonnables pour parvenir à une solution appropriée. C'est pourquoi il est possible d'omettre de déterminer la quantité et le prix, laissant cette question à un tiers ou à l'une des parties [section 2-204 (3) UCC]. Il est également possible de laisser aux tribunaux la faculté d'intégrer les termes dont il n'a pas été convenu, faisant appel aux usages ou aux pratiques régulièrement observées entre les parties, aux *implied terms* ou à toute solution adaptée aux circonstances et, en définitive, à son caractère raisonnable [section 2-204 (3) UCC].

Uniquement dans les cas où une telle intégration s'avèrerait impossible, le contrat ne sera pas considéré comme étant conclu. Cela s'explique par le fait que les parties font confiance aux juges pour ne pas outrepasser la volonté des parties. Néanmoins, il existe toujours des exceptions : dans certains cas, il est considéré que le fait de ne pas déterminer de date de commencement d'un contrat rend l'accord trop incomplet pour devenir obligatoire [*Harvey v Pratt* (1965), 1 WLR 1025] et dans d'autres cas le fait de ne pas fixer de prix est un signe indiquant qu'il n'existe pas de contrat et que les parties ont préféré le fixer à un moment ultérieur des pourparlers [*Russel Bros (Paddington) Ltd v John Elliott Management Ltd* (1992), 11 Const LJ 337]. De même dans le droit anglais, la section 8 (2) du *Sale of Goods Act* de 1979 considère qu'un accord de vente revêt un caractère obligatoire dès que les parties se sont engagées à vendre et à acheter, tandis que le reste de questions peuvent trouver leur réponse au moyen de standards raisonnables ou de la loi elle-même. La même approche est suivie dans les lois caribéennes inspirées de cette loi.

Le même critère est partagé par les PU (article 2.1.2), les PECL (article 2:201), le DCFR (article II-4:201) et la CESL (article 31.1), et bien qu'ils exigent que l'offre présente des termes suffisamment définis ou que l'offre soit suffisamment précise, ils ne contiennent pas une liste de conditions que l'offre doit prévoir, ce qui permet de recourir à des techniques différentes d'intégration du contrat fondées sur les usages et

les pratiques commerciales et sur le caractère raisonnable de la technique en question. Ils admettent même la détermination unilatérale du prix ou d'autres éléments contractuels par une seule des parties ou par un tiers, si bien que si la partie chargée de cette détermination va au-delà de ses pouvoirs, le contrat ne deviendrait pas nul, mais le prix serait corrigé par les tribunaux. Dans l'éventualité où la personne habilitée à déterminer le prix ne remplit pas son obligation, il sera présumé que les parties ont habilité les tribunaux à le faire.

Ces critères contrastent avec la rigidité de certains systèmes romano-germaniques qui exigent que le contrat soit complet et contiennent tous les éléments essentiels (article 1.108 des codes civils français et dominicain) ou conditions du contrat (article 1.522 du code civil guatémaltèque). L'article 14 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ainsi que l'article 845 du code de commerce colombien exigent que l'offre contienne tous les éléments essentiels du contrat, de sorte que des accords ultérieurs entre les parties ne sont pas nécessaires à la conclusion du contrat. De cette manière, l'offre n'a besoin que de l'acceptation de l'autre partie pour que le contrat devienne contraignant.

Néanmoins, la rigidité apparente des systèmes romano-germaniques s'atténue dans certains pays, où le contrat existe malgré l'absence d'accord sur certains aspects essentiels. Dans ce sens, il est admis que la détermination de certains éléments puisse être reportée à un moment ultérieur, à condition que les bases de cette détermination soient fixées dans l'offre ou dans la proposition initiale. Même un aspect essentiel comme le prix peut être fixé *a posteriori*, par rapport à celui d'une chose certaine ou par un tiers (article 1.592 des codes civils français et dominicain) ou par renvoi à la cotation en bourse.

Exemple 2 : L'entreprise jamaïcaine A offre à l'entreprise B la vente de 50 têtes de bovins pour l'exploitation de B à Port d'Espagne (Trinité-et-Tobago) ou la quantité de têtes de bovins dont B a besoin cette saison, à prix courant dans la foire aux bestiaux de Kingston à la date de la livraison ou au prix habituel entre les parties ou à un prix raisonnable. Bien que quelques éléments de l'offre ne soient pas déterminés, ils peuvent être déterminés *a posteriori*.

Le fait de laisser quelques questions ouvertes n'empêche pas non plus la conclusion du contrat selon le droit néerlandais et surinamais, dont l'article 6:227 du code civil exige seulement que les obligations des parties soient déterminables. Il en va de même dans le code de commerce mexicain, qui prévoit des règles pour insérer les points qui n'ont pas encore été déterminés, tels que le type et la qualité de marchandises à livrer ou les délais d'exécution (articles 83 et 87), tout comme les articles 421 du code de

commerce costaricain, 101 du code de commerce nicaraguayen, 219, 223.3 et 227 du code de commerce panaméen et 138 du code de commerce vénézuélien.

Même un texte comme la CVIM, qui semble suivre le modèle rigide des systèmes continentaux, en énumérant en détail les éléments qui doivent accompagner l'offre, se rapproche du modèle de la *common law* et admet d'une certaine manière la détermination postérieure des éléments contractuels. Son article 14 indique qu'une offre suffisamment précise doit indiquer les marchandises ainsi que la quantité et le prix, de manière expresse ou tacite. L'absence d'un des termes signalés comportera l'inexistence de l'offre et sera considérée comme une simple invitation à soumettre une offre. Cependant, cette exigence est plus souple car elle admet l'existence de l'offre si un système quelconque pour déterminer le prix a été prévu. La date et le lieu de livraison des marchandises seront déterminés conformément aux articles 31 et suivants, et la date et le lieu de paiement du prix selon les articles 57 et 58. Même des éléments essentiels, tels que la quantité, peuvent être déterminés implicitement et découler des accords préparatoires ou des usages et pratiques existant entre les parties, si des commandes antérieures en quantités similaires ont été effectuées à plusieurs reprises. En somme, il s'agit d'une question d'interprétation de la volonté des parties.

Exemple 3 : Le constructeur automobile A, dont le siège social est situé à Free Town (Bahamas), entretient des rapports commerciaux depuis quelques années avec le constructeur nord-américain de pièces automobiles B. Ayant décidé de développer son entreprise, A décide d'ouvrir une succursale à Nassau et envoie donc une offre à B pour qu'il fournisse les mêmes pièces à la succursale de Nassau. L'offre ne précise ni la quantité de pièces ni son prix, mais B accepte l'offre. Le contrat est considéré comme étant conclu, du fait que les termes manquants de l'offre peuvent être repris des pratiques entre les parties dans leurs rapports commerciaux préalables.

Les voies judiciaires, qui permettent d'établir les éléments indéterminés de l'offre, constituent un certain rapprochement entre ces deux modèles. C'est pourquoi les Principes OHADAC ont opté pour une approche flexible concernant l'offre. Néanmoins, s'agissant d'une question d'interprétation, certaines fluctuations découlant de la diversité des tendances interprétatives du contrat et qui sont analysées dans la section première du chapitre 5 ne peuvent être exclues. Par conséquent, dans les cas où l'offre laisse certaines questions ouvertes, si la partie souhaite affirmer le caractère contraignant de son offre, il faudra s'assurer que cette intention est exprimée de façon suffisamment claire.

2. La volonté de s'engager en tant que condition subjective de l'offre

Une proposition devient une offre lorsqu'elle met en évidence l'intention sérieuse de l'auteur de l'offre de s'engager en cas d'acceptation (article 14.1 CVIM ; article 2.1.2 PU ; article 2:102 PECL ; article II-4:201 DCFR). Néanmoins, aucun texte normatif n'indique les mots que doit employer l'auteur de l'offre, et toute formule est donc admissible. L'offre doit être sérieuse et avoir un caractère définitif. Si elle est faite sous réserve ou en attente de confirmation elle ne sera pas considérée comme une véritable offre. Par conséquent, l'insertion d'une clause telle que « sauf confirmation », « sauf approbation » ou « sans engagement » emporte la volonté de l'auteur de l'offre de ne pas s'engager et de provoquer l'engagement du destinataire s'il accepte. Ces clauses sont connues sous des dénominations diverses : « sans engagement », « *senza impegno* », « *without obligation* », « *subject to agreement* » ou encore « *freibleibend* ».

Les déclarations effectuées dans un but purement informatif ou avec l'intention d'inciter l'autre partie à faire une offre ne constituent pas des offres et n'impliquent pas une volonté de s'engager. Par contre, les propositions qui contiennent des clauses limitant la portée d'un élément quelconque de l'offre constituent bien des offres : ces clauses soumettent l'élément en question à des circonstances pouvant l'affecter, telles que « jusqu'à épuisement des stocks » ou « sauf variation du prix ». Cette limitation, qui vise à couvrir la demande d'un produit ou d'un service dans la limite de la capacité du fournisseur de services ou jusqu'à l'épuisement des stocks disponibles, est visée par l'article 849 du code de commerce colombien en tant que manière de mettre fin à l'offre pour une juste cause. Elle est aussi prévue dans l'article II-4:201 DCFR, afin de préciser qu'une déclaration contenue dans un catalogue ou dans une annonce publique constitue une offre. En tout cas, si l'auteur de l'offre ne veut pas qu'une telle proposition l'engage, il est recommandé, afin de lever toute ambiguïté quant à sa véritable intention, d'y ajouter l'une des clauses de non engagement susmentionnées.

La confirmation de l'intention de s'engager de l'auteur de l'offre est une question d'interprétation que régissent les règles de la section première du chapitre 4 des présents Principes et qui peuvent admettre une certaine marge de fluctuation selon le système juridique concerné. De cette façon, en droit anglais, l'offre ne doit pas être interprétée subjectivement, en fonction de ce que l'auteur de l'offre a en tête, mais objectivement, tout comme l'interpréterait une personne raisonnable qui se trouverait dans la même situation que le destinataire de l'offre [*Centrovincial Estates plc v Merchant Investors Assurance Co Ltd* (1983), Com LR 158]. Pour qu'un contrat soit conclu moyennant l'échange de promesses entre les parties, où chaque promesse constitue la *consideration* de la promesse réciproque, il faut que l'intention des parties coïncide, telle qu'elle a été communiquée et comprise par l'autre partie, même si ce

qui a été communiqué ne coïncide pas avec ce que la partie communicante a en tête [*Paal Wilson & Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hannah Blumenthal)* (1983), 1 All ER 34]. Seulement lorsque la confiance d'une partie devient injustifiée, dans la mesure où elle ne pouvait pas méconnaître la véritable intention de l'autre partie, cette partie peut se détacher du contrat (*Hartog v Colin & Shields* (1939), KB 27 AELR 566).

Les codes romano-germaniques favorisent davantage une interprétation subjective, si bien que le principe fondamental en la matière prévoit qu'une personne ne s'engage que si elle a l'intention de conclure un contrat (article 1.156 des codes civils français et dominicain ; article 681 du code de commerce guatémaltèque ; article 713 du code de commerce hondurien). Néanmoins, les exceptions à cette règle rapprochent ces systèmes d'une interprétation objective fondée sur la compréhension par une partie des déclarations faites par l'autre, car il ne faut pas oublier le rôle que joue dans ces codes le principe de bonne foi, qui préside les pourparlers et qui participe à la protection de la confiance du destinataire. Cela explique que des dommages-intérêts puissent être réclamés en cas d'actes de négligence de la part de l'auteur de l'offre.

La réglementation de l'article 2.1.2 des Principes OHADAC doit être mise en rapport avec les règles d'interprétation des déclarations des parties, et en particulier avec l'article 4.1.2. Par conséquent, il faut partir d'un critère d'interprétation selon lequel l'intention des parties doit être interprétée en fonction du sens qu'une personne raisonnable de même qualité que les parties aurait donné à ses déclarations dans les mêmes circonstances. Pour cela, il peut être fait recours aux critères indiqués dans ledit article, qui permettent d'englober les différentes cultures juridiques et interprétatives de la Caraïbe.

CLAUSES RELATIVES AU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'OFFRE

Dans tous les cas, ce sont les règles d'interprétation du contrat qui vont déterminer si une proposition constitue une offre. Afin d'éviter tout doute concernant le caractère contraignant d'une proposition, selon qu'elle contient ou non tous les éléments essentiels du contrat, il est recommandé que l'auteur de la proposition qui ne souhaite pas être engagé par sa proposition indique clairement que cette dernière ne constitue pas une offre contractuelle et qu'il n'est pas donc lié, même si l'autre partie accepte tous les termes de la proposition. Pour cela, il convient d'insérer une clause de ce type dans l'offre :

« Cette proposition n'est pas une offre contractuelle et elle ne comporte donc pas d'obligations, même si elle est acceptée dans son intégralité par le destinataire. »

Par contre, si l'auteur de la proposition souhaite s'engager, il doit rédiger sa proposition de manière claire afin d'éviter toute ambiguïté sur son statut d'offre contractuelle et inclure tous les éléments nécessaires à la validité du contrat ou prévoir la manière de déterminer les éléments pour lesquels un accord définitif n'a pas encore été trouvé. La proposition en question doit également comprendre une indication expresse de son intention d'être lié par la déclaration.

Article 2.1.3 : *Offre et invitatio ad offerendum*

- 1. L'offre peut être faite à une ou plusieurs personnes déterminées.**
- 2. Une proposition adressée au public n'est pas une offre, sauf si la partie qui fait la proposition l'indique expressément ou si les circonstances le justifient.**
- 3. Les circonstances mentionnées au paragraphe précédent découlent notamment de l'exposition de biens et de services dans un espace physique ou virtuel, pour un prix déterminé. L'offre sera alors réputée faite sous réserve de l'épuisement des stocks ou de la possibilité de fournir le service.**

COMMENTAIRE

1. Propositions adressées à des personnes déterminées et au public en général

La distinction entre les offres et les invitations à soumettre des offres est importante. L'offre oblige l'auteur, qui s'engage dans les termes proposés en cas d'acceptation du destinataire. Au contraire, *l'invitatio ad offerendum* n'oblige pas l'auteur, qui peut renoncer à la conclusion du contrat.

En règle générale, une proposition faite à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si le reste des conditions est remplie. La détermination du destinataire de l'offre est possible à condition qu'il soit individualisé, par exemple en

indiquant ses données personnelles, mais il suffit que le destinataire soit identifiable. Néanmoins, dans certains cas les destinataires sont clairement identifiés au moyen de leurs noms et prénoms ou de leur raison sociale et le fait que la proposition constitue une offre pose cependant certains problèmes. C'est le cas des envois à un nombre significatif de personnes de catalogues, prospectus, brochures ou liste de marchandises avec leur prix respectif par courrier postal ou électronique ou d'autres moyens publicitaires comme le *mailing*. Ces envois seront considérés comme de simples invitations à soumettre des offres si, selon les usages commerciaux, ils ont un but publicitaire afin de faire connaître un produit et d'inciter le destinataire à soumettre des offres. Par conséquent, l'auteur de la proposition ne s'engage pas, à moins qu'il n'indique sa volonté de s'engager.

L'article 14.2 CVIM considère les propositions qui ne sont pas faites à une ou plusieurs personnes déterminées comme des invitations à soumettre des offres. L'interprétation qui en découle considère ces envois comme étant publicitaires et non pas comme de véritables offres contractuelles : de cette manière, l'auteur de la proposition est protégé, puisqu'il n'est lié par aucune obligation dans l'hypothèse d'une avalanche de commandes, même s'il est possible de parvenir au même résultat en insérant dans la proposition une clause de sauvegarde qui protège l'auteur de la proposition, telle que « jusqu'à l'épuisement des stocks ». Les cas de *restricting mailing list* sont considérés comme des offres obligatoires, selon l'article 92.2 du code de commerce nicaraguayen, qui établit la réserve de ce qu'au moment de la commande le prix reste inchangé et que l'auteur de l'offre ait des marchandises en stock. En outre, le DCFR et les PECL admettent que de telles communications publicitaires sont des offres contractuelles [article 2:201 (3) PECL et article II-4:201 (3) DCFR]. En tout cas, ces règles établissent une simple présomption, car l'annonce peut indiquer une intention tout autre ou celle-ci peut être déduite des circonstances. Malgré certaines différences, les PU, qui ne mentionnent même pas les destinataires de l'offre, arrivent à la même conclusion, et le fait d'adresser la proposition à un public indéterminé ne signifie donc pas qu'il n'existe pas d'offre. Il faudra donc effectuer une interprétation au cas par cas, tel qu'il est établi à l'article 2.1.3, paragraphe deux, des présents Principes.

Exemple : Afin de faire connaître ses variétés de cafés verts et torréfiés, un entrepreneur nicaraguayen envoie à de nombreux entrepreneurs costaricains identifiés par leurs noms et leur adresse des catalogues de ses produits, indiquant leur prix et mettant en valeur leurs qualités. Dans sa proposition, il a inséré la clause suivante : « jusqu'à l'épuisement des stocks ». Même si dans les systèmes juridiques

qui ont adopté la CVIM, la proposition a un caractère publicitaire, l'insertion de ladite clause permet d'interpréter qu'il s'agit d'une offre contractuelle.

Les propositions faites au public en général et non pas à une ou plusieurs personnes déterminées sont plus controversées. Certains pays cherchent à protéger l'auteur de la proposition face à une avalanche de commandes et considèrent que les offres faites au public en général n'engagent pas l'auteur, mais qu'elles ont une fonction commerciale : elles ne révèlent pas une intention sérieuse et suffisamment précise de s'engager. Ceci est l'approche de la *common law*, à moins que l'auteur n'indique le contraire [*Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemist (Southern) Limited* (1955), 1 QB 401, 1 All ER 482 ; *Fisher v Bell* (1960), 1 QB 345, 3 All ER 731 (CA) ; *Partridge v Crittenden* (1968), 1 WLR 1204]. Néanmoins, certains arrêts dans la *common law* considèrent ces propositions comme de véritables offres [*Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* (1893), 1 QB 256 (CA) ; *Billings v Arnott* (1945), 80 ILTR 50 (HC) ; *Lefkowitz v Great Minneapolis Surplus Store* (1957), 251 Minn. 188, 86 NW 2d 689]. Cette approche est aussi partagée par l'article 847 du code de commerce colombien et l'article 92.1 du code de commerce nicaraguayen. L'article 14.2 de la CVIM admet également que l'auteur puisse disposer autrement, auquel cas la proposition sera une offre pourvu que les conditions relatives à la précision des termes essentiels soient remplies.

Dans d'autres systèmes juridiques, par contre, les propositions faites au public avec indication des prix au moyen annonces dans les médias et de communication sont considérées comme des offres dès qu'elles contiennent le prix ou les éléments essentiels (article 720 du code de commerce hondurien ; article 206 du code de commerce panaméen ; article II-4:201 DCFR ; article 2:201 PECL ; article 14 avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). La jurisprudence française semble hésiter à cet égard. Aux Pays-Bas il n'existe pas de règle de droit à ce propos, mais il est généralement admis qu'une proposition publique de vendre des biens ou de fournir des services à un prix déterminé est une offre jusqu'à ce que la capacité de fournisseur soit atteinte ou jusqu'à l'épuisement des stocks disponibles.

Les deux approches opposées se rapprochent finalement, car la solution dépend des circonstances de chaque cas et de l'intention de l'auteur de l'offre. Le fait que les propositions se trouvent dans un site web à caractère commercial adressé au public ne modifie pas ces règles, car dans la *common law* elles seront considérées comme des invitations à soumettre des offres, sauf indication contraire sur le site web, tandis que dans les systèmes romano-germaniques elles seront traitées comme des offres si elles contiennent les éléments essentiels du contrat. Ces circonstances doivent être prises

en considération par l'auteur de l'offre s'il ne souhaite pas s'engager et s'obliger à accomplir les termes de sa proposition si son offre est acceptée.

Étant donnée la diversité des approches concernant les propositions faites au public en tant qu'offres obligatoires ou non, le plus recommandable pour l'auteur est de prendre des précautions pour ne pas s'engager de manière inopinée si la loi applicable au contrat attribue un caractère d'offres obligatoire à ces propositions. Si l'auteur n'a pas l'intention de s'engager, il doit indiquer clairement que la proposition n'est pas une offre contractuelle, et s'il souhaite s'engager, il est recommandable qu'il se protège d'une avalanche de commandes en insérant une clause de sauvegarde telle que « jusqu'à l'épuisement des stocks ».

2. Expositions de marchandises dans des vitrines, comptoirs et autres locaux commerciaux avec indication du prix

Dans certains systèmes juridiques, l'exposition des biens dans des comptoirs ou des vitrines sont considérées comme des offres obligatoires (article 848 C.Com colombien ; article 206.2 du code de commerce panaméen ; article 2:201 PECL ; article II-4:201 DCFR). Par conséquent, si un prix erroné est affiché en vitrine, le caissier se voit obligé de vendre le produit à ce prix. Étant donné le caractère obligatoire des expositions, l'auteur de l'offre demeure protégé par l'article 849 du code de commerce colombien, qui établit que si les marchandises sont épuisées au moment de l'acceptation, l'offre est considérée comme étant terminée en vertu d'une cause juste.

La *common law* suit une approche contraire : la présentation de marchandises dans des magasins et des marchés n'est qu'une invitation à soumettre une offre [*Fisher v Bell* (1961), 1 QB 394-399 ; (1960) 3 All ER 731-733 ; *Pharmaceutical Society of GB v Boots Cash Chemist (Southern) Ltd* (1952), 2 All ER 456]. Malgré tout, l'exposition de biens dans un self-service a parfois été considérée comme une offre [*Lasky v Economy Grocery Stores* (1946), 319 Mass 224, 65 NE 2d 305 ; *Chapelton v Barry UDC* (1940), 1 All ER 356]. L'article 14.2 de la CVIM considère aussi des telles propositions comme des invitations à soumettre une offre, dans la mesure où il s'agit de propositions adressées à une ou plusieurs personnes non déterminées. L'exposition est une manière d'indiquer que la marchandise est disponible et son prix, de manière que l'acquisition du produit par le destinataire est en réalité une offre d'achat à proprement parler, et non une offre de vente. Selon cette approche, le caissier n'aurait donc pas d'obligation de vendre le produit exposé à quelque client que ce soit ni, par conséquent, à vendre un produit étiqueté de manière erronée.

Les Principes OHADAC ont opté pour une règle flexible énoncée à l'article 2.1.3, paragraphe trois, qui a pour point de départ la négation de l'offre dans ces cas, mais admet en même temps une interprétation contextuelle. Une fois de plus, face aux différents traitements de ces offres comme étant obligatoires ou non, il est recommandable, afin d'éviter des conséquences non désirées, que l'auteur de l'offre exprime d'une manière explicite que la communication commerciale ne l'engage pas et que son acceptation ultérieure est nécessaire.

Article 2.1.4 : *Prise d'effets de l'offre*

- 1. L'offre prend effet dès réception par son destinataire.**
- 2. L'offre peut être rétractée si la notification de la rétractation est reçue par le destinataire antérieurement ou au même moment.**

COMMENTAIRE

Il est généralement admis que l'offre produit ses effets dès qu'elle parvient au destinataire de manière orale ou écrite, ou bien personnellement dans son établissement ou dans sa résidence habituelle. Autrement, le destinataire ne peut pas connaître l'intention de l'auteur de l'offre de s'engager par un contrat. Cette théorie de la réception, qui présuppose que le destinataire connaisse l'offre du fait de l'avoir reçue, est expressément visée par les articles 15.1 CVIM et 2.1.3 PU. La règle contenue à l'article 2.1.4, paragraphe premier, suit d'ailleurs les critères généraux établis dans l'article 1.3 des présents Principes.

Néanmoins, l'auteur de l'offre ne s'engage pas avant que le destinataire accepte l'offre. Par conséquent, il peut changer d'avis concernant la conclusion du contrat durant le laps de temps qui s'écoule entre l'émission de sa déclaration de volonté et la réception de celle-ci par le destinataire. L'article 2.1.4, paragraphe deux, reconnaît le droit d'émettre une nouvelle déclaration de volonté contraire à la première, qui vise à annuler la première proposition formulée dans l'offre, nommé « rétractation de l'offre ». Son efficacité est généralement reconnue, car elle fait partie du large pouvoir discrétionnaire dont bénéficie l'auteur de l'offre concernant sa proposition.

Par principe, la rétractation de l'offre n'est pas possible si elle est effectuée en présence du destinataire ou en utilisant des moyens de communication instantanés, tels que le téléphone, puisque le retrait ne peut pas parvenir au destinataire avant ou

en même temps que l'offre elle-même. La rétractation de l'offre est possible à condition que l'auteur de l'offre fasse parvenir cette communication au destinataire avant ou en même temps que l'offre. S'il le fait après, il s'agira d'une révocation (article 1.010.1 du code civil costaricain ; article 1.808 du code civil mexicain ; article 2.450 du code civil nicaraguayen ; article 15.2 CVIM ; article 2.1.3 PU ; article 1:303 PECL ; article 15 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). En tout cas, il est recommandé d'indiquer cette possibilité dans l'offre.

La rétractation de l'offre n'a pas d'impact sur son caractère révocable ou irrévocable, car l'irrévocabilité de l'offre présuppose que l'offre est parfaite une fois qu'elle a été reçue par le destinataire, tandis que la rétractation de l'offre implique que celle-ci n'a pas encore de force obligatoire puisqu'elle n'est pas parvenue au destinataire. Néanmoins, dans les systèmes de la *common law*, bien qu'une distinction soit faite entre les termes *withdrawal* et *revocation*, ces deux moments ne sont pas différenciés et la seule possibilité envisagée est que l'auteur de l'offre puisse priver d'effets sa déclaration de volonté initiale.

Article 2.1.5 : Révocation de l'offre

- 1. L'offre peut être révoquée pourvu que la révocation soit reçue par son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation.**
- 2. Néanmoins, l'offre ne peut être révoquée lorsqu'un délai d'irrévocabilité est stipulé ou lorsque son destinataire a pu raisonnablement considérer que l'offre était irrévocable et a commencé à exécuter le contrat.**
- 3. Lorsque l'offre est assortie d'un délai d'acceptation, ce délai est présumé emporter délai d'irrévocabilité, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.**

COMMENTAIRE

La révocation consiste à annuler l'offre durant le laps de temps qui s'écoule entre la réception de l'offre et la conclusion du contrat. Elle se pose à un moment où l'offre est déjà effective, puisqu'elle est parvenue au destinataire. Le processus de formation du

contrat est déjà amorcé, et le destinataire joue donc un rôle primordial. Si le destinataire accepte l'offre, le contrat est conclu. Si par contre il rejette l'offre, celle-ci devient caduque.

Dans les systèmes de la *common law*, ces deux moments sont indifférenciés. Il est tout simplement admis que l'auteur de l'offre peut laisser sans effet sa déclaration de volonté à tout moment avant l'acceptation de l'offre. Dans ces systèmes, la révocabilité est inhérente à l'offre, car l'irrévocabilité comporterait une obligation de l'auteur de l'offre sans *consideration* de la part de l'acceptant (sections 42, 43 et 47 du *Restatement Second of Contracts*). Certains systèmes caribéens romano-germaniques suivent la même règle (article 6:219 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 87 du code de commerce nicaraguayen ; article 1.137.4 du code civil vénézuélien). Néanmoins, dans ces systèmes la faculté de révocation est soumise à des exigences en matière de communication à l'acceptant qui limitent son efficacité : si au moment où l'acceptant envoie son acceptation il n'a pas encore reçu la notification de révocation de l'offre, celle-ci est inefficace et l'acceptation prévautra [*In Re Imperial Land Company of Marseille, ex parte Harris* (1872), KR 7 Ch. App. 587 ; *Byrne & Co v Leon van Tienhoven* (1880), 5 CPD 344 ; *Re London & Northern Bank* (1900), 1 Ch. 200]. Le principe de liberté de forme, qui régit l'émission de l'offre, s'applique aussi à la révocation qui peut être effectuée sous quelque formulation que ce soit (articles 1.2 et 1.9 PU). La jurisprudence de la *common law* admet même la révocation par la vente à un tiers. Par contre, il ne semble pas suffisant que des tiers non autorisés par l'auteur de l'offre informe le destinataire de la révocation, bien que dans la *common law* il suffise que la communication provienne d'une source fiable.

La détermination de la limite temporelle du droit de révocation est le problème principal que soulève ce droit. Dans la *common law* et dans le droit néerlandais ce moment est celui de la transmission de l'acceptation par le destinataire (article 6:219.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 16.1 CVIM ; article 2:202 PECL ; article 32.1 CESL). Par contre, l'article 1.137.4 du code civil vénézuélien étend le délai de révocation jusqu'au moment où l'auteur de l'offre prend connaissance de l'acceptation.

D'autres systèmes juridiques établissent un principe d'irrévocabilité, au moins pendant un délai déterminé, qui est soit celui prévu dans l'offre comme délai d'acceptation, soit un délai raisonnable, partant du principe que lorsqu'une personne fait une déclaration de volonté, un lien obligatoire est créé (article 846 du code de commerce colombien ; article 443 du code de commerce costaricain ; article 317.1 du code civil cubain ; article 1.521 du code civil guatémaltèque ; article 718 du code de commerce hondurien ;

article 1.804 du code civil mexicain ; article 89 du code de commerce nicaraguayen ; article 2.453 du code civil nicaraguayen ; article 204 du code de commerce panaméen ; article 1.137.5 du code civil vénézuélien). Certains ordres juridiques se positionnent dans la même lignée, comme c'est le cas des droits néerlandais et surinamais, lorsque l'offre prévoit un délai d'acceptation ou son irrévocabilité [section 2-205 UCC ; article 16 CVIM ; article 2.1.4 (2) (a) PU ; article 2:202 PECL ; article II-4:202 (b) DCFR ; article 32.3 CESL ; article 16 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013]. Dans certains systèmes, même l'autonomie de l'offre en cas de décès de l'auteur est admise, sauf dans les cas où cela serait contraire aux circonstances, à la volonté de l'auteur de l'offre ou à la nature du contrat (article 846 du code de commerce colombien ; article 1.014 du code civil costaricain ; article 6:222 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 718 du code de commerce hondurien ; article 1.809 du code civil mexicain ; article 2.454 du code civil nicaraguayen ; article 213 du code de commerce panaméen). Par contre, l'article 18.2 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 prévoit la caducité de l'offre par le décès de son auteur, tout comme l'article 1.528 du code civil guatémaltèque, si l'auteur est décédé avant de recevoir l'acceptation ou si le destinataire est décédé avant d'avoir accepté l'offre.

La pratique quant à la fixation d'un délai d'acceptation est très répandue dans les systèmes romano-germaniques, en particulier dans les codes de tradition germanique. Selon ces législations le fait de prévoir un délai d'acceptation de l'offre produit un double effet : d'un côté, il empêche la possibilité d'accepter l'offre après ce délai, et d'un autre côté, l'existence d'une promesse de ne pas révoquer l'offre durant le délai équivaut à considérer ces offres comme irrévocables. Par contre, le droit anglo-saxon et une partie de la doctrine continentale considèrent que prévoir un délai d'acceptation signifie seulement qu'une fois le délai expiré, il n'y a pas lieu d'accepter l'offre, sans que ce soit une cause d'irrévocabilité. Selon la jurisprudence française, la révocation de l'offre dans ces cas empêche la conclusion du contrat, mais engage la responsabilité de l'auteur de l'offre et le versement de dommages-intérêts.

Exemple 1 : L'entreprise A dont le siège est situé au Belize offre à l'entreprise B, des États-Unis, la vente d'une certaine quantité de bois d'acajou dans des conditions et à un prix déterminés, mais inclut dans l'offre une clause selon laquelle ces conditions ne seront valables que jusqu'à une date déterminée. Selon la loi applicable au contrat, cette clause peut s'interpréter de façon à considérer l'offre comme irrévocable ou, au contraire, à considérer qu'après cette date l'acceptation de l'offre n'est plus possible.

Les systèmes juridiques nationaux de l'OHADAC reconnaissent aussi le principe de confiance comme une raison rendant l'offre irrévocable. Ainsi, une offre est considérée comme étant irrévocable si le destinataire a pu raisonnablement croire qu'il s'agissait d'une offre irrévocable et s'il a agi en fonction de cette offre, s'engageant ou faisant des offres contractuelles à des tiers. Si les déclarations ou les actions de l'auteur de l'offre conduisent le destinataire à compter sur le caractère irrévocable de l'offre, cette confiance doit être protégée, et la révocation de l'offre serait contraire au principe de bonne foi ou à ce que la jurisprudence nord-américaine connaît sous le nom de *promissory estoppel*. Dans ce sens, même les tribunaux anglais, qui sont pourtant peu enclins à reconnaître le principe de bonne foi lors des pourparlers ou la doctrine de l'estoppel afin d'exiger des obligations non contractuelles, admettent l'irrévocabilité de l'offre dans le cas où, dans un contrat unilatéral, l'acceptant a commencé à exécuter ses obligations contractuelles [*Daulia Ltd v Tour Millbank Nominees Ltd* (1978), Ch 231].

La règle contenue dans l'article 2.1.5 des présents Principes suit le postulat plus répandu dans la plupart des systèmes juridiques et elle est formulée avec suffisamment de souplesse pour parvenir à des solutions équilibrées et admissibles dans toutes les cultures juridiques représentées dans la Caraïbe. Finalement, les critères d'interprétation joueront un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si effectivement le comportement ou les déclarations de l'auteur de l'offre ont pu inciter une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le destinataire à considérer que l'offre était irrévocable. Dans ce sens, il est tout à fait possible que concernant un contrat conclu entre deux parties établies dans deux États de la *common law*, la pratique commerciale et les usages permettent d'interpréter plus facilement la révocabilité d'une offre assortie d'un délai d'acceptation, tandis qu'il est possible de parvenir à l'interprétation contraire si les deux parties résident dans des pays romano-germaniques. Dans les cas mixtes, il ne faut pas oublier le principe général du droit international privé selon lequel une partie peut toujours invoquer la loi de sa résidence habituelle afin de démontrer qu'elle n'a pas donné son consentement s'il est estimé déraisonnable, à la lumière des circonstances, d'appliquer le critère contraire conformément à la loi applicable au contrat, y compris les Principes OHADAC [p. ex. article 10.2 du Règlement (UE) n° 539/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »)].

Le caractère irrévocable de l'offre implique que si le destinataire accepte l'offre, le contrat sera conclu et la responsabilité résultant d'une *culpa in contrahendo* pourra

être exigée. Dans le même ordre d'idée, le droit cubain établit que la révocation n'aura pas d'effets juridiques dans ce cas (article 318.2 du code civil cubain). Les textes internationaux prévoient l'irrévocabilité de l'offre dans les cas où le destinataire avait des raisons de croire que l'offre était irrévocable et a agi en conséquence [article 16.2 (b) CVIM ; article 2.1.4:2 (b) PU ; article 2:202 (3) PECL ; article II-4:202 (3) DCFR ; article 32.3 CESL]. Par contre, d'autres systèmes juridiques qui admettent le caractère irrévocable de l'offre prévoient que si la notification de la révocation parvient au destinataire après qu'il a commencé à exécuter ses obligations contractuelles, il devra être indemnisé pour les préjudices subis (article 208 du code de commerce panaméen ; article 113 du code de commerce et article 1.139.3 du code civil vénézuéliens).

Exemple 2 : L'entreprise arubaine A propose à l'entreprise vénézuélienne B la construction d'un complexe résidentiel à Oranjestad à un prix déterminé. B demande un délai d'un mois pour réaliser des maquettes et évaluer la rentabilité du projet. A accepte et B commence les travaux en question. Pendant un mois, A est obligée de maintenir l'offre. Si elle la révoque dans ce délai, la conséquence juridique dépendra de la loi applicable (elle n'aura pas d'effets ou bien comportera l'obligation de verser une indemnisation pour les dommages subis).

Étant donné la diversité de solutions concernant la reconnaissance ou non du caractère révocable de l'offre, il est recommandé de toujours indiquer dans l'offre si celle-ci a un caractère révocable ou non, bien que la possibilité de produire une offre irrévocable par volonté unilatérale de l'auteur ne soit pas reconnue dans la *common law* en raison de l'exigence de *consideration*. Par conséquent, jusqu'à la conclusion du contrat, l'auteur de l'offre pourrait révoquer son offre (article 42 du *Restatement Second of Contracts*). Le seul moyen pour le destinataire de rendre une offre irrévocable est qu'il fournisse une contrepartie afin que l'offre soit maintenue, ou bien qu'une promesse *under seal* soit faite, quoique l'UCC se soit tourné vers des approches plus flexibles. Il découle de l'irrévocabilité de l'offre que si son auteur décide de la révoquer, bien qu'il ait indiqué que l'offre était irrévocable, cette déclaration sera sans effet. De ce fait, si le destinataire accepte l'offre, le contrat prendra effet.

Article 2.1.6 : Définition de l'acceptation

- 1. L'acceptation est l'acquiescement ferme à une offre.**
- 2. L'acceptation résulte d'une déclaration ou d'un comportement du destinataire de l'offre. Ce dernier**

peut notamment résulter du commencement d'exécution du contrat par le destinataire d'une offre.

3. Le silence ou l'inaction non circonstanciés ne valent pas acceptation.

COMMENTAIRE

1. Acceptation expresse et tacite

De manière générale, l'acceptation est l'expression de l'accord du destinataire de s'engager contractuellement dans les termes établis (articles 18.1.1 et 3 CVIM ; article 2.1.6 PU ; articles 2:102 et 2:204 PECL ; article II-4:204 DCFR). Cet accord peut s'exprimer de quelque manière que ce soit conformément au principe de liberté de forme (article 3.1.2 des présents Principes). Habituellement, l'acceptation s'exprime à travers une déclaration de volonté orale ou écrite adressée à l'auteur de l'offre lui indiquant son intention d'accepter l'offre. Contrairement à la règle parfois suivie dans la *common law*, où l'acceptation doit toujours prendre la même forme que l'offre, dans la plupart des systèmes juridiques le principe de liberté de forme prévaut, conformément à l'article 3.1.2 des présents Principes. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'utiliser un moyen de communication particulier, pas même celui utilisé par l'auteur de l'offre (articles 2.1.13 PU et 2:205 PECL). Néanmoins, il est généralement admis que si le moyen utilisé par l'auteur de l'offre est très rapide (télex, courrier électronique, téléphone) il n'est pas raisonnable de répondre par des moyens beaucoup plus lents, tels que le courrier postal, si bien que le destinataire devra se servir d'un moyen similaire à celui utilisé par l'auteur de l'offre. Les règles d'interprétation du contrat peuvent servir à atténuer le principe de liberté de forme de l'acceptation. D'un autre côté, le destinataire n'a pas besoin d'employer des expressions déterminées pour manifester sa volonté d'accepter, sauf si cela est spécifié autrement dans l'offre à titre exceptionnel, par exemple si elle exige le renvoi signé du document envoyé par l'auteur de l'offre.

Le comportement du destinataire peut également constituer une acceptation, au moyen d'actes concluants, tels que le commencement de l'exécution du contrat dans des circonstances qui permettent à l'auteur de l'offre de penser raisonnablement qu'elle obéit aux termes établis (article 275.3 du code civil saint-lucien). Selon la section 30 (1) du *Restatement Second of Contracts*, l'offre peut exiger que l'acceptation se fasse sous forme verbale, d'un acte ou même en s'abstenant d'effectuer un acte déterminé.

2. Le silence comme acceptation

En règle générale, le silence ne vaut pas acceptation. Si le destinataire de l'offre ne se manifeste pas après avoir reçu l'offre, il ne s'engage pas, car une communication préalable entre les parties est nécessaire afin que chacune d'elles puisse connaître l'intention de l'autre [article 444 du code de commerce costaricain ; article 1.253 du code civil guatémaltèque ; article 713.2 du code de commerce hondurien ; article 18 CVIM ; article 2:204 (2) PECL ; article II-4:204 (2) DCFR ; article 34.2 CESL]. La même règle s'applique en France (arrêts de la Cour de Cassation du 23 mai 1979 et du 3 décembre 1985), tout comme dans la *common law* où, malgré l'exigence de *consideration*, la question du traitement du silence comme acceptation se pose également, avec certaines nuances [*Felthouse v Bindley* (1862), 11 CB NS 869, 142 ER 1037].

Néanmoins, ce principe varie en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce et du contexte social et économique. Les principes de bonne foi, de sécurité juridique et de confiance joueront un rôle plus ou moins important selon le système juridique concerné. Dans ce sens, l'article 21 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 met en valeur le silence dans les cas prévus par la loi, par les usages commerciaux entre les parties ou par les circonstances particulières du contrat. De la même manière, les articles 18.1 CVIM, 2.1.6 PU, 2:204 PECL et II-4:204 DCFR, tout en déclarant que le silence ne peut à lui seul valoir acceptation, permettent d'interpréter *a sensu contrario* qu'il faut prendre en considération les circonstances de chaque cas, qui peuvent attribuer au silence une valeur de déclaration de volonté positive ou négative. Étant donné que ces circonstances ne sont pas énumérées, il incombe aux juges et arbitres de trancher. Le besoin de prendre en considération les circonstances de chaque cas est également caractéristique de la *common law*, où le contexte peut indiquer que le silence a une signification suffisamment claire pour l'autre partie et équivaut donc, à titre exceptionnel, à une acceptation. C'est le cas, par exemple, lorsque l'auteur de l'offre a été invité par le destinataire à soumettre une offre et le destinataire a établi que le silence vaut acceptation [*Alexander Hamilton Institute v Jones* (1924), 234 Ill. App.]. Néanmoins, dans la *common law* il semble qu'il ne suffise pas que le silence d'une partie suscite la confiance ou *reliance* de l'autre partie et qu'elle pense que le contrat a été accepté, il faut également que la première partie ait commencé à exécuter ses obligations contractuelles [*Smith-Scharff v P.N. Hirsch Inc* (1988), 754 SW 2d 92]. C'est la règle exprimée dans la section 2-201 (3) UCC ainsi que dans les sections 87 (2), 90 et 139 du *Restatement Second of Contracts*. Cette tendance au « comportementalisme » ou *behaviourism*, qui commence à s'imposer

dans certains systèmes, conduit à donner la même valeur voire plus de valeur aux comportements des parties qu'à leurs déclarations (article 86 du code de commerce nicaraguayen, qui n'exige même pas la communication à l'auteur de l'offre si celui-ci exige l'exécution immédiate du contrat sans exiger l'acceptation préalable de l'offre et sans que celle-ci soit nécessaire conformément aux usages commerciaux ; article 205 du code de commerce panaméen ; article 246 du code de commerce portoricain). L'acceptation par le comportement ou par des faits concluants exige que ceux-ci soient manifestes, évidents et clairs, comme avoir payé le prix fixé dans l'offre, remettre les marchandises, accepter le paiement, emballer les marchandises, contracter une assurance pour le transport des marchandises, louer les moyens de transport, contracter un crédit documentaire, louer les locaux pour stocker les marchandises, obtenir les autorisations nécessaires, demander à la banque d'effectuer les virements de fonds, etc. L'article 18.3 CVIM est un bon exemple de la valeur de l'exécution des obligations contractuelles comme acceptation, sans que l'auteur de l'offre en ait obligatoirement été informé. Il s'agit d'une exception à la règle générale de l'article 18.2 CVIM qui exige que l'auteur de l'offre soit informé. Dans la section 2-201 UCC et dans la section 54.2 (a) *Restatement Second of Contracts* il est exigé que le vendeur informe l'acheteur de l'exécution du contrat, en remettant les marchandises rapidement ou au moyen d'une notification qui précède l'arrivée des marchandises. Par conséquent, le commencement de l'exécution du contrat par le destinataire est une forme d'acceptation qui oblige l'auteur de l'offre, à condition que le commencement de cette exécution lui soit communiqué. Sinon, l'auteur de l'offre est libéré de ses obligations contractuelles.

Il est considéré que les pourparlers attribuent des effets positifs au silence. Dans ce cas, si l'une des parties formule une offre définitive, l'autre partie a le devoir d'y répondre et, dans le cas contraire, il sera considéré qu'il y a acceptation. Cette approche se retrouve dans l'article 1.253 du code civil guatémaltèque ou dans l'article 211 du code de commerce panaméen, ainsi que dans la jurisprudence des États-Unis [*Filanto SpA. v Chilewich Internacional Corp P* (1992), SDNY (DC) 91 Civ. 3253 (CLB), 789 F. Supp. SDNY 1229-1242 ; *Smith-Scharff Paper Company v PN Hirsch & Co Stores Inc* (1988), Mis. CA 754 SW Rep. 2d Series 928].

Exemple 1 : Dans ce dernier cas, il était d'usage entre les parties que Smith-Scharf ait toujours en stock un certain nombre de sacs en papier avec le logo de P.N. Hirsh, afin de les lui fournir au fur et à mesure de ses commandes. Quand Hirsh a cessé ses activités, Smith-Scharf avait en stock le nombre habituel de sacs, qu'il demanda à Hirsh d'acheter. La cour a confirmé cette obligation en raison du contrat.

Les pourparlers entre les parties doivent donc être pris en compte [*Cole-McIntyre-Norfleet Co v Holloway* (1919), 141 Tenn. 679 ; 214 SW 87]. Dans ces derniers cas, il est entendu qu'obliger le destinataire à répondre comporterait une charge plus lourde pour lui. Il faut également signaler que le destinataire accepte l'offre s'il ne dit pas le contraire durant une période déterminée. Ces principes sont contenus dans le *Restatement Second of Contracts*, dont la section 69 prévoit l'acceptation par silence dans un certain nombre de cas exceptionnels : lorsque l'auteur de l'offre a donné des raisons au destinataire de croire que son consentement pouvait être déduit de son silence ou de son inactivité et l'acceptant considère que son silence ou son inactivité équivaut à accepter l'offre, ou lorsqu'en conséquence des pourparlers il semble raisonnable que l'acceptant doive notifier l'auteur de l'offre qu'il n'accepte pas l'offre. La jurisprudence française fournit aussi des exemples où l'interprétation des faits par les tribunaux mène à considérer un contrat comme étant conclu en dépit du silence des parties.

Exemple 2 : Cela a été le cas dans l'affaire *Hughes c Technocontact*, où la société Technocontact a fait une offre de vente de matériel électrique à la société anglaise Hughes Electronis, laquelle a demandé quelques modifications dans la conception des pièces. La société française a renvoyé le matériel avec les changements demandés et la société anglaise a refusé de payer le prix, invoquant qu'elle n'avait pas répondu à l'acceptation des modifications effectuées par Technocrat. Par contre, le tribunal français a estimé que dans ce cas le silence valait bien acceptation (arrêt de la Cour de Cassation du 27 janvier 1998).

Cela peut être discutable si l'auteur de l'offre renonce à l'acceptation, c'est-à-dire que s'il est prévu dans l'offre que le silence vaudra acceptation, elle peut être contraignante pour l'auteur de l'offre. En droit anglais, l'auteur de l'offre doit être informé de l'intention d'accepter de l'autre partie, même s'il a établi que le silence de l'autre partie vaudrait acceptation. Néanmoins, certains auteurs anglais admettent que le contrat a force contraignante pour l'auteur de l'offre, mais pas pour le destinataire. De cette manière, le destinataire de l'offre est protégé et n'aura pas à effectuer d'efforts ou des dépenses pour rejeter l'offre et même s'il n'est pas lié par le contrat, il pourra renoncer à sa protection afin d'exiger de l'autre partie qu'elle exécute le contrat. Les mêmes considérations existent en droit nord-américain [section 69 du *Restatement Second of Contracts*], sur la base du principe de confiance dans le contenu de l'offre. Cependant, il n'est pas permis au destinataire de tirer profit des circonstances afin d'exiger de l'auteur de l'offre qu'il exécute le contrat en raison d'une variation significative du prix des produits. La doctrine française, par contre, ne

voit pas d'inconvénient à ce que le destinataire tire profit de la situation, pourvu que le principe de bonne foi, auquel le droit français attache tant d'importance, soit respecté. En revanche, pour que le silence vaille acceptation, il est généralement exigé qu'il soit accompagné d'actes d'exécution.

Les usages et pratiques du commerce sont également pris en considération dans la *common law* et dans d'autres systèmes juridiques afin d'attribuer au silence une valeur d'acceptation tacite [*Minorities Finance Ltd v Afribank Nigeria Ltd* (1995), 1 Lloyd's Rep. 134]. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a suivi le même critère (arrêt de la CJCE du 20 février 1997, *Mainschiffarhts-Genossenschaft c. Les Gravières Rhénanes SARL*).

Il est parfois établi que le silence est considéré comme une déclaration de volonté en raison des circonstances. C'est le cas de l'article 19.2 CVIM dans le cas de modifications non substantielles d'une offre, de sorte que si l'auteur de l'offre ne s'oppose pas aux modifications en question, il est entendu qu'il accepte les modifications apportées à l'offre. De même, l'article 21.2 CVIM envisage également l'effet du silence dans le cas d'une acceptation remise de manière régulière, mais qui arrive après le délai d'acceptation, et considère cette acceptation comme valable à condition que l'auteur de l'offre d'indique pas immédiatement à l'acceptant que l'offre a expiré. En outre, l'article 729.3 du code civil hondurien dispose que le silence équivaut à l'acceptation d'un contrat dont la preuve est une attestation d'assurance ou un titre émis par une partie. D'autres systèmes considèrent le silence comme acceptation lorsque le contrat qui en découle bénéficie exclusivement à l'acceptant, comme c'est le cas dans la jurisprudence française où le juge est souverain pour apprécier les faits et l'intention des parties afin de décider si le silence vaut acceptation lorsque l'offre est dans le seul intérêt du destinataire (arrêt de la Cour de Cassation du 29 mars 1988).

Article 2.1.7 : Délai d'acceptation

- 1. L'offre doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances.**
- 2. À l'issue du délai d'acceptation, stipulé ou raisonnable, l'offre est caduque. L'acceptation tardive ne produit pas d'effet en tant qu'acceptation à moins**

que l'offrant renonce à se prévaloir de la caducité en le notifiant sans délai au destinataire.

COMMENTAIRE

1. Délai d'acceptation

L'acceptation doit se faire dans le délai opportun. Le caractère opportun de l'acceptation ne pose pas de problème lorsque le contrat est conclu entre des personnes présentes ou ayant recours à un moyen de communication instantané, comme le téléphone, car l'acceptation est immédiate, comme cela est d'usage dans la pratique commerciale (article 1.011 du code civil costaricain ; article 850 du code de commerce colombien ; article 6:222.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.805 du code civil mexicain ; article 83 du code de commerce nicaraguayen ; article 2.451 du code civil nicaraguayen ; article 202 du code de commerce panaméen ; article 110 du code de commerce vénézuélien).

Néanmoins, l'auteur de l'offre peut laisser un délai de réflexion au destinataire afin qu'il y réfléchisse et émette sa déclaration de volonté ultérieurement, en particulier s'il doit contacter ses fournisseurs ou soumettre la proposition aux organes de représentation de la société dont il fait partie afin de prendre la décision (article 1.011 du code civil costaricain ; article 853 du code de commerce colombien ; article 2.451 du code civil nicaraguayen). Ce report du moment de la déclaration d'acceptation peut découler des pratiques établies entre les parties.

Lorsque le contrat est conclu entre des parties qui ne se situent pas au même endroit et qui n'utilisent pas de moyens de communication instantanée, plusieurs problèmes concernant le délai d'acceptation se posent : jusqu'à quel moment l'acceptation reste possible, comment déterminer ce délai, et si l'émission ou la réception de l'acceptation doit être prise en compte.

Tous les ordres juridiques admettent que le délai d'acceptation est celui fixé par l'auteur de l'offre. Ce délai peut être fixé de diverses manières, ce qui pose donc le problème de fixer la date de commencement et de fin du délai. À cet effet, les dispositions de l'article 1.4 des présents Principes doivent être prises en considération.

Certains systèmes juridiques ont prévu des règles concrètes que les parties peuvent appliquer si aucun délai d'acceptation n'est prévu dans l'offre. De cette façon, l'article 851 du code de commerce colombien prévoit un délai de six jours suivant la date de l'offre si le destinataire réside dans le même lieu, et ce délai s'élargit

proportionnellement à la distance s'il réside dans un autre lieu. L'article 1.012 du code civil costaricain et l'article 2.452 du code civil nicaraguayen optent pour un délai de trois jours si les parties sont dans le même district, dix jours s'ils sont dans des districts différents et soixante jours si le destinataire est hors du pays. L'article 1.806 du code civil mexicain établit également un délai de trois jours plus le temps nécessaire pour l'aller et retour du courrier. L'article 111 du code de commerce vénézuélien fixe un délai de seulement 24 heures si les parties résident dans le même lieu.

Néanmoins, la solution plus répandue est celle de la *common law* qui, tout comme l'article 6:221.1 des codes civils néerlandais et surinamais et l'article 1.523 du code civil guatémaltèque, opte pour une solution ouverte fondée sur un délai raisonnable, ce qui offre une certaine flexibilité permettant de s'adapter aux circonstances particulières. C'est également la solution prévue à l'article 2.1.7, paragraphe premier, des présents Principes, qui s'adapte mieux à la diversité et à la complexité des contrats transfrontaliers. En général, ce délai raisonnable comprend le temps que l'offre met pour parvenir au destinataire ainsi que le temps dont celui-ci a besoin afin de réfléchir et de donner sa réponse [article 112 du code de commerce vénézuélien ; article 1.137.2 du code civil vénézuélien ; section 41 (1) du *Restatement Second of Contracts* ; article 18.2 CVIM ; article 2.1.7 PU ; article 2:206 PECL ; article II-4:206 DCFR ; article 36.3 CESL].

Une fois de plus, étant donné le nombre d'options possibles et afin de parvenir à une plus grande sécurité juridique pour les deux parties, il est recommandable que l'auteur de l'offre spécifie clairement quel est le délai maximum d'acceptation en fixant un jour précis, à condition que celui-ci soit raisonnable à la lumière des circonstances.

2. Acceptation tardive

Il peut arriver que la déclaration de l'acceptant ne parvienne pas l'auteur de l'offre dans le délai établi ou dans un délai raisonnable, soit parce qu'elle n'a été transmise qu'après ce délai, soit parce qu'un problème est survenu lors de la transmission de son acceptation, n'ayant pas permis de parvenir à temps à l'auteur de l'offre. Lorsque l'acceptation est remise hors délai, elle ne vaut pas acceptation puisque l'offre a expiré (article 111 du code de commerce vénézuélien). Par conséquent, elle ne permet pas de conclure le contrat (article 204.2 du code de commerce panaméen oblige l'auteur de l'offre à le communiquer à l'acceptant). L'acceptant est le responsable de l'expiration de l'offre, puisqu'il ne respecte pas les délais. Plusieurs systèmes juridiques considèrent qu'il s'agit d'une contre-offre susceptible d'être acceptée par le premier auteur de l'offre (section 70 du *Restatement Second of Contracts*). De ce point de vue, le contrat sera considéré comme formé dès que l'auteur de l'offre originale, qui est

maintenant le destinataire de l'offre, accepte cette dernière. L'acceptation de la contre-offre peut être le fruit du silence ou de l'inactivité de l'auteur de l'offre originale, ce qui est d'habitude rejeté à moins cela soit admis par la pratique ou par les usages commerciaux (États-Unis).

Puisque la caducité de l'offre est une règle établie dans l'intérêt de l'auteur de l'offre, la possibilité de favoriser la conclusion du contrat est admise si celui-ci reconnaît l'effectivité d'une acceptation tardive, soit de sa propre initiative, soit à la demande de l'acceptant. C'est le sens de la dernière phrase de l'article 2.1.7 des présents Principes (article 6:223 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 112 du code de commerce vénézuélien ; article 1.137.3 du code civil vénézuélien ; article 21 CVIM ; article 37.1 CESL). L'admission de l'acceptation tardive peut être très bénéfique à l'auteur de l'offre. D'un côté, cela peut lui bénéficier s'il informe l'autre partie de son acceptation ultérieurement de manière à se laisser le temps de spéculer sur les marchés et d'obtenir de meilleures opportunités de la part d'autres concurrents. D'un autre côté, si ses attentes du marché ne sont pas bonnes, une acceptation tardive reste profitable mais nuit à l'acceptant qui croyait que l'offre avait expiré et que le contrat n'était donc pas conclu. La solution à ce problème doit parvenir à un équilibre entre les deux intérêts en jeu : il est possible de favoriser la conclusion du contrat, à condition que l'auteur fasse part de son acceptation de l'offre dans les délais. Si la réponse du destinataire n'est pas considérée comme une contre-offre, mais comme une acceptation tardive admise par l'auteur de l'offre, le moment de conclusion du contrat se fixe rétroactivement au moment de l'acceptation de l'offre originale.

Il est également possible que l'acceptation soit envoyée dans les délais mais que suite à des circonstances indépendantes de la volonté de l'acceptant elle parvienne en retard à l'auteur de l'offre. Parmi ces circonstances, il convient de mentionner les retards dans le moyen de communication choisi ou le fait que l'auteur de l'offre ait indiqué une mauvaise adresse ayant provoqué le retard de l'acceptation. Il s'agit d'une situation différente, car dans des circonstances normales l'acceptation aurait été effectuée dans les délais et aurait permis de conclure le contrat. C'est pourquoi le droit vise à protéger l'acceptant qui n'est pas responsable du retard, en considérant que le contrat est conclu, à moins que l'auteur de l'offre ne manifeste son désaccord sans délai (article 6:223 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 21.2 CVIM ; article 37.2 CESL). La règle provoque cependant une certaine insécurité juridique et constitue une exception à la théorie de la réception difficile à délimiter dans la pratique. Par conséquent, la même règle s'applique même si l'acceptation tardive est indépendante de la volonté de l'acceptant. Si le retard est imputable à l'auteur de

l'offre, celui-ci engage sa responsabilité non-contractuelle pour les préjudices causés à l'acceptant, mais le contrat ne peut être considéré comme étant conclu à moins que l'auteur de l'offre ne notifie sa confirmation de l'acceptation tardive.

Exemple : Un entrepreneur surinamais envoie une offre contractuelle à un entrepreneur étatsunien, fixant un délai d'acceptation de cinq jours. Ce dernier répond après huit jours. L'admissibilité de l'acceptation tardive dépend de la volonté de l'auteur de l'offre, mais varie aussi selon qu'il s'agit ou non d'une contre-offre (qui doit être acceptée par l'entrepreneur surinamais) ou d'un cas d'acceptation tardive. En tout cas, il vaut mieux que l'auteur de l'offre informe l'autre partie sans délai s'il accepte ou non l'offre afin d'éviter que son absence d'opposition à l'acceptation tardive incite l'acceptant à effectuer des actes d'exécution, qui devront être ensuite indemnisés.

Article 2.1.8 : *Acceptation avec modifications*

L'acceptation du destinataire de l'offre qui stipule ou comporte des termes nouveaux ou différents, modifiant ou conditionnant l'offre, constitue un rejet de l'offre initiale et à son tour une contre-offre.

COMMENTAIRE

L'acceptation doit être cohérente avec l'offre, puisque la rencontre des volontés de l'offre et de l'acceptation doit porter sur les mêmes éléments. Cette exigence de cohérence est interprétée de diverses manières dans les différents systèmes juridiques. Certains partent d'une conception rigide de la rencontre de volontés passant par les règles classiques de l'offre et de son acceptation et n'admettent pas que l'acceptation puisse modifier l'offre élargissant ou restreignant ses termes. Toute modification de l'offre est interprétée comme un rejet de l'offre et constitue une contre-offre qui, à son tour, devra être acceptée par l'auteur de l'offre originale afin que le contrat soit conclu, inversant ainsi les positions des parties. Cette exigence de concordance stricte de l'acceptation avec les termes de l'offre est connue comme la *mirror image rule* ou règle du reflet dans le miroir. Le fait de considérer qu'une acceptation qui modifie l'offre constitue une contre-offre déplace le poids de la formation du contrat au dernier auteur de l'offre, ce qui est connu comme la « règle du dernier coup » (*last-shot rule*). Le contrat s'entend comme étant conclu s'il est considéré que telle a été la volonté des parties, ce qui exige de prendre en

considération les règles d'interprétation du contrat. Les termes de la dernière contre-offre seront insérés dans le contenu du contrat (article 855 du code de commerce colombien ; article 444 du code de commerce costaricain ; article 1.010.2 du code civil costaricain ; exposition des motifs du code civil guatémaltèque ; article 6:225 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.810 du code civil mexicain ; articles 87.2 et 90 du code de commerce nicaraguayen ; article 2.450 du code civil nicaraguayen ; article 209 du code de commerce panaméen ; article 1.137.7 du code civil vénézuélien ; section 50 du *Restatement Second of Contracts* ; *Zambia Steel & Building Supplies Ltd v James Clark & Eaton Ltd* (1986), 2 Lloyd's Rep. 225 ; *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O-Corporation (England) Ltd* (1979), 1 WLR 401 ; article 19.2 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 19.1 CVIM). Néanmoins, d'autres règles permettent fréquemment de conduire à considérer que le contrat est conclu sans qu'il n'existe une correspondance absolue entre l'offre et l'acceptation. C'est le cas, par exemple, de l'article 6:225, paragraphe deux, des codes civils néerlandais et surinamais, qui permet de considérer le contrat comme étant formé si l'acceptation ne modifie que des aspects mineurs, à moins que l'auteur de l'offre ne s'y oppose sans délai.

L'extrême opposé est représenté par les systèmes qui ont une approche plus flexible de la rencontre des volontés des parties et qui considèrent qu'un accord minimum sur les éléments essentiels du contrat et qu'une plus faible coïncidence entre l'offre et l'acceptation sont suffisants. Ces systèmes cherchent à faciliter la conclusion du contrat et à dépasser la rigidité de la règle du reflet dans le miroir. L'acceptation constitue une contre-offre seulement si elle modifie les aspects essentiels de l'offre. Cette tendance vient de l'approche du système nord-américain, dont les PU et l'article 19.2 CVIM se sont inspirés, mais cette approche existe également en droit néerlandais, comme il l'a été souligné, ainsi que dans la jurisprudence de pays tels que la France, qui tendent vers une notion plus ouverte en conformité avec les exigences du commerce international. L'offre est conçue plutôt comme une invitation à ce que l'autre partie participe à la configuration du contenu du contrat [section 2-206 (1) a UCC]. La partie qui ne souhaite pas s'engager est obligée d'exprimer son désaccord avec une telle acceptation, sinon elle sera liée par le contrat, même contre sa volonté. La seule manière de ne pas être lié au contrat consiste à s'opposer sans délai ou dans un délai raisonnable ou à annoncer dans l'offre elle-même que seule une acceptation coïncidant avec tous les termes du contrat sera admise (article 19.2 CVIM ; article 2.1.11 PU ; article 2:208 PECL ; article II-4:208 (2) DCFR ; article 38.4 CESL ; section 2-207 UCC ; *Roto-Lith Ltd v F.P. Barlett & Co* (1962), 297 F 2d 497, 1st Cir). Si l'auteur de l'offre a pris soin de garantir sa volonté contractuelle de cette manière, le contrat ne

sera pas conclu. Si l'autre partie a commencé à réaliser des actes d'exécution, pensant que le contrat était conclu, le contrat n'a pas été formé et cette partie aura droit à des dommages-intérêts. Par contre, si l'auteur de l'offre ne s'oppose pas ou le fait tardivement, le contrat s'entend comme étant conclu dans les termes de l'offre auxquels s'ajoutent les modifications insérées dans la déclaration d'acceptation. En tout cas, si les parties ne parviennent pas à un accord suffisant en ce qui concerne les éléments essentiels du contrat, celui-ci ne s'entend pas comme étant conclu. La section 2-207 UCC va dans ce sens, établissant qu'il y a acceptation définitive et opportune même si elle contient des termes nouveaux ou différents de ceux de l'offre.

Cependant, quoique ce point de départ soit généralement admis, une différence remarquable existe entre l'UCC nord-américain, d'un côté, et la CVIM et les nouvelles tendances législatives, d'un autre côté. La section 2-207 (2) et (3) UCC permet la conclusion du contrat, même si les modifications des termes de l'offre sont substantielles. Par contre, dans la CVIM et dans les nouveaux textes la conclusion du contrat n'est possible que si l'acceptation ne comporte aucune modification substantielle des termes du contrat. Par conséquent, lorsque l'acceptation modifie substantiellement l'offre ou lorsque l'offre est conditionnée à l'acceptation de tous les termes par le destinataire, il n'y a pas acceptation mais contre-offre et le contrat sera conclu dès que l'intention de l'autre partie (l'auteur de l'offre originale) de s'engager est manifeste, par exemple à travers des actes d'exécution.

Certains textes légaux listent les modifications qu'ils considèrent comme étant essentielles à cet égard (article 19.3 CVIM ; article 38.2 CESL) : variations du prix, de la qualité ou de la quantité des marchandises, du lieu ou de la date de remise, du degré de responsabilité d'une partie par rapport à l'autre ou du règlement des différends. Une liste si détaillée ne semble pas laisser de place à des modifications non substantielles qui pourraient permettre la conclusion du contrat. Même si l'acceptation modifie un aspect lié à ces éléments, cela ne signifie pas forcément qu'il y aura modification substantielle des termes de l'offre. La décision concernant la conclusion du contrat exige d'interpréter les termes de l'offre et de l'acceptation au cas par cas. Il est souvent indiqué qu'une modification est substantielle : lorsqu'elle est inattendue ou disproportionnée pour la partie qui n'avait pas pleinement connaissance de la modification en question ; si cette modification exige un délai de réclamation plus court que celui habituellement considéré comme raisonnable ; et, en somme, si elle est inhabituelle ou contraire à l'équilibre des prestations qui caractérisent le type de contrat ou la branche commerciale en question ou si elle peut passer inaperçue aux yeux de l'autre partie.

Exemple 1 : Un entrepreneur des Îles Vierges propose à un entrepreneur d'Antigua-et-Barbuda de conclure un contrat sous des conditions déterminées. L'entrepreneur d'Antigua-et-Barbuda accepte mais il insère une clause d'arbitrage. Cette modification sera considérée comme substantielle ou non selon les pratiques de la branche commerciale concernée. En tout cas, selon une approche flexible, l'entrepreneur des Îles Vierges devrait s'opposer à cette clause sans délai s'il ne souhaite pas être engagé par la convention d'arbitrage.

Exemple 2 : Le même entrepreneur accepte l'offre, mais demande une prolongation du délai afin d'exécuter sa prestation. Les cas de prolongation du délai de prestation ne sont pas considérés habituellement comme des modifications substantielles, même si elles ne sont pas acceptées par l'autre partie [*Global Tankers Inc v Amercoat Europa NV* (1975), 1 Lloyd's Rep 666, 671].

Les Principes OHADAC ne partagent pas cette approche plus flexible, du fait qu'elle provoque un risque d'insécurité juridique en obligeant à prédéterminer quels aspects sont ou non essentiels pour les parties avant qu'elles expriment leur volonté de manière définitive. Selon l'approche la plus répandue dans cette conception flexible, une acceptation comportant des modifications non substantielles ne suffirait pas à former le contrat si l'auteur de l'offre initiale notifie son désaccord sans délai. En réalité, une telle règle oblige également le destinataire de l'offre à attendre la confirmation de l'auteur de l'offre dans un délai raisonnable avant de débiter l'exécution du contrat, si bien que les coûts en termes de négociation sont semblables à l'attente d'une acceptation définitive d'une contre-offre. Par conséquent, il semble plus prévisible et raisonnable de suivre la règle qui exige que l'acceptation soit parfaitement cohérente avec l'offre et qui détermine que les modifications faites par le destinataire de l'offre, sans considération de leur caractère substantiel, entraînent une contre-offre qui doit être acceptée par l'auteur de l'offre initiale afin que le contrat soit formé.

Article 2.1.9 : *Clauses-types*

- 1. Une clause-type du contrat est une clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui a été prérédigée en vue de la conclusion d'un même type de contrat.**
- 2. Une clause-type ne peut être invoquée à l'encontre de l'autre partie que si celle-ci a pu la connaître**

préalablement à la conclusion du contrat. Une simple référence à la clause-type dans le contrat ne permet pas de l'invoquer à l'encontre de l'autre partie, même si celle-ci a signé le contrat, dès lors que :

- a) la clause est tellement surprenante ou inhabituelle, au regard des circonstances et de l'objet du contrat, que l'autre partie ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, ou**
- b) la clause est excessivement disproportionnée au regard de sa nature, de son langage et de sa forme.**

COMMENTAIRE

Cet article régit les effets des clauses-types dans les contrats d'adhésion. Le premier paragraphe définit les clauses-types comme des clauses qui n'ont pas été négociées individuellement par les parties au contrat et qui sont rédigées par l'une des parties avec l'intention d'être insérées dans plusieurs contrats. Aux fins de l'application du paragraphe deux, seules comptent les clauses n'ayant pas été négociées individuellement, et qui font partie d'un formulaire standardisé, préalablement établi par une partie, auquel l'autre partie adhère tout simplement. Le fait que le formulaire ait été déjà utilisé ou non dans d'autres contrats est sans importance.

L'insertion de clauses-types dans le contrat simplifie les pourparlers et réduit les coûts inhérents à la négociation. Cela permet à l'entrepreneur qui les formule de calculer les risques à l'avance, de connaître quelles seront ses obligations et de rédiger de manière standardisée toutes les clauses contractuelles qu'il va conclure, en les adaptant aux besoins de son activité commerciale.

Bien que le régime légal de protection de l'adhérent soit inhérent aux contrats de consommation, il est également très courant dans les contrats commerciaux, les systèmes juridiques tendant à protéger l'adhérent indépendamment de sa condition professionnelle. Il faut aussi prendre en considération quelques règles interprétatives qui protègent généralement l'adhérent dans les contrats, quelle que soit sa nature. En particulier, la règle contenue dans l'article 4.1.3 des présents Principes (dont les commentaires doivent également être pris en compte par le présent article), qui contient le principe dit « *contra proferentem* », est applicable pour interpréter, entre autres, les clauses-types ambiguës en faveur de l'adhérent [article 1.162 des codes

civils français et dominicain ; article 672.1 du code de commerce guatémaltèque ; article 730 du code de commerce hondurien ; arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque dans l'affaire *Ammar & Azar Ltd v Brinks Jamaica Ltd* (1984), N° A051 de 1981 (Carilaw JM 1984 SC 35)]. Cette règle permet même de considérer les clauses-types comme ne faisant pas partie du contrat si elles sont tellement absconses qu'elles seraient incompréhensibles pour un adhérent moyen.

D'autre part, il faut aussi considérer la prévalence des clauses négociées individuellement sur les clauses-types (article 672.3 du code de commerce guatémaltèque ; article 728 du code de commerce hondurien ; article 2.1.21 PU), conformément à l'article 4.1.5, paragraphe deux, des présents Principes, dont les commentaires doivent également être pris en compte pour le présent article.

En plus des règles interprétatives soulignées, l'article 2.1.9, paragraphe deux, des présents Principes établit des conditions particulières pour l'efficacité des clauses-types, qui suivent les tendances les plus récentes du droit du commerce national et international et qui ont une portée aussi objective que subjective.

Du point de vue subjectif, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de respect de l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats commerciaux, en principe tous les systèmes juridiques reconnaissent que la signature sur le document du contrat contenant ces clauses-types implique l'engagement de la partie qui a signé le contrat, en vertu du principe *pacta sunt servanda*. Par conséquent, le fait que l'adhérent ne lise pas les clauses-types ne prive pas sa signature des effets correspondants [article 726 du code de commerce hondurien ; article 6:232 des codes civils néerlandais et surinamais ; sections 211 (1) et (2) *Restatement Second of Contracts* ; *Parker v South Eastern Railway* (1877), 2 CPD 416 ; *L'Estrange v Graucob* (1934), 2 KB ; *Levinson v Patent Steam Carpet Clearing Co Ltd* (1978), QB 69 ; *Interfoto Picture Limited v Stiletto Visual Programme Ltd* (1989), QB 433].

Néanmoins, le fait que les clauses-types soient généralement rédigées unilatéralement conduit plusieurs ordres juridiques à prévoir des mesures de protection de l'adhérent, en limitant leur insertion au contrat, malgré leur acceptation [article 6:233 des codes civils néerlandais et surinamais ; section 2-302 UCC ; section 211 (3) *Restatement Second of Contracts*]. Dans le droit nord-américain il existe des exceptions expresses à la règle d'insertion des clauses-types au contrat : s'il s'agit des clauses illisibles ou écrites en très petits caractères ; si l'adhérent n'est pas averti que les clauses sont placées à des endroits peu habituels, comme le verso du document ; si elles sont insérées par référence ou il s'agit de contrats dans lesquels les clauses-types sont inattendues. Une autre exigence très répandue est celle relative à l'obligation de

mettre les clauses-types à la disposition de l'autre partie afin qu'elle puisse les connaître avant la conclusion du contrat [article 672 du code de commerce guatémaltèque ; article 6:234 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Chapelton v Barry UDC* (1940), 1 All ER 356 ; arrêt de la *Supreme Court* de Bermudes dans l'affaire *Robinson v Somers Isles Shipping Ltd* (2008), N° 275 de 2007 (Carilaw BM 2008 SC 9) ; article 20.1 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013].

L'efficacité d'une clause-type est également soumise en règle générale à une condition objective relative à son caractère raisonnable. En droit anglais et nord-américain le test de « raisonabilité » (*fair and reasonable*) est un critère permettant de déterminer si une clause peut être insérée dans le contrat ou si, au contraire, elle n'est pas équitable et réputée sans effets. Le caractère raisonnable est apprécié en fonction d'une série de circonstances que les parties connaissaient ou devaient raisonnablement connaître lors de la conclusion du contrat (article 11.1 du *Unfair Contract Terms Act* de 1977). C'est pourquoi le degré de communication d'une clause est très important afin de déterminer si elle est abusive ou déraisonnable. Dans les systèmes romano-germaniques, un contrôle du contenu de ces clauses est parfois imposé afin d'éviter que des conditions excessivement disproportionnées soient imposées à une partie ou de ne pas abuser de sa bonne foi (article 6:233 des codes civils néerlandais et surinamais).

La règle contenue dans les présents Principes suit cette tendance et introduit une formule flexible qui permet de s'adapter aux particularités du contrat. Afin de se prémunir de l'inefficacité du consentement contractuel de l'adhérent, l'autre partie doit éviter de faire une simple référence dans le contrat à l'existence de clauses standardisées se trouvant dans un autre document, à moins que la signature ne soit apposée après une mention indiquant que les conditions sont établies dans un autre document, que l'adhérent ne signe en particulier le formulaire qui contient les clauses-types, que les références à ces clauses-types soient bien visibles et que les clauses-types elles-mêmes soient rédigées d'une manière claire et compréhensible pour un adhérent moyen.

Article 2.1.10 : *Conflit entre clauses-types*

- 1. Lorsque les deux parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est réputé conclu sur la base des termes convenus et des**

clauses-types qui sont substantiellement communes aux parties.

- 2. Néanmoins, le contrat n'est pas conclu si une partie a informé ou informe l'autre partie sans délai qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat.**

COMMENTAIRE

Un autre cas de défaut de concordance entre l'offre et l'acceptation se produit dans les situations de conflit entre clauses-types, c'est-à-dire lorsque les parties s'échangent des formulaires de clauses-types rédigés unilatéralement par chacune d'entre elles mais différents l'un de l'autre. La question se pose de déterminer si en cas de conflit de formulaires différents le contrat est conclu et, dans ce cas, quel est son contenu.

Certains systèmes juridiques considèrent que les règles classiques de l'offre et de l'acceptation sont applicables, de sorte que si l'acceptation insère des clauses-types qui diffèrent de celles proposées par l'auteur de l'offre, elle constitue une contre-offre qui permettra la conclusion du contrat si elle est acceptée par l'autre partie, soit au moyen d'une déclaration, ce qui est le moins fréquent (article 444 du code de commerce costaricain), soit en gardant le silence [*BRS v Arthur V Crutchley Ltd* (1967), 2 All ER 785], soit grâce à un acte d'exécution [article 855 du code de commerce colombien ; article 444 du code de commerce costaricain ; article 855 du code de commerce cubain ; article 1.810 du code civil mexicain ; articles 87.2 et 90 du code de commerce nicaraguayen ; article 209 du code de commerce panaméen ; article 114 du code de commerce vénézuélien ; *British Road Services Ltd v. Arthur V Crutchley Ltd* (1968), 1 All ER 811 ; article 19 CVIM]. Néanmoins, une autre approche en vigueur en droit anglais considère que le contrat n'est pas conclu et que les actes d'exécution du contrat seront indemnisés, par exemple à travers la restitution [*British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co Ltd* (1984), 1 All ER 504]. La même approche se trouve à l'article 6:225 des codes civils néerlandais et surinamais.

Conformément à l'approche mentionnée, le contenu du contrat est déterminé conformément au dernier formulaire envoyé, et c'est pourquoi cette doctrine est connue sous le nom *last shot rule* ou « théorie du dernier coup ». Le contrat est considéré comme non conclu uniquement si l'autre partie manifeste son opposition aux nouvelles conditions. Cette approche privilégie la sécurité juridique et la prévisibilité et cherche à inciter à la lecture des formulaires, considérant que les clauses des formulaires qui ne sont pas lues sont pourtant importantes. Elle est

cependant critiquée, du fait que, par exemple dans les contrats de vente, l'acheteur se trouve dans une position délicate, car le contrat n'est pas conclu si le vendeur ne livre pas les marchandises (étant donné que le vendeur est normalement le dernier à envoyer le formulaire) et si l'acheteur accepte la livraison cela signifie qu'il accepte les termes du formulaire du vendeur. Néanmoins, cette solution facilite la sécurité juridique, dans la mesure où les parties peuvent prévoir quel est le contenu du contrat qui va prévaloir, qui sera toujours le dernier formulaire envoyé (*last shot rule*). La jurisprudence a cependant opté pour la distinction entre les modifications substantielles et non substantielles [*Buttler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell O Corp* (1979), 1 WLR 401 (CA)].

D'autres systèmes, par contre, visent à privilégier l'équilibre contractuel et à chercher une solution plus neutre qui ne favorise pas l'une des parties en raison d'une circonstance aléatoire telle que le fait d'être l'auteur de la dernière proposition. Dans ces systèmes plus flexibles, le conflit entre clauses-types n'empêche pas la conclusion du contrat, à condition qu'un accord sur les éléments substantiels existe. Les clauses substantiellement concordantes font partie du contrat, tandis que les clauses contradictoires entre les formulaires respectifs seront annulées (*knock out rule*). Cette approche est suivie, en particulier, par le droit nord-américain (section 2-207 UCC), l'article 2.1.22 PU, l'article II-4:209 DCFR, l'article 39.1 CESL et l'article 20.2 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013. Conformément à ce critère flexible et contrairement aux cas d'acceptation des modifications apportées à l'offre, en cas de conflit entre clauses-types, les modifications substantielles n'empêchent pas la conclusion du contrat, mais elles sont tout simplement écartées. Si l'une des parties ne souhaite pas s'engager, elle devra l'indiquer expressément en s'opposant sans délai ou en soumettant une offre ou une acceptation conditionnelles.

Le droit néerlandais se pose comme une variante à ces systèmes flexibles en faisant prévaloir la *first shot rule*. Ainsi, les modifications insérées par l'acceptant n'auront pas d'effets, à moins que dans l'acceptation le rejet de l'application des clauses-types contenues dans l'offre ne soit expressément énoncé (article 6:225.3 des codes civils néerlandais et surinamais). La section 2-207 (1) UCC est rédigée différemment, bien qu'elle mène au même résultat, considérant aussi l'acceptation comme définitive et opportune et ce même si elle introduit des conditions additionnelles ou différentes de celles qui ont été proposées, à moins que l'acceptation ne soit subordonnée expressément au consentement de l'auteur de l'offre sur ces conditions. Dans les deux cas, l'acceptation conditionnelle implique que l'acceptation devienne une contre-offre et donc le retour à la *last shot rule*. Par conséquent, afin d'imposer une condition, il

faut insérer dans l'acceptation de l'offre une clause qui dispose que « l'acceptation est subordonnée au consentement de la partie X concernant les conditions additionnels ou différents introduits par la partie Y ».

La règle contenue dans les présents Principes nuance la règle générale de l'article 2.1.8 en partant du besoin de préserver le contrat autant que possible, conformément aux clauses-types substantiellement communes (*knock out rule*). Si les différences concernent des aspects substantiels du contrat, il pourrait être conclu que la concurrence entre l'offre et l'acceptation n'est pas suffisante pour admettre la conclusion du contrat. En tout cas, il faudra prendre en considération les règles d'interprétation du contrat et surtout les règles d'intégration du contrat contenues dans la section 2 du chapitre 4 des présents Principes. Les juges et les arbitres devront déterminer à quel point la divergence entre les clauses-types est matériellement significative.

La conclusion du contrat n'aura pas lieu non plus lorsque l'une des parties manifeste ou exprime sa volonté de ne pas s'engager, à moins que les dispositions établies dans la clause-type qu'elle a proposée ne soient acceptées dans leur intégralité, à condition que cette clause ne soit pas elle-même contenue dans la clause-type. C'est pourquoi il est si important que la clause d'acceptation des clauses-types soit suffisamment visible dans le texte du contrat, de manière à ce que l'autre partie ait l'opportunité de prendre connaissance des clauses-types et que la volonté de ne pas s'engager soit manifeste si les conditions considérées comme étant substantielles ne sont pas acceptées par l'autre partie. Il est recommandé d'insérer une clause d'acceptation expresse des clauses-types comprenant les plus grandes garanties d'efficacité et de prévention des résultats indésirables, quel que soit le texte normatif ou la loi applicable qui régit le contrat.

CLAUSES SUR LES CONFLITS ENTRE CLAUSES-TYPES

À cet effet, diverses possibilités s'offrent. La première consiste à spécifier que le contrat est considéré comme étant conclu et que les clauses contradictoires introduites par l'autre partie seront écartées. Cela permet de parvenir à un accord concernant les clauses communes. Lorsqu'un accord n'a pas été trouvé, il est supposé qu'aucun accord n'est intervenu, car les clauses contradictoires s'annulent entre elles.

Option A : Compatibilité entre clauses-types

« L'acceptation des clauses-types d'une partie n'empêchera pas la conclusion du contrat même si elles sont incompatibles avec les clauses-types de l'autre partie. Les clauses incompatibles entre elles ne seront pas appliquées. »

La deuxième option, afin d'imposer les clauses-types, exige d'inclure une clause d'annulation des clauses introduites par l'autre partie et qui sont incompatibles. Cette clause doit être insérée à un endroit bien visible qui attire l'attention de l'autre partie. Un problème peut se poser si l'autre partie a également été prudente et a inséré à son tour une clause de ce type. Dans ce cas, il faudra notifier expressément sa volonté d'accepter ou de rejeter le contrat, car selon le système juridique qui régit le contrat la présence d'une contre-offre (*last shot rule*) peut être considérée ou la première offre éliminant les termes incompatibles (*knock out rule*) peut être privilégiée. D'ailleurs, dans certains systèmes juridiques les clauses proposées peuvent être considérées comme nulles. Par exemple, la jurisprudence française n'admet pas la hiérarchisation volontaire des clauses-types proposées par l'une des parties du contrat, c'est-à-dire le fait d'incorporer des clauses privilégiant les clauses-types et annulant les clauses contradictoires de l'autre partie (p. ex. arrêt de la Cour de Cassation du 10 décembre 1991).

Option B : Exclusion de formulaires

« L'acceptation des clauses-types d'une partie implique d'exclure toute clause-type incompatible proposée par l'autre partie. ».

Finalement, si une partie ne souhaite pas être liée au contrat dans l'éventualité où l'autre partie introduise des modifications, substantielles ou non, à son offre, elle devra le faire savoir au moyen d'une clause bien visible. Si l'autre partie a, elle aussi, inséré une clause de ce type, il faudra qu'elle communique immédiatement ou dans un délai raisonnable sa volonté de ne pas s'engager, avant que des actes d'exécution du contrat soient mis en pratique.

Option C : Clause de non conclusion du contrat

« Si les clauses-types de l'autre partie sont contradictoires avec [ou "comportent une modification substantielle par rapport à"] celles établies dans la clause-type (...) de cette partie, le contrat ne s'entend pas comme étant conclu à moins que cette partie ne communique expressément le contraire à l'autre partie. »

En tout cas, et afin d'éviter tout risque, l'impossibilité d'arriver à une solution uniforme indique que la seule option véritablement sûre consiste à ce que les parties veillent à vérifier s'il existe des clauses-types et les comparent à leurs propres clauses-types, afin de pouvoir manifester leur opposition à l'insertion de ces clauses-types le plus rapidement possible et avant que des actes d'exécution soient mis en pratique.

Section 2 : Lieu et moment de la formation du contrat

Article 2.2.1 : *Moment de la formation du contrat*

Le contrat est réputé conclu, selon le cas et sauf stipulation contraire de l'offre, au moment où l'offrant reçoit la déclaration d'acceptation du destinataire de l'offre ou lorsque l'offrant prend connaissance du comportement du destinataire de l'offre valant acceptation.

COMMENTAIRE

1. Diversité de solutions quant au moment de conclusion du contrat

Il est important de déterminer le moment de la rencontre des consentements des deux parties et qui détermine la conclusion du contrat afin de définir le moment à partir duquel les prestations deviennent obligatoires, jusqu'à quel moment l'offre ou l'acceptation peuvent être retirées ou révoquées, quelle est la loi applicable au contrat, le prix de marché, le transfert des risques, l'annulation des contrats conclus par fraude des créanciers, etc. En l'absence d'accord concernant le moment de conclusion du contrat, il est recommandé que l'auteur de l'offre indique clairement dans sa proposition quel sera ce moment. Autrement dit, les parties encourent le

risque de ne pas pouvoir régler plusieurs problèmes affectant leur déclaration de volonté.

Dans les cas de passation de contrats entre présents, il ne se pose généralement pas de problèmes de détermination du moment ou du lieu de conclusion du contrat. Néanmoins, les parties peuvent s'accorder un temps de réflexion et différer leur déclaration de volonté à un moment ultérieur. Le moyen de communication est également important. Le fait d'employer des moyens de communication instantanés présente des conséquences différentes que l'emploi de moyens qui exigent qu'un certain laps de temps s'écoule pour qu'une partie connaisse l'intention de l'autre. Par conséquent, plus que la présence des parties dans le même lieu, le plus important est le laps de temps qui s'écoule entre la première déclaration de volonté (l'offre) et la seconde (l'acceptation).

La théorie de l'émission ou de la déclaration (*declaration doctrine, Erklärungstheorie, Äusserungstheorie*), selon laquelle le contrat est conclu lorsque le destinataire de l'offre manifeste ou extériorise son consentement (article 310 du code civil cubain ; article 54 du code de commerce cubain) est à peine suivie dans les systèmes juridiques caribéens, étant donné qu'elle permet la conclusion du contrat du simple fait que le destinataire manifeste son acceptation, même s'il ne l'a pas notifiée à l'auteur de l'offre.

La doctrine de l'expédition ou de l'émission (*expedition doctrine, Übermittlungstheorie o Absendetheorie, mailbox rule ou postal rule*), selon laquelle le fait déterminant a lieu lorsque l'acceptant envoie sa déclaration de volonté à l'auteur de l'offre, prévaut dans les systèmes de la *common law* à travers de ladite *postal rule*. Cette ancienne règle [*Adams v Lindsell* (1818), 12 Digest (Rweal.) 86, 477 ; *Thomson v James* (1855), 18 D1] se limite cependant aux déclarations remises par courrier postal et a été dépassée par l'utilisation des nouveaux moyens de communication télématiques, qui ont incité la jurisprudence anglaise et la *common law* à se rapprocher *de facto* de la théorie de la réception (section 64 du *Second Restatement of Contracts* ; section 2-201 UCC). L'article 317.2 du code civil cubain dispose également que l'acceptation oblige l'acceptant dès qu'il l'envoie, mais n'oblige l'auteur de l'offre que lorsqu'il en prend connaissance. Elle présente également l'inconvénient de permettre à l'acceptant de récupérer son courrier à la poste si la réglementation postale permet un ordre de retrait.

La théorie de la connaissance ou de l'information (*information doctrine, Kenntnisnahmetheorie, Vernhemungstherorie*) établit que le contrat est conclu lorsque l'acceptation est connue par l'auteur de l'offre. Elle est également considérée

inadéquate si l'acceptant a fait tout son possible pour que la notification arrive à l'auteur de l'offre et celui-ci n'en a pas eu connaissance de l'acceptation pour un fait uniquement imputable ce dernier (par exemple, parce qu'il est parti en voyage et en profite pour révoquer l'offre et conclure un contrat plus avantageux avec un tiers). Cette théorie est quand même observée dans les articles 1.553.2 du code civil hondurien, 1.214.2 du code civil portoricain, 112 du code de commerce vénézuélien et 1.137.1 du code civil vénézuélien. Le cas de Cuba n'est pas clair, puisque l'article 317.2 du code civil cubain dispose que l'acceptation n'engage l'auteur de l'offre que dès qu'il en a connaissance, mais elle engage l'acceptant dès qu'il la remet. En tout cas, la théorie de la connaissance est atténuée dans plusieurs systèmes, en présumant que l'auteur de l'offre connaît l'acceptation du fait qu'elle ait été remise à son adresse. Ainsi, la sécurité juridique est préservée, puisque l'auteur de l'offre n'est pas engagé par un contrat sans savoir s'il a été accepté et l'auteur de l'offre ne peut différer le moment de sa prise de connaissance de la déclaration de volonté de l'acceptant, de sorte à maintenir un juste équilibre (article 1.137.5 du code civil vénézuélien).

Sans doute, comme cela a été analysé dans les commentaires de l'article 1.3 des présents Principes, le critère le plus répandu obéit à la théorie de la réception (*reception doctrine, Zugangstheorie o Empfangstheorie*), selon laquelle le contrat est conclu au moment où l'auteur de l'offre reçoit le message d'acceptation à son siège social ou sur le lieu de son activité, c'est-à-dire dans son domicile, dans son établissement ou à son adresse postale [article 864 du code de commerce colombien ; article 444 du code de commerce costaricain (bien que l'article 1.009 du code civil costaricain semble suivre la théorie de l'émission) ; article 1.523 du code civil guatémaltèque ; article 3:37.3 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.807 du code civil mexicain ; article 80 du code de commerce mexicain ; article 84 du code de commerce nicaraguayen ; article 210 du code de commerce panaméen ; article 1.137.5 du code civil vénézuélien ; article 18.2 CVIM ; article 1.10 PU ; article 2:205 PECL ; article II-4:206 DCFR ; article 22 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013]. Cette théorie transfère à l'auteur de l'offre l'obligation de la diligence nécessaire pour connaître le contenu de la communication, de sorte que même si celui-ci n'a pas une connaissance réelle et effective de l'acceptation, les conséquences sont les mêmes que s'il avait connaissance de la déclaration de volonté et que si le contrat avait été conclu. De cette manière, un plus grand équilibre est atteint quant au risque d'incertitude entre les parties. L'article 2.2.1 des présents Principes suit la théorie dominante. La précision du moment de réception de l'acceptation est soumise aux règles contenues dans l'article 1.3.

Article 2.2.2 : *Lieu de la formation du contrat*

Le contrat est réputé conclu, sauf stipulation contraire de l'offre, au lieu où l'offrant a son établissement.

COMMENTAIRE

La liberté des parties de déterminer le lieu de conclusion du contrat est généralement admise. Le lieu de conclusion du contrat a un intérêt relatif, mais il peut être important concernant divers aspects accessoires, et en l'absence d'accord, une règle d'interprétation subsidiaire peut donc être utile.

Certains textes légaux traitent cette question dans les pays caribéens. L'article 91 du code de commerce nicaraguayen dispose que si les parties résident dans des lieux différents le lieu du contrat est celui de la résidence de la partie qui accepte la première offre. Par contre, l'article 1.524 du code civil guatémaltèque prévoit, en cas de contrats conclus par téléphone, de la même manière que pour les contrats conclus entre parties présentes, que le contrat s'entend comme étant conclu dans le lieu où l'offre est faite. La même règle s'applique en général au titre des articles 864 du code de commerce colombien et 115 du code de commerce vénézuélien.

Les présents Principes ont préféré la convergence entre le temps et le lieu, le lieu du contrat étant celui où la déclaration finale qui le forme, c'est-à-dire l'acceptation, est reçue. Ce lieu est fixé par l'établissement de l'auteur de l'offre, ce qui garantit plus de certitude et de sécurité.

Section 3 : Représentation

Article 2.3.1 : *Domaine d'application*

- 1. La présente section régit le pouvoir d'une personne, le représentant, de produire des effets dans la situation juridique d'une autre personne, le représenté, relativement à la conclusion d'un contrat avec un tiers, soit que le représentant agisse au nom du représenté, soit qu'il agisse en son propre nom.**

- 2. Cette section ne s'applique pas aux rapports internes entre le représentant et le représenté.**
- 3. Cette section ne régit pas le pouvoir d'un représentant désigné par la loi, ni celui d'un représentant désigné par une autorité publique ou judiciaire.**

COMMENTAIRE

Les Principes OHADAC consacrent cette section à la réglementation du pouvoir du représentant de produire des effets dans la situation juridique du représenté par la conclusion de contrats avec un tiers, qui établissent des liens juridiques directs entre celui-ci et le représenté. De ce fait, la présente section s'applique seulement aux relations entre le représenté ou le représentant, d'une part, et le tiers d'autre part, c'est-à-dire se limite au cadre externe de la représentation. Par conséquent, les rapports internes entre le représentant et le représenté sont exclus des présentes dispositions. Sur ce point (droits et obligations du représentant et du représenté), il faudra s'en remettre aux dispositions contenues dans le contrat conclu entre eux, ainsi qu'à la loi qui sera désignée pour le régir en application du droit international privé du for. Il faut également tenir compte des règles matérielles impératives de protection spécifiques aux catégories de représentants, comme c'est le cas par exemple des agents commerciaux indépendants dans les territoires dans lesquels s'applique le droit européen, qui garantit certains droits en cas de résiliation unilatérale du contrat de la part du représenté. D'où le fait que les questions qui relèvent tant des rapports internes qu'externe de la représentation, comme c'est le cas des modalités d'attribution du pouvoir et de son extinction, les conflits d'intérêts ou la substitution du représentant, ne seront traitées dans cette section que d'un point de vue des effets vis-à-vis des tiers.

La présente section, en outre, se réfère uniquement aux intermédiaires mandatés pour conclure des contrats, ce qui écarte les autres missions qui consistent soit à présenter les parties pour que celles-ci puissent ensuite négocier et conclure le contrat (par exemples, les courtiers ou les agents immobiliers), soit à négocier les contrats avec des tiers, mais dont le pouvoir de les signer demeure entre les mains du donneur d'ordre (par exemple, les représentants salariés ou les agents commerciaux indépendants non autorisés à passer des contrats). Dans aucune de ces situations il n'y a lieu de parler de

représentation, bien qu'il soit habituel de les dénommer, improprement, les « représentants ».

Vu la nature spéciale de la relation de la représentation, caractérisée par l'intervention de trois parties (représenté, représentant et tiers), l'application à ladite relation des dispositions de la présente section exigera obligatoirement l'acceptation des Principes OHADAC par les trois parties impliquées au contrat. Il conviendra de conclure, en définitive, ce qu'il conviendra de dénommer un « accord trilatéral » quant à l'application des présents Principes, accord auquel, vu l'absence de contact direct entre le représenté et le tiers, devra être décomposé en étapes qui seront précisément deux. La première, dans les cas de pouvoir exprès du représentant, devra correspondre à la date du pouvoir, et contenir en plus une mention selon laquelle le représenté donne pouvoir au représentant de conclure des contrats avec des tiers « en application des dispositions des Principes OHADAC ». La deuxième devra correspondre à la date du contrat entre le représentant et le tiers, et contenir en plus une clause exigeant l'application des présents Principes au contrat. Cette étape, évidemment, sera éludée dans le cas de pouvoir implicite, pouvoir apparent ou absence de pouvoir bien que dans de tels cas, l'acceptation par le représenté de l'application des présents Principes aura lieu en général à un moment postérieur à la conclusion du contrat entre le représentant et le tiers, c'est-à-dire au moment de la reprise d'engagement, en cas de défaut de pouvoir. En outre, cette acceptation *ex post* des présents Principes ne doit pas nécessairement être expresse, et ne se faire que de façon tacite, comme ce sera le cas si le représenté exécute les obligations qui découlent du contrat souscrit par le représentant sans opposer aucune objection à la clause selon laquelle l'application des présents Principes est obligatoire.

D'autre part, d'un point de vue du caractère non impératif des règles relatives à la représentation présentes dans les ordres juridiques nationaux, l'« accord trilatéral » auquel sont parvenues les parties à la représentation quant à l'application des Principes OHADAC impliquera obligatoirement le déplacement des règles nationales en la matière. En règle générale, le régime des présents Principes qui retiennent les principes communs aux différents ordres juridiques nationaux n'entre, toutefois, pas en conflit avec les dispositions nationales.

Comme cela a été indiqué, les Principes OHADAC limitent le champ d'application de la présente section aux rapports externes de la représentation (représentant et tiers), et de ce fait s'éloignent du modèle suivi par la majorité des systèmes juridiques caribéens de tradition romano-germanique (articles 2.142-2.199 du code civil colombien ; articles 1.251-1.294 du code civil costaricain ; articles 1.984-2.010 des codes civils dominicain

et français ; articles 1.686-1.727 du code civil guatémaltèque ; articles 1.748-1.774 du code civil haïtien ; articles 1.888-1.918 du code civil hondurien ; articles 3.293-3.389 du code civil nicaraguayen ; articles 1.400-1.430 du code civil panaméen ; articles 1.600-1.630 du code civil portoricain ; articles 1.601-1.661 du code civil saint-lucien), qui n'opèrent pas de distinction entre les rapports externe et interne de la représentation, considérant le pouvoir comme un simple effet du contrat de mandat, modèle retenu également par les systèmes de tradition anglo-saxonne, où sous le concept de « *agency* » sont incluses tant les relations entre le représenté et le tiers, que les relations entre le représenté et l'agent.

Face à ce modèle, les Principes OHADAC s'inspirent de ce qui pourrait être dénommé le modèle « allemand » de représentation qui se caractérise par une dissociation claire faite entre le pouvoir et le contrat de base et, finalement entre les rapports externe et interne de la représentation. Il s'agit du modèle qui, outre les systèmes caribéens de tradition néerlandaise [articles 3:60-3:67 (représentation), 7:414-7:424 (mandat) et 7:428-7:445 (agence commerciale) des codes civils néerlandais et surinamais] et d'autres de tradition espagnole [articles 56-66 (représentation) et 398-422 (mandat) du code civil cubain ; articles 1.800-1.802 (représentation) et 2.546-2.604 (mandat) du code civil mexicain, et implicitement, articles 274 et 310 du code de commerce mexicain ; articles 1.169-1.172 (représentation) et 1.684-1.712 (mandat) du code civil vénézuélien, et implicitement, article 95.2 du code de commerce vénézuélien], retiennent les différents instruments internationaux d'unification de droit contractuel [articles 2.2.1-2.2.10 PU ; articles 3:101-3:304 PECL ; articles II-6:101-II-6:112 DCFR ; Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationales de marchandises (ci-après CG, non entrée en vigueur)].

La doctrine comme la jurisprudence de la majorité des pays qui, traditionnellement, ont repris le premier modèle ont fini par distinguer les rapports interne et externe de la représentation [articles 832-844 (représentation) et 1.262-1.339 (mandat) du code de commerce colombien ; articles 731-739 (représentation) et 804-825 (commission) du code de commerce hondurien ; articles 399 et 436 du code de commerce nicaraguayen ; articles 604 et 612 du code de commerce panaméen ; article 200 du code de commerce portoricain ; articles 60-68 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations du 23 octobre 2013].

Les Principes OHADAC, d'autre part, considèrent que, pour qualifier la situation juridique dans laquelle intervient le représentant, il n'est pas important de distinguer si ce dernier agit au nom du représenté ou en son propre nom, laissant ainsi la porte ouverte à ce que cette qualification puisse intervenir tant dans l'une que dans l'autre

situation. Les systèmes caribéens de tradition anglo-saxonne partagent comme principe commun qu'il n'est pas important d'établir des liens juridiques directs entre le représenté et le tiers. En effet dans ces systèmes, le lien direct entre le représenté et le tiers est préconisé dans les cas où le représentant révèle au tiers sa qualité (*disclosed agency*), indépendamment du fait, de plus, de lui révéler ou non l'identité du représenté. Cela explique que le *disclosed principal* puisse être soit un *named/identified* tout comme un *unnamed/unidentified principal* [*Universal Steam Navigation Co v James McKelvie & Co* (1923), AC 492 ; *Benton v Campbell, Parker & Co Ltd* (1925), 2 KB 410 ; sections 6.01 (1) et 6.02 (1) du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. De même la possibilité d'établir de tels liens dans le cas où le représentant au moment de conclure avec des tiers, occulte l'existence même de la représentation non divulguée (*undisclosed agency*), après que le tiers découvre que la personne, avec laquelle il a conclu le contrat, agissait en réalité comme représentant de l'autre (*undisclosed agency*) (commentaire de l'article 2.3.4).

Cependant, sur ce point, il serait possible de penser que les Principes OHADAC s'écartent des lignes suivies par les systèmes juridiques caribéens de tradition espagnole, française et néerlandaise, vu que pour ceux-ci l'efficacité directe des actes du représentant pour les effets produits dans la situation juridique du représenté dépend du comportement du représentant, ce qui marque effectivement la distinction entre représentation directe et indirecte en fonction précisément du fait que le représentant agisse au nom du représenté ou en son propre nom (articles 1.505 et 2.177 du code civil colombien et 832, 833.1, 1.336 et 1.337 du code de commerce colombien ; articles 1.275 du code civil costaricain et 273 et 318 du code de commerce costaricain ; articles 57 du code civil cubain et 245-247, 284-285 et 287 du code de commerce cubain ; articles 1.984.1 du code civil dominicain et 94 du code de commerce dominicain ; articles 1.984 du code civil français et article L132-1 du code de commerce français ; article 61 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.686.2 du code civil guatémaltèque ; articles 1.748 et 1.762 du code civil haïtien et 90-91 du code de commerce haïtien ; articles 3:60.1, 3:66.1 et 7:425-7:427 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.896 et 1.904 du code civil hondurien et 732 du code de commerce hondurien ; articles 2.560-2.561 et 2.581 du code civil mexicain et 283-285, 311 et 313 du code de commerce mexicain ; articles 2.440.1 et 3.331 du code civil nicaraguayen et 408-410, 437 et 439 du code de commerce nicaraguayen ; articles 1.110.1 et 1.408 du code civil panaméen et 606-607, 609 et 612 du code de commerce panaméen ; articles 1.211.1 et 1.608 du code civil portoricain et 163-165, 202-203 et 205 du code de commerce portoricain ; articles 1.615-1.616 et 1.627.1 du code civil saint-lucien ; articles 1.169 du code civil

vénézuélien et 96-97 et 376-379 du code de commerce vénézuélien). Effectivement ces systèmes, en principe, ne traitent que de l'effet basique de la représentation, comme le lien juridique direct entre le représenté et le tiers, dans les cas de représentation directe, pour lesquels le représentant agit au nom du représenté. Il est habituellement considéré que ce sera ainsi, dès lors qu'au jour de la conclusion du contrat il révélera expressément au tiers, sous toute forme, outre sa qualité de représentant, l'identité du représenté (en indiquant par exemple qu'il intervient « pour le comte de X »), bien que cela ne soit pas consigné dans le contrat. De même, il convient de parler de *contemplatio domini* dans le cas où le représentant se limite à déclarer qu'il intervient au nom d'un représenté, mais sans révéler en premier lieu son identité, avec engagement de sa part de la divulguer par la suite. Ces situations ne doivent pas obligatoirement faire l'objet d'une déclaration expresse, mais elles peuvent découler du comportement non équivoque du représentant ou d'autres éléments.

L'effet de la représentation n'est pas visé, par contre, dans le cas de représentation indirecte où le représentant intervient en son propre nom et occulte, par là même, sa qualité au tiers. Il est alors prévu que le représentant, et non le représenté, assumera personnellement ses engagements vis-à-vis des tiers. Il est fait exception à cette règle dans certains ordres juridiques, dès lors qu'il est question de choses propres appartenant au représenté (article 1.896.2 du code civil hondurien ; article 2.561.2 du code civil mexicain ; article 1.408.2 du code civil panaméen ; article 1.608.2 du code civil portoricain). Dans le cadre du rapport interne entre représenté et représentant, il sera convenu en tout cas de la manière dont le représentant doit transférer au représenté les droits qu'il a acquis auprès du tiers dans l'intérêt de ce dernier ou de la manière dont il devra couvrir les obligations qu'il a contracté à l'égard de tiers. Toutefois, il ne faut pas oublier que les systèmes de tradition civiliste contiennent eux aussi des exceptions à la règle générale selon laquelle le représenté n'est pas lié en cas de représentation indirecte. Ils admettent la possibilité que, dans des situations précises, le représenté pourra se retourner directement contre le tiers, ou à l'inverse, le tiers pourra directement se retourner contre le représenté (commentaire de l'article 2.3.4).

La solution retenue par les Principes OHADAC correspond clairement à celle retenue par la CG (article 1.1 et 4) et par les PU [articles 2.2.1 (1), 2.2.3 et 2.2.4 (2)], qui ne prend pas non plus expressément en compte le fait que le représentant intervienne en son propre nom ou au nom du représenté, quant à son engagement personnel vis-à-vis des tiers. La solution retenue par les Principes OHADAC ne s'éloigne pas non plus de

celle du DCFR (articles II–6:105 et II–6:106) ou des PECL [articles 3:102 et 3:301 (2) à 3:304], qui, même s’ils distinguent les situations où le comportement du représentant produisent des effets sur la situation juridique du représenté (représentation directe) et celles qui n’en produisent pas (représentation indirecte), ils permettent par une règle juridique que des effets juridiques puissent être produits.

Enfin, la présente section ne concerne que la représentation volontaire, c’est-à-dire, la représentation qui se fonde sur un acte de volonté du représenté destiné à conférer au représentant le pouvoir d’intervenir pour son compte (pouvoir) tout en élargissant sa marge de manœuvre. Cela se matérialise parfois par un acte unilatéral de procuration consenti de façon isolée, et entre autres fait partie d’un acte juridique bilatéral qui oblige le représenté et le représentant. Restent, en tout cas, en marge de cette section les cas de représentation légale, au titre desquels le représentant se voit conférer par la loi un pouvoir (par exemple, dans la représentation d’un mineur par ses parents, détenteurs de l’autorité parentale) ainsi que ceux où le représentant se voit confier un pouvoir par l’autorité publique ou judiciaire (tel que cela est le cas de la représentation par un tuteur d’une personne handicapée). Dans ces cas, les pouvoirs du représentant devront être déterminés obligatoirement au regard de la loi nationale applicable conformément aux dispositions des règles de droit international privé du for. Hormis deux modalités de représentation, les principes OHADAC se situent dans la lignée des deux principaux instruments internationaux de codification des principes généraux en matière de contrat, les PU [article 2.2.1 (3)] et les PECL [article 3:101 (2)], qui limitent également sa réglementation en matière de représentation volontaire.

La représentation organique, ou la représentation de sociétés par ses organes dirigeants, est régie par les règles spécifiques en matière de société, et qui sont d’application impérative généralement. À cette question s’appliquera la loi gouvernant la société en question, et qui prévaudra en tout cas sur les dispositions de la présente législation relative aux règles générales en matière de représentation contenues dans la présente section, qui sera applicable uniquement à titre subsidiaire. Les dispositions de la présente section seront applicables, toutefois, à la représentation volontaire de la société par l’un quelconque des membres du conseil d’administration ayant été dûment mandaté.

Article 2.3.2 : Octroi du pouvoir

- 1. L'attribution par le représenté du pouvoir de représentation peut être expresse ou implicite.**
- 2. Lorsque les déclarations ou le comportement d'une personne conduit le tiers de bonne foi à croire raisonnablement que le représentant a le pouvoir de réaliser certains actes pour le compte du représenté, ce dernier sera réputé avoir conféré pouvoir au représentant.**
- 3. Le représentant a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de sa mission, compte tenu des circonstances, à moins que le représenté n'en dispose autrement de manière expresse.**

COMMENTAIRE

Les Principes OHADAC, en prévoyant que le pouvoir n'est soumis à aucune condition de forme et qu'il peut revêtir la forme expresse ou tacite, coïncident avec la majorité des systèmes juridiques [articles 2.149-2.150 du code civil colombien ; articles 2.151-2.152 du code civil costaricain ; article 1.985 des codes civils dominicain et français ; article 1.749 du code civil haïtien ; article 3:61.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.889 du code civil hondurien ; articles 2.547.3 et 2.550-2.552 du code civil mexicain ; articles 3.293.1-3.294 du code civil nicaraguayen ; article 1.401 du code civil panaméen ; article 1.601 du code civil portoricain ; articles 1.601 et 1.605 du code civil saint-lucien ; article 1.685 du code civil vénézuélien ; section 1.03 du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; articles 9.1 et 10 CG ; article 2.2.2 (1) PU ; article 3:201 (1) PECL ; article II-6:103 (2) DCFR].

Effectivement, le pouvoir peut être conféré de façon expresse soit verbalement, soit par écrit. Par exemple, le pouvoir peut être attribué par mandat voire au moyen d'une déclaration orale ou écrite par le représenté ou, en cas de représentation d'une société, au titre d'une décision du conseil d'administration. L'avantage que présente ce type de pouvoir est clair : il permet de prouver facilement tant l'existence d'un pouvoir que son étendue.

Exemple 1 : X confère un pouvoir authentique au profit de Y afin que celui-ci conclue avec Z, dans le pays de Z, la vente d'un immeuble appartenant à X et situé dans ce pays.

Toutefois le pouvoir pourra également être conféré tacitement, dans le cas où la volonté du représenté de donner pouvoir au représentant découle soit du comportement du représenté (qui recommande, par exemple, au représentant d'effectuer une tâche particulière qui nécessite implicitement l'attribution de pouvoirs de représentation précis), soit d'autres circonstances de l'espèce (par exemple, si l'attribution de pouvoirs de représentation découle d'une pratique entre les parties ou d'usages commerciaux).

Exemple 2 : X désigne Y comme gérant d'un complexe touristique composé d'appartements appartenant à X. Y aura le pouvoir tacite de conclure avec des tiers des contrats de location saisonnière.

Seuls certains pays refusent la possibilité d'attribuer un pouvoir tacite, en imposant toujours la forme écrite et, plus particulièrement, un pouvoir authentique (article 414.3 du code civil cubain et article 1.687.1 du code civil guatémaltèque), sauf certaines exceptions (article 415 du code civil cubain et article 1.687.2 du code civil guatémaltèque).

Parmi les systèmes nationaux qui, en principe, ne soumettent l'attribution du pouvoir à aucune condition de forme, certains ordres juridiques imposent qu'elle revête la forme expresse et y compris qu'elle se conforme à certaines exigences de forme, dès lors que le pouvoir est requis pour effectuer des actes qui nécessitent le respect de certaines conditions de forme (article 836 du code de commerce colombien ; section 3.02 du *Restatement Third of Agency nord-américain* ; article 1.169.2 du code civil vénézuélien). D'autres systèmes soumettent à une forme spécifique l'attribution de modalités particulières du pouvoir, généralement un acte authentique (articles 1.251.2 et 1.226.2 du code civil costaricain ; article 1.892 du code civil hondurien ; articles 2.555-2.557 du code civil mexicain ; articles 2483.5 et 3.293.3 du code civil nicaraguayen).

Les Principes OHADAC suivent, sur ce point, les systèmes caribéens de tradition néerlandaise (article 3:61.2 des codes civils néerlandais et surinamais) et ceux de la *common law* [*Summers v Solomon* (1857), 7 E&B 879 ; *Freeman and Lockyer (a firm) v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* (1964), 1 All ER 630 ; *The Shamah* (1981), 1 Lloyd's Rep 40 ; arrêt de la *Court of Appeal* de Trinité-et-Tobago sur *Johnstone v Ritchie* (1983), Civ App No 16 de 1979 (Carilaw TT 1983 CA 20) ; arrêt de la *Supreme Court* des Bahamas en *Clean-Away Ltd v St Tropez Marina Bahamas Ltd* (1993), No 1755 de 1990 (Carilaw BS 1993 SAC 21) ; arrêts de la *High Court* de Trinité-et-Tobago sur *Speedy Service Liquors Ltd v Airports Authority of Trinidad and Tobago* (2002), No 586 de 1984 (Carilaw TT 2002 HC 106) et sur *Raymond and Pierre Ltd v HCU Communications Ltd*

(2010), No 1064 de 2009 (Carilaw TT 2010 HC 126) ; section 1 du *Factors Act* anglaise de 1889 ; sections 2.03, 2.05, 3.03 et 3.11 du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. De même, d'autres systèmes de différentes traditions juridiques (article 842 du code de commerce colombien ; article 736 du code de commerce hondurien ; articles 1.630 du code civil saint-lucien et 241 du code de commerce saint-lucien) prévoient la possibilité de conférer un troisième type de pouvoir. Il s'agit du pouvoir apparent, qui est le pouvoir supposé avoir existé alors qu'il n'a été conféré ni expressément ni tacitement, mais qu'au vu des déclarations ou du comportement du représenté (par exemple, consentement à ce que le représentant qui a rempli des fonctions lui ayant conféré un pouvoir puisse continuer à agir pour le compte du représenté même s'il n'occupe plus ces fonctions) un tiers de bonne foi ait pu croire raisonnablement que le représentant avait le pouvoir d'agir pour le compte du représenté. Ce pouvoir est également admis tant par la doctrine que par la jurisprudence dans les territoires français d'outre-mer (arrêt de la Cour de Cassation du 13 décembre 1962, qui reconnaît l'existence d'un pouvoir apparent même en l'absence de faute du représenté, tout comme l'article 63.1 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013), et est reconnu dans différents instruments internationaux d'unification du droit des contrats [article 14.2 CG ; article 2.2.5 (2) PU ; article 3:201(3) PECL ; article II-6:103 (3) DCFR].

La notion de pouvoir apparent, une manifestation claire de l'application du principe général de bonne foi et de l'interdiction de le contredire, revêt une importance particulière dans les cas où le représenté est une personne morale. Le tiers, effectivement, peut avoir des difficultés pour déterminer si la personne qui agit au nom de la personne morale détient ou non un pouvoir pour le faire et il peut préférer se baser sur l'existence d'un pouvoir apparent. Il lui suffira de démontrer qu'il était raisonnable de considérer que celui qui affirmait représenter la personne morale était habilité à le faire et qu'il était conduit à le croire en raison du comportement de ceux réellement autorisés à représenter la personne morale (conseil d'administration, dirigeants, etc.). En tout cas, ce sont les circonstances propres à chaque cas qui permettront finalement de déterminer s'il était raisonnable pour le tiers de le croire ou non (position occupée par la personne agissant en qualité de représentant dans l'organigramme de la personne morale, type d'opération, consentement passé des véritables représentants, etc.).

Exemple 3 : Y, directeur d'une filiale de la société X, engage la société de construction Z pour faire des travaux d'agencement des bureaux de cette filiale bien qu'il ne dispose pas du pouvoir de le faire. Z pourra invoquer que le directeur d'une filiale a

habituellement le pouvoir de conclure un tel contrat, et que de ce fait il était raisonnable pour Z de croire que Y avait le pouvoir réel de conclure le contrat et que, de ce fait, le contrat conclu avec Y le liait avec X.

Cette disposition se réfère finalement à la question de l'étendue du pouvoir qui est en lien avec la portée des pouvoirs confiés par le représenté : à moins que le représenté indique expressément le contraire, le représentant sera autorisé à effectuer tous les actes qui s'avèreraient nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions. Par conséquent, plus les fonctions assignées au représentant sont larges, plus le pouvoir conféré au représenté sera étendu. Il en sera ainsi, même dans les cas de pouvoir exprès : l'étendue du pouvoir ne se limitera pas à sa seule teneur littérale, à moins que le représenté ait exprimé expressément son refus de conférer certains pouvoirs au représentant.

Exemple 4 : X charge Y d'acheter à Z, dans le pays de Z, des marchandises spécifiques. Si, conformément aux stipulations du contrat de vente signé par Z, il appartient à l'acheteur de prendre en charge le transport depuis le pays de Z jusqu'au pays de X, Y sera considéré également comme étant habilité à conclure le contrat de ce transport.

Les présents Principes retiennent la même solution, quant à l'étendue du pouvoir, que les autres instruments internationaux d'unification du droit des contrats [article 9.2 CG ; article 2.2.2 (2) PU ; article 3:201 (2) PECL ; article II-6:104 (1) et (2) DCFR]. En outre, ils prévoient un principe commun aux ordres juridiques en vigueur dans les territoires OHADAC. En effet, sauf dans les cas particuliers et les exceptions selon lesquelles les pouvoirs du représentant sont établis par la loi (certaines catégories d'auxiliaires de commerce), il est considéré que la portée du pouvoir sera en principe celle que le représenté a fixée ou déterminée. À certaines occasions, il est prévu que les pouvoirs conférés au représentant sont interprétés « au sens large » lorsqu'il n'est pas en mesure de consulter le représenté (article 2.174 du code civil colombien ; article 3.330 du code civil nicaraguayen).

Dans les systèmes de tradition romaniste, le pouvoir général et le pouvoir spécial sont distingués, selon que le pouvoir permet au représentant d'accomplir tous les actes juridiques pour le représenté ou seulement un ou certains actes en particulier (articles 2.156 du code civil colombien et 840 du code de commerce colombien ; article 401 du code civil cubain ; article 1.987 des codes civils dominicain et français ; article 1.690 du code civil guatémaltèque ; article 1.751 du code civil haïtien ; article 1.891 du code civil hondurien ; article 2.553 du code civil mexicain ; article 1.403 du code civil panaméen ; article 1.603 du code civil portoricain ; article 1.603.1 du code civil saint-lucien ; article 1.687 du code civil vénézuélien ; article 62 de l'avant-projet de réforme du droit

français des obligations de 2013). Certains systèmes vont jusqu'à distinguer trois types de pouvoirs, par l'ajout, en plus du pouvoir général et spécial, du pouvoir « très général » (articles 1.253-1.257 du code civil costaricain ; articles 3.295-3.298 du code civil nicaraguayen). Les « actes d'administration » et les « actes de disposition » sont également différenciés, et il est habituellement considéré que les pouvoirs généraux permettent d'effectuer les premiers mais pas les deuxièmes, pour lesquels un pouvoir spécial doit être consenti [article 2.158 du code civil colombien ; articles 1.253-1.257 du code civil costaricain ; article 401 du code civil cubain ; article 1.988 des codes civils dominicain et français ; article 1.693 du code civil guatémaltèque ; article 1.752 du code civil haïtien ; article 1.892 du code civil hondurien ; articles 3.295-3.298 du code civil nicaraguayen ; article 1.404 du code civil panaméen ; article 1.604 du code civil portoricain ; article 1.603.2 et 3 du code civil saint-lucien ; article 1.688 du code civil vénézuélien]. Le Mexique fait exception en prévoyant l'existence de pouvoirs généraux tant pour l'administration des biens que des pouvoirs généraux pour accomplir des actes de propriété, dénommant pouvoirs spéciaux les actes conférés pour des actes en particulier, qu'il s'agisse d'actes d'administration ou de disposition (article 2.554 du code civil).

Mais le principe qui, dans tous les cas, en découle est identique : la portée du pouvoir sera celle que le représenté aura fixée. Toutefois, le représentant considèrera avoir été habilité à accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de la mission qui lui a été confiée (expressément, article 1.604, paragraphe deux, du code civil saint-lucien).

Finalement, en ce qui concerne les cas où le représentant n'a rien établi dans le pouvoir qu'il donne, tout comme pour les pouvoirs tacites, il est prévu que l'étendue du pouvoir dépendra de la finalité pour laquelle il a été conféré (expressément, article 399 du code civil cubain).

Article 2.3.3 : *Représentation ostensible*

- 1. Lorsque le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs et révèle au tiers sa qualité, ses actes engagent directement le représenté et le tiers. Aucun rapport juridique n'est créé entre le représentant et le tiers.**
- 2. Néanmoins, dès lors que le représentant prend la place du représenté au contrat avec le consentement**

de celui-ci, les actes du représentant l'engagent lui-même envers le tiers.

- 3. Lorsque le représentant agit au nom du représenté, dont il s'engage à révéler l'identité plus tard, et qu'après avoir été enjoint par le tiers il ne révèle pas cette identité dans un délai raisonnable, le représentant sera seul engagé en vertu de l'acte en question.**

COMMENTAIRE

Les Principes OHADAC suivent, sur ce point, la voie de la CG (article 12) et des PU [article 2.2.3 (1)] en reliant directement l'efficacité des actes du représentant à la situation juridique du représenté. Et ce, outre, l'existence d'un pouvoir et les actes du représentant dans les limites de ce pouvoir, au fait que le tiers savait que celui-ci a la qualité pour agir. Ils se réfèrent à cette situation sous l'expression « représentation divulguée » qui regroupe à la fois les cas de *disclosed agency* des systèmes de *common law* et les cas de représentation directe des systèmes de tradition civiliste, à condition qu'il retienne l'interprétation large de la *contemplatio domini*.

Le représentant peut divulguer au tiers tant l'existence du pouvoir que l'identité du représenté. Il peut arriver, toutefois, que le représentant ne divulgue au tiers que sa qualité, sans lui donner dès le début le nom du représenté. Dans le premier et le deuxième cas (à condition que dans le deuxième cas, il finisse par donner l'identité du représenté) le lien juridique direct s'établit entre le représenté et le tiers, le représentant restant en marge. Cela explique que, dans la pratique, afin d'éviter tout risque pour le représentant de se retrouver personnellement engagé, il lui est recommandé, lors de la conclusion du contrat, d'être très clair sur sa qualité mais également d'indiquer expressément l'identité de la personne pour le compte de laquelle il agit. Et ce afin que le tiers connaisse sa qualité de représentant.

Exemple 1 : Y est l'agent commercial de X, et il est autorisé à promouvoir et à vendre les produits de X dans le pays de Y. Dans le cadre du contrat d'agent commercial entre X et Y, Y conclut un contrat de vente avec Z, qu'il informe de sa qualité d'agent commercial au profit de Y. Le contrat de vente signé par Y dans ce cadre-là engage directement X et Z, mais pas Y, qui s'engage à livrer les marchandises et qui a toute légitimité de réclamer le paiement du prix convenu à Z.

Exemple 2 : Dans l'exemple 1 rapporté ci-dessus, si Y se limite dans un premier temps à ne divulguer que sa condition d'agent commercial, sans fournir au départ le nom de la personne pour le compte de laquelle il agit mais à un moment ultérieur, le contrat de vente signé par Y engage également X et Z de manière directe.

Dans la majorité des cas, le fait que le tiers connaisse la qualité de représentant de la personne avec laquelle il conclut le contrat découle de la divulgation de cette qualité par le représentant lui-même, qu'elle soit ou non accompagnée de l'identité du représenté. Mais il arrive également que, par exemple, le représentant qui conclut avec le tiers ne divulgue à aucun moment sa qualité, mais, malgré tout le tiers en aura connaissance par d'autres voies propres aux circonstances. Dans ce cas, il ne s'agit pas à proprement parler d'une situation de « représentation divulguée » et cela ne peut pas emporter les effets typiques de ce type de représentation, car il faut s'en tenir à ce que la règle établit en matière de représentation « non divulguée » à l'article 2.3.4. Les différents systèmes nationaux classent une telle situation dans les cas de représentation de *undisclosed agency* ou de représentation indirecte, selon qu'il s'agisse de systèmes de *common law* ou de tradition civiliste.

Exemple 3 : X, par un contrat de commission, charge Y d'acheter à Z un bien déterminé, l'avisant de son souhait de conserver l'anonymat. Bien que Z puisse connaître la qualité de commissionnaire de Y, si Y conclut un contrat avec Z sans lui divulguer à aucun moment le nom de X pour lequel il agit, les effets spécifiques à la représentation ne se produiront pas. Ainsi, le contrat de vente passé entre Y et Z n'engagera que ces deux opérateurs sans que la situation juridique de X ne puisse être concernée.

Les Principes OHADAC ne laissent aucun doute sur les effets de la représentation « divulguée » : le contrat conclu par le représentant produira des effets juridiques directs sur le représenté et le tiers. Mais ils ajoutent également que cela ne produira pas d'effets juridiques entre le représentant et le tiers, reprenant de ce fait un autre principe qui est commun tant aux systèmes juridiques caribéens [article 2.582 du code civil mexicain ; *Robins v Bridge* (1837), 3 M & W 114 ; *Boyer v Thomson* (1995), 2 AC 629, 632 ; *Lucas v Beale* (1851), 109 CB 739 ; *Fairlie v. Fenton* (1870), LR 5 Ex 169 ; section 6.01 (2) du *Restatement Third of Agency* nord-américain] qu'aux instruments internationaux d'unification du droit des contrats [article 12 CG ; article 2.2.3 (1) *in fine* PU ; article 3:202 PECL ; article II-6:105 *in fine* DCFR].

Les Principes OHADAC, toutefois, visent deux cas de « représentation divulguée » dans lesquels les actes du représentant engendrent bel et bien une relation juridique entre le représentant lui-même et le tiers. Dans le premier cas, le représentant avec le consentement du représenté, assume la position de partie contractante [article 1.904

du code civil hondurien ; article 1.416 du code civil panaméen ; article 1.616 du code civil portoricain ; *Southwell v Bowditch* (1876), 1 CPD 374 ; *Montgomerie v United Kingdom Steamship Association* (1891), 1 QB 370 ; section 6.01 (2) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 12 *in fine* CG ; article 2.2.3 (2) PU ; article 3:202 PECL]. C'est le cas où le tiers, connaissant l'identité du représenté, précise qu'il ne souhaite pas conclure le contrat avec une autre personne que le représentant, et celui-ci, avec le consentement du représenté, accepte d'être le seul à s'engager dans le contrat en question. Dans un tel cas, et en application des dispositions de l'accord entre le représenté et le représentant, ce dernier, après avoir acquis les droits découlant du contrat conclu avec le tiers, les transférera au représenté. De même, c'est le cas dans lequel entre le représentant et le tiers, et avec le consentement également du représenté, il est convenu que le représentant devient codébiteur ou simplement garant des obligations du représenté. Il ne faut pas confondre cette situation avec la possibilité offerte par certains systèmes juridiques (article 2.178 du code civil colombien ou article 3.332 du code civil nicaraguayen) qui prévoient que le représentant, par un acte séparé, garantit lui-même au représenté la solvabilité des tiers avec lesquels il conclut des contrats ou assume le risque quant au règlement du prix. Par conséquent, une telle obligation se limite au cadre des relations internes entre le représenté et le représentant, sans entraîner de lien entre le représentant et le tiers. Enfin, il peut s'agir également du cas dans lequel le représentant, connaissant le tiers, agit à la fois pour son propre compte et pour celui du représenté, que cette situation soit ou non mentionnée dans le contrat [*Basma v Weekes* (1950), AC 441 ; *The Sun Apiñes* (1984), 1 Lloyd's Rep 381]. Dans tous les cas, selon que le représentant, qui assume le rôle de partie contractante, agit ou non à titre exclusif, il sera considéré qu'il s'engage seulement lui-même, ou le fait conjointement au représenté. Sur ce point les Principes OHADAC se distinguent des autres instruments internationaux qui, soit visent la relation juridique exclusive du représentant (GC et PU), soit imposent en tout cas la relation juridique conjointement au représenté (PECL).

Le second cas intervient dans les situations de « représenté non identifié », c'est-à-dire, dès lors que le représentant agit pour le compte d'un représenté dont il ne divulgue pas l'identité au moment de la conclusion du contrat mais qu'il s'engage à le faire postérieurement. Selon les présents Principes, si le représentant ne divulgue finalement pas l'identité du représenté dans un délai raisonnable, après y avoir été enjoint par le tiers, il sera considéré comme étant directement et personnellement engagé vis-à-vis du tiers. Précisément, l'établissement d'une relation juridique entre le représentant et le tiers constitue la solution retenue tant par les systèmes de tradition néerlandaise (article 3:67.2 du code civil néerlandais et surinamais) que ceux de la

common law [*The Virgo* (1976), 2 Lloyd's Rep 135, C.A.]. De ce fait, la responsabilité personnelle du représentant ne pourra être engagée que dans la mesure où le tiers démontre que le représentant avait une volonté contractuelle certaine susceptible de justifier l'engagement de sa responsabilité [*The Santa Carina* (1977), 1 Lloyd's Rep 478, CA]. En outre, jusqu'à ce que le tiers ait connaissance de l'identité du représenté il pourra douter de la qualité du représentant qui prétend agir pour le compte du représenté et, de ce fait, il pourra se retourner personnellement contre lui [*Dores v Horne and Rose* (1842), 4 D 673 ; *Gibb v Cunningham & Robertson* (1925), SLT 608]. De même, cette règle existe dans certains systèmes de tradition romaniste (article 739 du code de commerce hondurien), dans les PECL (article 3:203) et dans le DCFR (article II-6:108).

Les systèmes de *common law* prévoient d'autres situations susceptibles de déroger à la règle de la non implication du représentant dans les cas de *disclosed agency*. Ainsi, il est possible que la responsabilité du représentant soit engagée vis-à-vis du tiers dans le cas où la *disclosed agency* découle d'une coutume entre des sujets particuliers ou en lien avec un type particulier de représentants [*Raiffeisen Zentralbank Osterreich Attorney-General v China Marine Bunker (Petrochina) Co Ltd* (2006), All ER (D) 37, 33], d'un usage de local commercial [*Fleet v Murton* (1871), LR 7 QB 126 ; *Cory Brothers Shipping Ltd v Baldan Ltd* (1997), 2 Lloyd's Rep 58] ou d'une disposition légale (p. ex. sections 44.1 (a) et 44.1 (b) du *Insolvency Act* 1986 du Royaume-Uni, amendée par la section 2 du *Insolvency Act* de 1994). De même, il est admis d'établir une relation entre le représentant et le tiers dans les cas où le représentant, bien qu'il ait agi pour un *named principal*, ait finalement agi pour son propre compte. Dans ce cas, le représentant pourra exécuter le contrat après avoir donné l'information au tiers qu'il a agi pour son propre compte [*Bickerton v Burrell* (1816), 5 M & S 383], à moins qu'une telle exécution lèse le tiers. Ce sera le cas, par exemple, dès lors que le tiers aura conclu le contrat précisément du fait de la solvabilité du représenté ou pour toute autre circonstance, ou dès lors que le représentant, en concluant le contrat, avait su que pour une raison personnelle le tiers ne souhaitait pas s'engager avec lui [*Fellowes v Gwydyr* (1829), 1 Russ & M 83 ; *The Remco* (1984), 2 Lloyd's Rep 205]. De même, cette relation s'établit dans le cas où le représentant déclare qu'il agit pour le compte du représenté alors que celui-ci n'existe pas en réalité. Cela arrive dans les contrats conclus pour le compte d'une société qui, au moment de la conclusion, n'est pas encore constituée [*Kelner v Baxter* (1886), LR 2 CP 174 ; *Phonogram Ltd v Lane* (1982), QB 938]. Ce n'est pas le cas, toutefois, si le contrat a été conclu pour le compte d'une société qui a existé mais qui a été dissoute avant la conclusion du contrat, vu que dans ce cas, le contrat est considéré comme nul. Dans tous les cas où le représentant, dans

une situation de *disclosed agency*, se trouve engagé par le contrat, deux possibilités d'interprétation sont possibles. D'une part, le représentant est le seul responsable, de sorte que lui seul est engagé vis-à-vis du tiers, et non le représenté [*Scrace v Whittington* (1823), 2 B & C 11]. D'autre part, tant le représentant que le représenté se trouvent engagés en vertu du contrat [*The Swan* (1968), 1 *Lloyd's Rep* 5, 12 ; *The Kurnia Dewi* (1997), 1 *Lloyd's Rep* 553, 559]. Dans ce dernier cas, une fois que le tiers a décidé de se retourner contre le représenté ou contre le représentant, il perdra toute possibilité de se retourner contre l'autre partie [*Debenham v Perkins* (1925), 113 LT 252, 254]. Dans tous les cas, aucune des situations qui viennent d'être mentionnées ne constituent des exceptions à la règle générale établie dans les Principes OHADAC selon laquelle les actes accomplis par le représentant, en cas de « représentation non divulguée », ne produisent aucune relation juridique entre le représentant et le tiers. Aussi dans les cas où le représentant « divulgué » souhaite conclure un contrat avec un tiers sur un territoire de *common law*, il est recommandé d'insérer dans le contrat une clause d'exclusion de la responsabilité personnelle du représentant afin d'éviter tout risque que celui-ci soit personnellement lié au tiers.

Article 2.3.4 : Représentation occulte

- 1. Lorsque le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs au nom du représenté mais sans révéler au tiers sa qualité, les actes accomplis par le représentant n'engagent que le représentant et le tiers.**
- 2. Ces actes ne produiront pas d'effets juridiques entre le représenté et le tiers sauf si la loi nationale applicable à la représentation en dispose autrement.**

COMMENTAIRE

Sous la rubrique « représentation divulguée », les Principes OHADAC se réfèrent aux situations où le représentant agit pour le compte du représenté et dans les limites de ses pouvoirs mais sans divulguer au tiers sa qualité. Il est prévu que les actes accomplis par le représentant dans ces cas ne lient que le représentant lui-même vis-à-vis du tiers, sans que la situation juridique du représenté ne puisse être affectée [il s'agit d'un clair parallélisme avec les articles 2.2.4 (1) PU et 13.1 (a) CG]. Le représentant acquiert les droits découlant du contrat conclu avec le tiers, et seulement après, une fois ces

droits acquis, il pourra les transférer aux représentés, en exécution de l'accord qu'il aura conclu avec le représenté.

Exemple : Y achète un bien à Z, ce dernier ne sait pas que Y agit pour le compte de X. Le contrat conclu entre Y et Z ne lie que ces deux parties et ne crée aucun lien juridique entre X et Z.

Dans la catégorie « représentation non divulguée », trouvent parfaitement leur place tant les situations de *undisclosed agency* des systèmes caribéens de la *common law* que les situations qualifiées de représentation indirecte dans les systèmes romano-germaniques. Dans les deux cas, l'existence de la représentation et l'identité du représenté ne sont pas divulguées au tiers, soit car le représentant agit en son propre nom, soit parce que le comportement du représentant ne permet pas au tiers de se douter qu'il agit pour le compte d'un tiers. Toutefois, tel que cela est indiqué dans le commentaire de l'article précédent, entre également dans cette catégorie la représentation des autres situations dans lesquelles le représentant, à la conclusion du contrat avec le tiers, ne révèle à aucun moment sa qualité et n'agit pas de façon à permettre à ce dernier de s'en douter, cependant le tiers, par un autre moyen, a eu connaissance de cette situation. Un tel comportement du représentant est considéré ne laisser place à aucun doute : sa volonté est de s'engager seul, et en aucun cas de produire des effets juridiques pour autrui [article 13.1 (2) CG].

La règle selon laquelle les actes de représentation « non divulguée » engagent seulement le représentant et le tiers et ne produisent aucun lien juridique entre le représenté et le tiers constitue une règle commune à tous les systèmes nationaux d'application dans les territoires de l'OHADAC, qu'il s'agisse de systèmes de tradition civiliste ou de systèmes de *common law*.

Les systèmes nationaux admettent tous également des exceptions à cette règle et prévoient la possibilité, dans des cas précis, d'établir un lien direct entre le représenté et le tiers. Ainsi, sur les territoires français d'outre-mer le tiers se voit reconnaître le droit de se retourner directement contre le représenté. En droit français, la représentation indirecte, dans les cas où le tiers méconnaît que le représentant agit pour le compte d'une autre personne, est considérée comme un cas spécial de simulation et il est prévu que si le tiers finit par savoir que la personne avec laquelle il a conclu le contrat agissait au nom d'un représenté, il pourra engager une action en déclaration de simulation. L'obtention de cette déclaration lui permettra soit d'assigner le représenté en se fondant sur le contrat occulte, soit de se retourner contre le représentant sur le fondement du contrat simulé. Il ne pourra pas se retourner en même temps contre le représentant et le représenté.

Le droit du tiers de se retourner contre le représenté est également reconnu dans les systèmes hispaniques, bien que ce ne soit qu'en présence d'un agent commercial. Celui-ci, en principe, est tenu d'agir au nom du représenté, qu'il engage directement par ses actes (article 1.336 du code de commerce colombien ; article 287 du code de commerce cubain ; article 267 du code de commerce guatémaltèque ; article 358 du code de commerce hondurien ; article 311 du code de commerce mexicain ; articles 435.1, 437 et 439 du code de commerce nicaraguayen ; articles 606-607 du code de commerce panaméen ; articles 202-203 du code de commerce portoricain ; article 96 du code de commerce vénézuélien). Cependant, il est prévu que dans le cas où l'agent commercial interviendrait en son propre nom, ses actes pourront finir par engager le représenté vis-à-vis du tiers dans certains cas (article 1.337 du code de commerce colombien ; article 287 du code de commerce cubain ; article 267 du code de commerce guatémaltèque ; article 359 du code de commerce hondurien ; article 314 du code de commerce mexicain ; article 440 du code de commerce nicaraguayen ; article 609 du code de commerce panaméen ; article 205 du code de commerce portoricain ; article 97 du code de commerce vénézuélien).

Les systèmes de tradition juridique néerlandaise reconnaissent à la fois le droit du représenté de se retourner contre le tiers et celui de ce dernier d'agir à l'encontre du représenté, par l'énonciation complète des circonstances et des conditions qui, dans les cas de représentation indirecte, sont susceptibles d'établir une relation juridique directe entre le représenté et le tiers (articles 7:420 et 7:421 des codes civils néerlandais et surinamais).

Enfin, les systèmes de *common law* prévoient également la possibilité que, dans les cas de *undisclosed agency*, des liens juridiques s'établissent entre le représenté et le tiers. Dans de tels cas, effectivement, le représentant peut se trouver contractuellement engagé à l'égard du tiers [*Sims v Bond* (1833), 5 B & Ad 389, 393 ; *Boyer v Thomson* (1995), 2 AC 629, 632]. Toutefois, et à titre dérogatoire de la doctrine de la *privity of contract* de la *common law*, il est admis, pour des raisons de convenance commerciale, qu'une relation juridique directe entre le représenté et le tiers soit établie chaque fois que le représentant aura agi dans la limite de ses pouvoirs [*Pople v Evans* (1969), 2 Ch 255 ; *Siu Yin Kwan v Eastern Ins Co Ltd* (1994), 2 AC 199, 209 ; section 6.03 du *Restatement Third of Agency* nord-américain].

Dans les différents systèmes, la réglementation est toutefois contrastée quant à la portée des effets de la représentation non divulguée. Les Principes OHADAC, par conséquent, se limitent à prévoir que la situation juridique du représenté « non divulgué » pourra être affectée face au tiers selon que le droit national sera ou non

amené à être appliqué au regard des règles de droit international privé du for. La même solution que celle fournie par l'article II-6:107 DCFR a été retenue, et les autres instruments internationaux d'unification du droit des contrats ont été écartés. Cette solution consiste à énoncer, en suivant le modèle de certains systèmes nationaux, les situations dans lesquelles il sera dérogé à la règle générale de l'engagement du représenté vis-à-vis du tiers [article 22.4 (2) PU ; articles 3:302 à 3:304 PECL ; article 13.2, 3, 4 et 5 GC].

Les représentés qui désireront écarter totalement la possibilité d'être engagés directement vis-à-vis du tiers devront obligatoirement demander à leur représentant d'insérer dans les contrats conclus avec des tiers une clause par laquelle il déclare assumer « en exclusivité » les droits et les obligations découlant du contrat. À défaut, le représenté supportera le risque, en application de la loi nationale désignée par le droit international privé du for, d'être poursuivi par le tiers. En outre, il convient également de souligner que l'insertion d'une telle clause s'avèrera intéressante également pour le tiers lui-même car cela exclut, selon la loi nationale applicable, la possibilité pour le représenté, méconnu au départ, de se retourner directement contre le tiers en exécution du contrat conclu avec le représentant.

Article 2.3.5 : *Défaut ou excès de pouvoir*

- 1. Les actes accomplis par le représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs sont inopposables au représenté, à moins que celui-ci ne les ratifie dans les conditions de l'article 2.3.9.**
- 2. Le représentant qui agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs engage sa responsabilité vis-à-vis du tiers qu'il devra indemniser jusqu'à ce qu'il se trouve dans la situation dans laquelle il serait si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou s'il n'avait pas agi au-delà de ses pouvoirs. Toutefois, aucune responsabilité n'est encourue si le tiers savait ou aurait dû savoir que le représentant agissait sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs.**

COMMENTAIRE

Le premier paragraphe du présent article retient un principe partagé selon lequel aucun lien juridique direct n'est établi entre le représenté et le tiers si le représentant a agi sans pouvoir, y compris le pouvoir apparent (peu importe que le pouvoir n'ait jamais existé ou qu'il ait existé puis se soit éteint), ou au-delà de ses pouvoirs [articles 833.2 et 1.266.2 du code de commerce colombien ; article 1.998.2 des codes civils dominicain et français ; article 1.762.2 du code civil haïtien ; article 737 du code de commerce hondurien ; article 3:66 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Xenos v Wickham* (1866), LR 2 H.L. 296 ; *Hopkinson v Williams* (1993), 8 CL 581 ; article 14.1 CG ; article 2.2.5 (1) PU ; article 3:204 (1) PECL ; article II- 6:107 (1) DCFR ; article 63.1 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; implicitement : article 1.703 du code civil guatémaltèque ; article 2.583 du code civil mexicain ; article 2.440.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.110.2 du code civil panaméen ; article 1.211.2 du code civil portoricain ; article 1.617 du code civil saint-lucien].

Le contrat que le représentant conclura dans ces conditions entraînera son invalidité ou sa nullité, et cette nullité sera en tout cas relative, puisque, comme le prévoit l'article 2.3.9, il existe la possibilité pour le représenté de ratifier le contrat en question. En outre, dans les cas de défaut partiel de pouvoir, rien n'empêche de parler de nullité totale ou partielle du contrat conclu, en fonction que ce dernier sera ou non divisible et, donc, s'il peut ou non exister sans l'autre partie non habilitée [section 6.05 (1) du *Restatement Third of Agency* nord-américain].

Exemple 1 : X charge Y de l'achat d'un bien précis et fixe un prix limite pour ladite vente. Y conclut le contrat finalement avec Z pour un prix supérieur à celui fixé par X. Y ayant outrepassé ses pouvoirs, le contrat conclut entre Y et Z n'engage pas X, et n'a pas non plus d'effet entre Y et Z.

Dans les cas de défaut ou de pouvoir outrepassé, et sauf s'il existe une ratification de la part du représenté, les différents systèmes nationaux s'accordent pour établir la responsabilité du représentant à l'égard du tiers, l'obligeant à l'indemniser par des dommages et intérêts. Toutefois, ils divergent pour ce qui concerne la portée de cette indemnisation.

Dans certains systèmes, effectivement, la responsabilité du représentant se limite au dit « intérêt négatif », c'est-à-dire qu'il ne devra être versé au tiers que le montant des dommages et intérêts permettant de remettre le tiers dans la situation dans laquelle il se trouvait avant de conclure le contrat. Et ce hormis les cas où le représentant aura justifié expressément ou tacitement de son pouvoir, et les cas où il sera établi que le représentant devra répondre de l'intégralité des dommages subis par le tiers (article 1.997 des codes civils français et dominicain).

D'autres systèmes, par contre, considèrent que la responsabilité du représentant s'étend au dit « intérêt positif », à savoir, qu'à ce titre il est tenu de payer les dommages et intérêts qui placent le tiers dans la situation dans laquelle il se trouverait si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou sans aller au-delà des limites de ses pouvoirs. Cela permettra en définitive au tiers d'obtenir par voie d'indemnisation le bénéfice qu'il aurait retiré si le contrat conclu avait été validé [article 841 du code de commerce colombien ; article 3:70 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Collen v Wright* (1857), 8 E&B 647 ; *Dickson v Reuter's Telegram Co* (1877), 3 CPD 1 ; *V/O Rasnoimport v Guthrie & Co Ltd* (1966), 1 Lloyd's Rep 1 ; arrêt de la *Supreme Court* des Bahamas sur *Stubbs v Souers* (1986), No 196 de 1985 (Carilaw BS 1986 SC 28) ; section 6.10 du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. Pour la majorité des systèmes, la responsabilité du représentant découle de la rupture d'une garantie implicite de son pouvoir. Le représentant garantit au tiers son pouvoir de conclure le contrat, et s'il conclut le contrat sans détenir de pouvoir, consciemment ou non, il s'expose à la rupture de garantie et devient donc responsable de la totalité des dommages causés au tiers. En tout cas, la responsabilité du représentant pour rupture de garantie est une responsabilité stricte, et, en outre, contractuelle, car elle est considérée comme étant rattachée à un contrat collatéral au contrat principal et unilatéral quant à sa nature, et qui est accepté par le tiers qui a conclu le contrat avec le représentant.

Enfin, un troisième groupe de système se limitent simplement à déclarer la responsabilité personnelle du représentant vis-à-vis du tiers et à imposer l'obligation d'indemniser pour les dommages qu'il aurait causés (article 507 du code civil colombien ; article 422 du code civil cubain ; article 1.703 du code civil guatémaltèque ; article 1.904 du code civil hondurien ; articles 1.802.2 et 2.568 du code civil mexicain ; articles 3.323 et 3.333 du code civil nicaraguayen ; article 1.416 du code civil panaméen ; article 1.617 du code civil portoricain).

En tout cas, il ne faut pas oublier l'existence dans le contexte caribéen de certaines législations nationales, comme celle du Costa Rica et du Honduras, dans lesquelles le tiers se voit reconnaître le droit de poursuivre le représentant en exécution du contrat. La première de ces législations confère au tiers le droit de poursuivre en exécution chaque fois que cela sera en son pouvoir de le faire, et c'est seulement dans le cas où cela ne s'avèrera pas possible qu'il bénéficiera d'un droit à indemnisation pour l'intégralité des dommages subis (article 1.027 du code civil costaricain). Toutefois, la législation hondurienne offre au tiers la possibilité de choisir entre l'exécution ou la réclamation de dommages et intérêts (article 737.2 du code de commerce hondurien).

Les Principes OHADAC, comme le reste des instruments internationaux d'unification du droit contractuel [article 16.1 CG ; article 2.2.6 (1) PU ; article 3:204 (2) PECL ; article II-6:107 (2) DCFR] étendent à l'intérêt positif les cas de responsabilité du représentant vis-à-vis du tiers dans le cas où le représentant agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs. En effet, il est imposé au représentant est tenu d'indemniser le tiers jusqu'à le placer dans la même situation dans laquelle il se trouverait si le représentant avait agi avec un pouvoir ou dans les limites de ses pouvoirs. Les présents Principes, dans la même ligne que lesdits textes [article 16.2 CG ; article 2.2.6 (2) PU ; article 3:204 (2) PECL ; article II-6:107 (3) DCFR] et d'autres systèmes caribéens [article 2.180 du code civil colombien ; article 422 du code civil cubain ; article 1.997 des codes civils dominicain et français et arrêt de la Cour de Cassation du 16 juin 1954 ; article 1.761 du code civil haïtien ; article 3:70 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.904 du code civil hondurien ; article 2.584 du code civil mexicain ; article 3.333 du code civil nicaraguayen ; article 1.416 du code civil panaméen ; article 1.617 du code civil portoricain ; *Beattie v Ebury* (1872), LR 7 Ch App 777, 800 ; *Halbot v Lens* (1901), 1 Ch 344 ; section 6.10 (3) du *Restatement Third of Agency* nord-américain] prévoient que le représentant ne sera pas responsable vis-à-vis du tiers si ce dernier savait ou aurait dû savoir que le représentant ne détenait pas de pouvoir ou agissait au-delà de ses pouvoirs. Dans tous les cas, la charge de la preuve incombe au représentant.

La responsabilité du représentant se verra également écartée dans les cas où, en présence d'un pouvoir ayant dûment lié le tiers, le représentant démontrera que le représenté n'a pas pu exécuter le contrat ni faire face au paiement de l'indemnisation correspondante (par exemple, du fait de son insolvabilité). Il est fait expressément référence à cette seconde exception, prévue dans les systèmes de common law [*Habton Farms v Nimms* (2003), 1 All ER 1136], à l'article 3:204 PECL.

Exemple 2 : Y, alors qu'il n'a pas de pouvoir pour le faire, vend à Z, au nom de X, une partie des marchandises appartenant à X. Ces marchandises sont achetées par Z pour leur distribution sur le marché, et Z méconnaissait que Y n'a pas de pouvoir. À défaut de ratification par X du contrat conclu, Z pourra obtenir de Y la différence entre le prix fixé au contrat pour la marchandise et celui qu'elle avait sur le marché.

Exemple 3 : Le cas est le même que celui de l'exemple 2, sauf que Z, en passant le contrat avec Y, sait parfaitement que Y agit sans pouvoir. Dans ce cas, à défaut de ratification par X, Z ne pourra pas obtenir de Y un quelconque type de compensation.

Article 2.3.6 : Conflit d'intérêts

- 1. En cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté, le représenté peut annuler le contrat conformément aux dispositions de la section 5 du chapitre 3, à moins que le tiers n'ait légitimement ignoré l'existence d'un tel conflit.**
- 2. Le conflit d'intérêts est présumé dès lors que le représentant devient lui-même partie au contrat ou qu'il détient deux ou plusieurs pouvoirs lui permettant de conclure seul le contrat.**
- 3. Le représenté ne peut pas annuler le contrat s'il a autorisé le représentant à conclure le contrat en dépit du conflit d'intérêts ou s'il a eu ou aurait dû avoir connaissance d'un tel conflit et qu'il ne s'y est pas opposé dans un délai raisonnable.**

COMMENTAIRE

La mission qui est confiée au représentant implique obligatoirement que celui-ci agisse dans l'intérêt du représenté et non du sien ou de celui d'une autre personne.

Les deux cas les plus fréquents de conflit d'intérêts sont, d'une part, le contrat que le représentant conclut avec lui-même (où avec une société dans laquelle il a des intérêts) alors qu'il a été chargé par le représenté de conclure ce contrat et, d'autre part, le cas où le représentant agit simultanément pour le compte de deux représentés. Les situations générées dans ces deux cas n'entraînent pas systématiquement un conflit d'intérêts. Par exemple, le fait que le représentant agisse au nom de deux représentés est parfaitement conforme aux usages de certains secteurs commerciaux ou si le représenté confère au représentant un pouvoir suffisamment restreint pour qu'il ne puisse disposer d'aucune marge de manœuvre pour provoquer un conflit d'intérêts entre lui-même et le représenté. Les Principes OHADAC, s'inspirant du modèle des PECL [article 3:205 (2)] et du DCFR [article II-6:109 (2)], optent pour une présomption générale *iuris tantum* de conflit d'intérêts dans les cas ci-dessus mentionnés, et par conséquent la preuve contraire doit être apportée par le représentant.

Les situations de conflit d'intérêts sont présentes dans la majeure partie des systèmes juridiques, même si certains ne les abordent que pour conditionner le contrat avec soi-même au consentement du représenté [articles 838-839 et 1.274 du code de

commerce colombien ; article 317 du code de commerce costaricain ; article 288 du code de commerce cubain ; article 270 du code de commerce guatémaltèque ; articles 365 et 734-735 du code de commerce hondurien ; articles 299 et 312 du code de commerce mexicain ; articles 3335 du code civil nicaraguayen et 424 et 438 du code de commerce nicaraguayen ; articles 611 et 650 du code de commerce panaméen ; articles 185 et 206 du code de commerce portoricain ; article 1.606 du code civil saint-lucien ; articles 1.171 du code civil vénézuélien et 98 et 388 du code de commerce vénézuélien ; *Hambro v Burnand* (1904), 2 KB 10 ; *Reckitt v Burnett, Pembroke and Slater Ltd* (1929), AC 176 ; article 68 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2103]. Les Principes OHADAC prévoient à cet effet la même solution que le reste des instruments internationaux d'unification du droit des contrats [article 2.2.7 (1) PU ; article 3:205 (1) PECL ; article II-6:109 (1) DCFR]. Concrètement il est prévu que, en cas de conclusion par le représentant d'un contrat en conflit d'intérêts avec le représenté, ce dernier aura le droit d'en demander l'annulation. Lorsque le représentant aura agi dans le cadre de ses pouvoirs, l'effet propre à la représentation se déploiera, et des relations juridiques directes entre le représenté et le tiers seront établies en vertu du contrat conclu par le représentant. Ainsi, en laissant le choix au représenté de prendre la décision de demander ou non l'annulation du contrat conclu par le représentant, la protection de ses intérêts est dûment garantie.

Toutefois, les présents Principes prennent en compte dans le même temps la protection des intérêts du tiers de bonne foi pour la préservation du contrat conclu. C'est la raison pour laquelle le droit d'annulation du représenté est conditionné au fait que le tiers ne pouvait ignorer légitimement un tel conflit. Cette condition se produit, évidemment, dès lors que le représentant a conclu le contrat avec lui-même et, de ce fait, réunit à la fois la figure du représentant et du tiers.

Exemple 1 : X charge Y de vendre une propriété qui lui appartient située dans le pays de Y. Ce dernier, agissant pour le compte de X, vend ladite propriété à Z, qui l'a lui-même chargé d'acheter une propriété dans ce même pays. Pour cette opération, il intervient en tant que représentant de Z. X pourra annuler le contrat conclu par Y s'il parvient à prouver que Z connaissait ou aurait dû connaître le conflit d'intérêts. De même Z pourra également annuler ledit contrat dans la mesure où il parvient à prouver que X connaissait ou aurait dû connaître l'existence d'un conflit d'intérêts.

Exemple 2 : X charge Y de la vente de sa propriété dans le pays de Y. Étant lui-même intéressé par la propriété, Y finit par l'acheter. X pourra faire annuler la vente réalisée par Y.

La solution retenue par les Principes OHADAC est en parfaite adéquation avec celle proposée dans ce cas par les droits colombien et hondurien, qui considèrent que le contrat conclu par le représentant sera annulable, à la demande du représenté, si le conflit était ou aurait dû être connu par le tiers (article 838 du code de commerce colombien ; articles 365.2 et 734.2 du code de commerce hondurien). De même, cette solution correspond clairement aux systèmes de la *common law* qui partent du principe que le représenté demeure lié par les contrats conclus en son nom par le représentant dans les limites de ses pouvoirs, y compris dans le cas où le représentant aurait agi uniquement dans son propre intérêt (*Hambro v Burnand*), sauf dans le cas où le tiers connaissait ou aurait dû connaître l'existence d'un tel conflit [*Reckitt v Burnett, Pembroke and Slater Ltd* (1929), AC 176]. Toutefois, les présents Principes se démarquent des dispositions des autres systèmes, comme les droits costaricain, cubain, guatémaltèque et vénézuélien, car leurs dispositions relatives à l'agent commercial se limitent à énoncer que le contrat conclu avec soi-même qui n'aura pas été dûment autorisé par le représenté conduira à en attribuer l'intégralité des bénéfices au représenté et l'intégralité des pertes à l'agent commercial (article 317 du code de commerce costaricain ; article 288 du code de commerce cubain ; article 270 du code de commerce guatémaltèque ; article 98 du code de commerce vénézuélien). De même, les présents Principes se démarquent des dispositions de l'article 68 du de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013, qui déclare la nullité des actes accomplis par le représentant susceptible de provoquer un conflit d'intérêts avec le représenté.

Dans le cadre des Principes OHADAC, lorsque le représenté opte pour l'annulation du contrat conclu par le représentant en conflit d'intérêts, la procédure d'annulation à laquelle il devra se référer sera dans tous les cas prévue par les articles 3.5.1 à 3.5.3 des présents Principes.

Les Principes OHADAC, toutefois, visent deux cas dans lesquels le représenté perd son droit à annuler le contrat : en premier lieu, dès lors que le représenté avait préalablement autorisé l'implication du représentant dans le conflit d'intérêts et, en second lieu, dès lors que le représenté savait que le représentant agissait en conflit d'intérêts (soit parce que le représentant lui-même le lui aura révélé soit parce qu'il l'aura appris d'une autre manière) ou ne pouvait pas ignorer l'existence d'un tel conflit, et n'a formulé aucune objection. De même, sur ce point il convient de mentionner le clair parallélisme existant entre les Principes OHADAC et le reste des instruments internationaux de compilation des principes, qui soumettent également le

droit d'annulation du représenté à exception [article 2.2.7 (2) PU ; article 3:205 (2) PECL ; article II-6:109 (3)].

Exemple 3 : Reprenant la situation exposée dans l'exemple 2 mentionné ci-dessus, à l'exception que X sait que Y est intéressé par l'achat de sa propriété. En lui conférant le pouvoir de vendre sa propriété, il l'a autorisé à l'acquérir lui-même s'il finit par se décider. X ne peut donc pas se prévaloir du droit de demander l'annulation du contrat conclu par Y avec lui-même.

Exemple 4 : Reprenant la situation exposée dans l'exemple 1 mentionné ci-dessus, sauf que Y, avant de procéder à la vente de la propriété de X à Z, informe X qu'il agit aussi comme représentant de Z et informe Z qu'il agit aussi pour le compte de X. Si ni l'un, ni l'autre n'opposent d'objection, ils perdront tous les deux leur droit de demander l'annulation du contrat que Y a conclu en tant que représentant de X et de Z.

Article 2.3.7 : *Substitution de représentant*

- 1. Le représentant peut, sauf disposition contraire, désigner un représentant substitué en vue d'accomplir les actes ne revêtant pas un caractère personnel.**
- 2. Les règles de cette section seront appliquées aux actes du représentant substitué.**

COMMENTAIRE

Pour l'exécution de la mission confiée par le représenté, le représentant peut estimer qu'il peut être utile, voire nécessaire, de solliciter les services d'autres personnes, qu'il convient de dénommer représentants substitués. C'est le cas, par exemple, si la mission doit être réalisée dans un lieu éloigné du lieu où se situe l'établissement du représentant ou si l'accomplissement de la mission requiert une répartition des tâches.

Un premier groupe d' systèmes, sauf dans les cas où le représenté l'autorise expressément ou implicitement ou si la nature même de la mission le requiert, ne permet pas au représentant de désigner un représentant substitué [articles 1.264 du code civil et 277 du code de commerce costaricain ; article 1.994 des codes civils français et dominicain ; articles 1.707 du code civil et 277 du code de commerce guatémaltèque ; article 1.758 du code civil haïtien ; article 3:64 des codes civils

néerlandais et surinamais ; articles 2.574 du code civil mexicain et 280 du code de commerce mexicain ; articles 3.313 du code civil nicaraguayen et 405 et 452 du code de commerce nicaraguayen ; articles 1.611 du code civil saint-lucien et 248.2 du code de commerce saint-lucien ; section 3.15(2) du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. Un deuxième groupe reconnaît au représentant la faculté de désigner un représentant substitué à condition que le représenté ne l'ait pas interdit, ni n'ait exigé que la mission soit accomplie personnellement par le représentant [article 2.161 du code civil colombien ; article 407.1 du code civil cubain ; article 1.900.1 du code civil hondurien ; article 1.412.1 du code civil panaméen ; article 1.612.1 du code civil portoricain ; article 1.695 du code civil vénézuélien (implicitement), même si parfois, concernant le commissionnaire et/ou l'agent commercial, le principe inverse est retenu (articles 261 et 296 du code de commerce cubain ; article 645 du code de commerce panaméen ; articles 179 et 214 du code de commerce portoricain ; article 387 du code de commerce vénézuélien)]. En outre, il faut tenir compte du fait que certains pays qui, du départ, ne reconnaissent pas la délégation de pouvoir admettent toutefois certaines exceptions à cette règle générale. C'est le cas des autorisations légales, permettant au représentant de déléguer ses pouvoirs à un représentant substitué dès lors que celui-ci n'a pas les compétences nécessaires pour effectuer les actes qui lui ont été confiés ou dès lors que la loi ne le lui permet pas, et que pour cela la délégation de pouvoir s'avère indispensable [article 3:64 (b) des codes civils néerlandais et surinamais]. De même, ce sera le cas si le représenté n'a pas un intérêt spécial à ce que la mission soit menée personnellement par le représentant, ou si le mandat concerne des biens se trouvant hors du pays de résidence du représentant ou encore si la délégation de pouvoir est justifiée par les usages en la matière [*De Busseche v Alt* (1878), 8 ChD 286, 310-311 ; article 3:64 (a) des codes civils néerlandais et surinamais]. Quoi qu'il en soit, dans tous les systèmes juridiques, il faut obligatoirement s'en tenir aux termes du pouvoir conféré par le représenté.

Les Principes OHADAC, au premier paragraphe de l'article 3.3.7, optent clairement pour la solution retenue par le deuxième groupe de systèmes juridiques. Ils considèrent que, sauf dans les cas où le représenté en disposera autrement (soit parce qu'il aura prévu expressément dans le pouvoir conféré au représentant la possibilité de désigner des représentants substitués, soit parce que cela est assujéti à une autorisation préalable du représenté), il convient de considérer que le représentant a la possibilité de désigner des représentants substitués. Sur ce point, en outre, ces dispositions correspondent parfaitement au reste des instruments internationaux de compilation des principes [article 2.2.8 PU ; article 3:206 PECL ; article II-6:104 (3) DCFR]. En suivant la même ligne, ils fixent une limite au pouvoir implicite du

représentant pour la désignation du représentant substitué : le représentant ne pourra en aucun cas confier à un représentant substitué l'exécution de tâches que le représenté est en droit d'attendre qu'elles soient réalisées personnellement par le représentant. Ce sera le cas pour l'accomplissement de tâches qui requièrent l'expérience personnelle du représenté. Le représentant, pour sa part, ne pourra en aucun cas, comme le prévoit le code civil guatémaltèque (article 1702), déléguer au représentant substitué des pouvoirs plus amples que ceux qui lui ont été conférés.

Exemple 1 : X charge Y d'acheter un immeuble dans un autre pays. Y a le pouvoir implicite de désigner un représentant substitué, S, qui réside dans cet autre pays, afin qu'il procède à l'acquisition de cet immeuble pour le compte de X.

Exemple 2 : X charge Y, expert en art contemporain russe, de choisir en Russie un tableau afin de compléter sa collection de peinture de ce pays. Vu que X attend que ce soit Y, par sa grande connaissance dans ce domaine, qui réalise effectivement et personnellement ce choix et achète le tableau, Y ne pourra pas désigner de représentant substitué S, résidant en Russie, afin qu'il procède à l'achat de ce tableau pour le compte de X.

Le représentant substitué valablement désigné le sera conformément aux dispositions contenues dans la présente section. Les actes qui seront accomplis entre le représentant substitué et un tiers dans les limites de ses pouvoirs et des pouvoirs dont dispose le représentant qui l'a désigné impliquent qu'un lien juridique direct ait été établi entre le représenté et le tiers. Toutefois, dans le cas où la substitution n'aura pas été autorisée, l'éventuelle désignation d'un représentant substitué s'avèrera inefficace. Aussi tant le représentant substitué que les actes qu'il aura accomplis pour le compte du représenté seront soumis aux dispositions relatives au représentant sans pouvoir (article 2.161 du code civil colombien ; article 296 du code de commerce cubain ; article 277 du code de commerce guatémaltèque ; article 1.412.2 du code civil panaméen ; article 1.612.2 du code civil portoricain).

Exemple 3 : Dans la situation décrite dans l'exemple 1, l'achat de l'immeuble par S pour le compte de X engagera directement X, dans la mesure où il sera conforme au pouvoir que X a conféré à Y et au pouvoir que Y a conféré à S.

Article 2.3.8 : Pouvoir conjoint

1. Si deux ou plusieurs représentés attribuent au même représentant le même pouvoir de représentation, ils

sont responsables solidairement envers le tiers des actes conclus en vertu du pouvoir conféré.

- 2. Si le représenté attribue le même pouvoir de représentation à deux ou plusieurs représentants, chacun des représentants peut accomplir concurremment lesdits actes, à moins que le représenté n'en dispose autrement.**

COMMENTAIRE

Dans cette disposition, les Principes OHADAC se réfèrent aux effets de ce qu'il convient de dénommer le « pouvoir conjoint », envisagé d'un côté comme le pouvoir conféré sous le forme d'un instrument unique par plusieurs personnes à un représentant afin qu'il réalise un ou plusieurs actes, et, d'un autre côté, comme la situation par laquelle plusieurs personnes se voient conférer un pouvoir par le représenté sous le forme d'un instrument unique. Dans les textes internationaux, seul le DCFR (article II-6:110) traite de cette question qui a été solutionnée dans de nombreux systèmes nationaux.

Les Principes OHADAC suivent la règle commune aux systèmes nationaux selon laquelle tous les mandants ou représentés sont tenus solidairement face au tiers des actes que le représentant a accompli en leur nom, dans l'exercice de ses pouvoirs (article 1.276 du code de commerce colombien ; article 2.002 des codes civils dominicain et français ; article 1.716 du code civil guatémaltèque ; article 1.766 du code civil haïtien ; articles 1.910 du code civil hondurien et 361 du code de commerce hondurien ; article 2.580 du code civil mexicain ; article 3.344 du code civil nicaraguayen ; article 1.422 du code civil panaméen ; article 1.622 du code civil portoricain ; article 1.626 du code civil saint-lucien ; article 1703 du code civil vénézuélien).

Exemple 1 : X1 et X2 donnent conjointement pouvoir à Y pour que celui-ci organise, au nom des deux, le concert de musique de Z dans le pays de X1 et de X2. Le contrat conclu par Y avec Z engage directement X1 et X2 avec Z, les deux étant tenus solidairement à payer ce qui a été convenu avec Z.

Los Principes OHADAC s'ajustent également à la majorité des systèmes en considérant que, dans les cas de pluralité de représentants, ces derniers pourront agir séparément pour engager le représenté, à moins que le mandant n'en ait disposé autrement en imposant que les représentants agissent de façon successive ou en assignant à chacun d'eux l'accomplissement d'actes différents [articles 2.153 du code civil et 1.272 du

code de commerce colombien ; article 1.259 du code civil costaricain ; article 1.995 des codes civils dominicain et français ; article 269 du code de commerce guatémaltèque ; article 1.759 du code civil haïtien ; article 3:65 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.902 du code civil hondurien ; article 2.573 du code civil mexicain ; article 3.300 du code civil nicaraguayen ; article 1.414 du code civil panaméen ; article 1.614 du code civil portoricain ; article 1.612 du code civil saint-lucien ; *Re Liverpool Household Stores* (1890), 59 LJ Ch. 616 ; *Brown v Andrew* (1849), 18 LJQB 153 ; *Guthrie v Armstrong* (1822), 5 B & Ald 628 ; article II-6:110 DCFR]. Dans les cas où les représentants agiraient contrairement aux pouvoirs que le représenté leur a conféré, il conviendra d'appliquer les dispositions de l'article 2.3.5 qui porte sur « le représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs ».

Exemple 2 : X, au moyen d'un même pouvoir, a donné mandat à Y1 et à Y2 pour vendre un bien, appartenant à X, situé dans le pays de Y1 et de Y2. L'un quelconque des deux est habilité, dans les limites du pouvoir conféré par X, à conclure avec Z le contrat de vente du bien, engageant directement X en vertu du contrat en question.

Exemple 3 : La situation est celle décrite dans l'exemple 2, sauf que X, lorsqu'il a donné mandat à Y1 et à Y2 a spécifié que les deux devront agir de manière conjointe. Si l'un quelconque des deux, à titre individuel, vend à Z le bien de X, il agira au-delà des limites de ses pouvoirs et, par conséquent, le contrat conclu par Z n'engagera pas X vis-à-vis de ce dernier, et dans ce cas ce sont les dispositions de l'article 2.3.5 qui s'appliqueront.

Certaines législations caribéennes adoptent une solution différente de celle retenue par les présents Principes, soit parce qu'ils s'en remettent exclusivement à ce que le représenté aura établi (article 402 du code civil cubain), soit parce qu'ils imposent que l'ensemble ou la majorité des représentants agissent conjointement, sauf si le représenté les a autorisé à agir séparément (article 1.701 du code civil guatémaltèque ; article 362 du code de commerce hondurien). Dans les situations dans lesquelles, en vertu d'un même pouvoir, plusieurs représentants sont mandatés pour accomplir un acte de représentation dans le territoire de l'un de ces pays, il est recommandé que le représenté spécifie clairement dans le pouvoir la manière dont il souhaite que les représentants agissent vis-à-vis des tiers.

Article 2.3.9 : Ratification

- 1. L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs peut être ratifié par le représenté.**

L'acte ratifié produit les mêmes effets que s'il avait été accompli sur le fondement d'un pouvoir et dans ses limites.

- 2. Le tiers peut, par voie de notification, accorder au représenté un délai raisonnable pour la ratification de l'acte. Le représenté ne pourra plus ratifier l'acte, passé ce délai.**
- 3. Le tiers qui ignorait légitimement le défaut de pouvoir du représentant au jour du contrat peut s'opposer par voie de notification au représenté, à toute ratification ultérieure.**

COMMENTAIRE

Le premier paragraphe du présent article pose un principe commun : les actes accomplis par un représentant sans pouvoir ou ayant agi au-delà des limites de son pouvoir peuvent être autorisés ultérieurement par le représenté par voie de ratification [articles 1.507 et 2.186 du code civil colombien et 844 et 1.266.2 du code de commerce colombien ; articles 1.027-1.029 et 1.275 du code civil costaricain ; articles 420-422 du code civil cubain ; article 1.998 des codes civils dominicain et français ; articles 1611-1612 et 1.712 du code civil guatémaltèque ; article 1.762.2 du code civil haïtien ; article 3:69 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.906 du code civil hondurien et 738 du code de commerce hondurien ; articles 1.802, 2.565 et 2.583 du code civil mexicain et 289 du code de commerce mexicain ; articles 2.440 et 3.339-3.341 du code civil nicaraguayen et 414 du code de commerce nicaraguayen ; articles 1.110 et 1.418 du code civil panaméen ; articles 1.211 et 1.618 du code civil portoricain ; article 1.627.2 du code civil saint-lucien ; article 1698.2 du code civil vénézuélien ; *Bird v Brown* (1850), 4 Ex786, 789 ; *Wilson v Tumman* (1843), 6 Man & G 236 ; section 4.01 (1) *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 63.3 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 15.1 CG ; article 2.2.9 (1) PU ; article 3:207 (1) PECL ; article II-6:111 (1) DCFR].

Toutefois, il faut mentionner que la possibilité pour le représenté de ratifier les actes du représentant demeure en tout cas limitée à la représentation divulguée. Dans les systèmes de tradition civiliste, la possibilité que le représenté ratifie l'acte accompli par le représentant se limite au cas où le représentant a agi au nom du représenté, et la ratification des actes accomplis sans pouvoir sont exclus quelle que soit leur forme

(article 2.186 du code civil colombien ; article 1.275 du code civil costaricain ; article 738 du code de commerce hondurien ; articles 1.802 et 2.583 du code civil mexicain ; articles 2.440 et 3.339 du code civil nicaraguayen ; article 1.110 du code civil panaméen ; article 1.211 du code civil portoricain). De même, les pays de la *common law* excluent la possibilité pour le représenté de ratifier l'acte accompli par le représentant dans les cas de *undisclosed principal*, car il est considéré que si le représenté n'était pas connu au moment où le représentant concluait le contrat avec le tiers, il s'avère impossible de le ratifier par la suite [*Keighley Maxsted & Co v Durant* (1901), AC 240 ; *Siu Yin Kwan v Eastern Ins* (1994), 2 AC 199]. Dans ces pays, il est seulement permis au représenté de ratifier le contrat conclu par le représentant si ce dernier, au moment de conclure le contrat, a agi comme représentant dûment désigné par le représenté (*named principal*) ou, du moins, s'il en a découvert l'existence bien qu'il ne l'ait pas identifié (*unnamed principal*) [*Hagedorn v Oliverson* (1814), 2 M & S 485 ; *Eastern Construction Co Ltd v National Trust Co Ltd* (1914), AC 197, 213 ; *Southern Water Authority v Carey* (1985), 2 All ER 1077, 1085 ; sections 4.01 (3) (a) et 4.03 du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. Et ce y compris dans le cas où le représentant aurait tenté de tromper le représenté [*Re Tiedemann & Ledermann Frères* (1899), 2 QB 66].

La possibilité donnée au représenté de ratifier l'acte accompli par le représentant requiert d'autres conditions : il est nécessaire que, au moment où l'acte a été accompli, le représenté ait pu l'effectuer personnellement et valablement. De même, il est requis que l'acte à ratifier ne soit pas interdit par la loi, ni ne soit un acte nul, vu que la ratification d'un acte de cette nature ne pourra, en aucun cas, emporter sa validité.

La ratification, à l'instar des dispositions de l'article 2.3.2(1) des présents Principes en matière de pouvoir, n'est soumise à aucune condition de forme [article 2.186.2 du code civil colombien ; article 1.275.2 du code civil costaricain ; article 422 du code civil cubain ; article 1.998.2 des codes civils dominicain et français ; articles 1.612 et 1.712 du code civil guatémaltèque ; article 1.762.2 du code civil haïtien ; articles 1.906.2 du code civil hondurien et 738 du code de commerce hondurien ; articles 3.339.2 et 3.340 du code civil nicaraguayen ; article 1.418.2 du code civil panaméen ; article 1.618.2 du code civil portoricain ; article 1.627.2 du code civil saint-lucien ; article 1.698 du code civil vénézuélien ; *Cornwall v Henson* (1750), 1 Ves Sen 509 ; section 4.01 (2) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 15.8 CG ; article 3:207 PECL]. Il peut être procédé à ratification par voie de déclaration expresse adressée au représentant ou au tiers, ce qui est la voie la plus habituelle dans la pratique. Mais il

est également possible de ratifier tacitement, et seront considérés comme tels les agissements du représenté dès lors qu'ils démontreront de façon non équivoque que l'intention du représenté d'accepter le contrat conclu par le représentant. C'est le cas, par exemple, si le représenté accepte les bénéfices qui découlent du contrat ou s'il exécute lui-même les obligations vis-à-vis des tiers. Le simple acquiescement passif, en soi, n'emporte pas ratification tacite (contrairement à ce que dispose l'article 3.340.2 du code civil nicaraguayen), mais il peut y conduire s'il se combine à d'autres circonstances : par exemple, lorsque le représenté a connaissance que le tiers considère qu'il est lié par l'acte accompli par le représentant non mandaté et que, malgré tout, il ne fait pas les démarches nécessaires dans un temps raisonnable pour s'opposer à l'opération [*Moon v Towers* (1860), 8 CB (NS) 611 ; *Michael Elliott & Partners v UK Land* (1991), 1 EGLR 39]. Certains systèmes ne reconnaissent pas, à titre général, la liberté de la forme de la ratification et imposent une forme déterminée, qu'elle soit sous la forme d'un contrat de ratification (article 1.802.1 du code civil mexicain, contrairement à l'article 2.583 du code civil ; article 844 du code de commerce colombien) ou sous la forme d'un pouvoir notarié (article 3:69.2 des codes civils néerlandais et surinamais).

Exemple : Y passe contrat avec Z, pour le compte de X, afin d'acheter un bien. Toutefois, cela dépasse le prix auquel Y a été autorisé. X, à réception de la facture de Z, ne formule aucune objection et paie par virement bancaire la somme figurant sur la facture. Bien que X n'ait pas déclaré de façon expresse son intention de ratifier, ni n'ait informé Y et Z du paiement réalisé, dès lors que Z a connaissance par sa banque que la somme payée correspond à celle indiquée sur la facture, il y a alors ratification tacite du contrat conclu entre Y et Z.

La ratification par le représenté présente en tout cas une efficacité rétroactive [article 844 du code de commerce colombien ; article 1.029 du code civil costaricain ; article 1.611 du code civil guatémaltèque ; article 3:69.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 3.341 du code civil nicaraguayen ; *Bolton Partners v Lambert* (1888), 41 ChD 295 ; *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co Ltd v Farnham (Inspector of Taxes)* (1957), 1 WLR 1051; arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago sur *Drew v. Caribbean Home Insurance Co Ltd* (1987), No 2993 de 1985 (Carilaw TT 1987 HC 94) ; section 4.02 (1) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 15.1 CG ; article 2.2.9 (1) PU ; article 3:207 (2) PECL ; article II-6:111 (2) DCFR]. Par conséquent, l'acte accompli par le représentant, après ratification, produira les mêmes effets que s'il avait été accompli par le représentant en vertu d'un pouvoir : lien juridique direct

entre le représenté et le tiers, représentant libéré de toute responsabilité vis-à-vis du tiers.

En cas de ratification partielle de l'acte accompli par le représentant, le tiers sera en droit de la refuser, puisqu'une telle ratification reviendrait à une proposition de modification par le représenté du contrat conclu par le tiers avec le représentant [article 3:69.4 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 15.4 CG]. Toutefois, dans les systèmes de la *common law*, si le représenté ratifie une partie du contrat, il est considéré comme l'ayant ratifié dans son intégralité [*Cornwal v Wilson* (1750), 1 Ves Sen 509 ; *Re Mawcon Ltd* (1969), 1 WLR 78]. L'exigence d'une ratification totale se trouve expressément prévue dans les sections 4.01 (3) d) et 4.07 du *Restatement Third of Agency* nord-américain.

Une fois que le tiers a connaissance que l'acte accompli par le représentant a été ratifié, le représenté ne pourra plus révoquer la ratification car cela supposerait un retrait unilatéral de la part du représenté au contrat pour lequel il est déjà lié au tiers (article 15.5 CG). Par conséquent, seule une éventuelle révocation par le représenté de l'acte de ratification pourrait avoir lieu et ce, seulement dans le cas où l'acte de ratification en question ne soit pas encore parvenu à la connaissance du tiers.

L'efficacité rétroactive de la ratification connaît, toutefois, certaines limites. Dans les cas où le représenté, même s'il n'est pas encore identifié ou existant au moment où le représentant agit, ratifie l'acte accompli par le représentant il sera alors engagé vis-à-vis du tiers seulement au moment de son existence ou de son identification (article 3:207 PECL). Cela arrive, par exemple si une société ratifie les actes accomplis en son nom avant sa constitution, seulement si la loi applicable à la société le permet. De tels actes, une fois ratifiés, ne pourront produire d'effets qu'à compter de la date de la constitution de la société. De même, si l'acte objet de la ratification est soumis à une forme quelconque de publicité constitutive, comme c'est le cas de l'hypothèque, cet acte ne pourra être inscrit qu'après la ratification.

En outre, la ratification par le représenté produira des effets même si l'acte ratifié ne peut plus être effectivement exécuté au moment de la ratification (article 15.6 CG).

Les présents Principes ne régissent en aucun cas les effets que la ratification opérée par le représenté pourraient produire sur les droits que le représentant aurait pu constituer au profit de tiers durant la période écoulée entre l'accomplissement de l'acte et sa ratification par le représenté. C'est le cas du conflit qui se produit si le représenté procède à la vente à une tierce personne d'un bien qui, auparavant, a été vendu par le faux représentant à un tiers et que le représenté a ratifié. Le conflit dans

ce cas apparaît entre la tierce personne et le tiers qui a conclu le contrat avec le faux représentant, et s'il n'est pas régi par les présents Principes, il devra être solutionné par application de la loi du contrat ratifié. Sur ce point, les Principes OHADAC adoptent le même point de vue que les autres systèmes [article 844 du code de commerce colombien ; article 1.338.3 des codes civils français et dominicain ; article 3.341 du code civil nicaraguayen ; *Smith v Henniker-Major* (2003), Ch 182, 71, 73 ; *The Borvigilant* (2003), 2 Lloyd's Rep 520, 70 ; article 3:207 (2) PECL ; article II-6:111 (2) DCFR].

La ratification par le représenté, excepté dans les cas où un délai légal serait prévu, pourra s'effectuer à tout moment dans un délai considéré comme étant raisonnable à compter à partir du moment où le représenté aura eu connaissance de l'accomplissement de l'acte non autorisé [*Re Portuguese Consolidated Copper Mines* (1890), 45 Ch D 16 ; *Bedford Ins Co Ltd v Instituto de Ressaguros do Brasil* (1985), QB 966, 987]. Peu importe que le tiers, en concluant le contrat avec le représentant, ait su qu'il n'était pas mandaté ou qu'il agissait au-delà des limites du pouvoir qui lui étaient conférés, ou qu'il ait été informé de cette situation postérieurement. Dans les deux cas, l'intérêt du tiers consiste à sortir au plus tôt du doute quant à la ratification ou non par le représenté de l'acte accompli par le représentant. Par conséquent, les Principes OHADAC adoptent sur ce point la voie suivie par certains systèmes, à savoir qu'ils reconnaissent au tiers le droit d'interpeller le représenté afin de savoir s'il a l'intention ou non de ratifier, lui laissant pour se prononcer un délai raisonnable [article 420 du code civil cubain ; article 3:69.4 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Metropolitan Asylums Board v Kingham* (1890), 6 TLR 217 ; *Dibbins v Dibbins* (1896), 2 Ch 348 ; section 4.05 (3) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 2.2.9 (3) PU ; article II-6:111 (3) DCFR]. Le droit d'interpellation du tiers est également reconnu dans les PECL, mais de façon plus restreinte. L'article 3:208 limite la possibilité pour le tiers de demander confirmation du pouvoir ou de la ratification seulement si, par les déclarations ou le comportement du représenté, il semble qu'il existe un pouvoir apparent mais que le tiers a des doutes, toutefois, dans ce cas la réponse du représenté devra être immédiate.

La ratification par le représenté, dans le délai imparti, devra être notifiée au tiers. Si passé ce délai, le représenté ne procède pas à la ratification, celle-ci sera considérée comme étant refusée et le représenté perdra toute possibilité de l'obtenir postérieurement. De même sur ce dernier point, les Principes OHADAC retiennent la solution prévue par les systèmes qui reconnaissent au tiers la possibilité d'interpeller le représenté, et qui est également la solution retenue par les PU et le DCFR, qui

divergent toutefois de l'option suivie par les PECL, qui considèrent que le silence du représenté face à la demande de ratification formulée par le tiers doit être entendue comme validant les actes du représentant.

Il n'est pas possible pour le représenté de ratifier l'acte du représentant après que, verbalement, il a fait savoir au tiers son intention de ne pas ratifier. Même chose si le tiers n'utilise pas son droit d'interpellation envers le représenté, l'intention de ne pas ratifier se déduira soit une fois le délai raisonnable écoulé à partir duquel le représenté a eu connaissance de l'accomplissement de l'acte non autorisé soit du comportement même du représenté. Ce sera le cas si le représenté garde le silence durant le délai raisonnable et après réception de la notification du tiers l'informant qu'il souhaite se rétracter du contrat [*McEvoy v Belfast Banking Co* (1935), AC 24].

Les Principes OHADAC, à l'instar de la CG (article 15.2, premier paragraphe) et des PU [article 2.2.9 (3)], reconnaissent également au tiers un autre droit dans le cas où, au moment de conclure le contrat avec le représentant, il ne sait pas ou n'aurait pas dû savoir que le représentant agissait sans pouvoir. Dans ce cas, le tiers « de bonne foi » se retournera contre le représenté avant même qu'il ne procède à la ratification de l'acte du représentant, l'informant qu'il ne souhaite pas être engagé par une quelconque ratification. Par ce biais, l'on évite les situations où le représenté pourra spéculer en décidant selon l'évolution du marché, s'il ratifie ou pas.

Ainsi, les Principes OHADAC optent ouvertement pour les intérêts du tiers et plus particulièrement, du tiers « de bonne foi » sur une question qui divise les systèmes caribéens, quant à la possibilité pour le tiers de se retirer du contrat conclu avec un faux représentant. Il s'agit des deux grands groupes de systèmes juridiques : d'une part, ceux qui reconnaissent au tiers la faculté de révoquer ou de refuser le contrat avant sa ratification par le représenté et qui, en principe, est limité au cas où le tiers n'aura pas su que le représentant était dépourvu de pouvoir [article 3:69.3 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 738 du code de commerce hondurien ; article 1.802.1 du code civil mexicain ; article 2.440.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.110.2 du code civil panaméen ; article 1.211.2 du code civil portoricain ; section 4.5 (1) du *Restatement Third of Agency* nord-américain]. D'autres systèmes refusent en principe une telle possibilité au tiers, qu'il agisse ou non « de bonne foi », avec toutefois diverses nuances [*Bolton Partners v Lambert* (1889), 41 Ch D 295]. Vu que la ratification par le représenté, si aucun délai légal n'existe à cet effet, devra obligatoirement être effectuée dans un délai légal, il convient aussi de signaler le droit du tiers « de bonne foi », dans le cas où le représenté ratifierait l'acte dans un délai

irraisonnable, de refuser l'engagement qui découlerait de cette ratification moyennant une prompt notification au représenté (article 15.2, paragraphe deux CG).

Article 2.3.10 : *Extinction et restriction du pouvoir*

- 1. L'extinction ou la restriction du pouvoir n'a pas d'effet à l'égard du tiers s'il n'en avait ou n'aurait pas dû en avoir connaissance.**
- 2. L'extinction ou la restriction du pouvoir n'a pas d'effet à l'égard du tiers, même s'il en avait connaissance, et le pouvoir subsistera, si le représenté s'est engagé vis-à-vis du tiers à ne pas le révoquer ou le restreindre.**
- 3. Nonobstant l'extinction de son pouvoir, le représentant demeure habilité à accomplir tous les actes nécessaires à la protection des intérêts du représenté ou de ses héritiers, durant un délai raisonnable.**

COMMENTAIRE

La présente disposition ne régit pas les causes de l'extinction du pouvoir, vu qu'il est considéré qu'il s'agit d'une question relevant du domaine des relations internes entre le représenté et le représentant. Ces relations, comme cela est mentionné à l'article 2.3.1 (2), restent en marge de la présente section. La détermination de telles causes, qui varient considérablement d'un système juridique à l'autre, devra s'effectuer à la lumière de la loi qui régira les relations internes. Les Principes OHADAC, sur ce point, suivent clairement le modèle des PU [article 2.2.10 (1)] et du DCFR [article II-6:112 (1)], qui ne traitent pas non plus des causes de l'extinction du pouvoir, et qui diffèrent ouvertement de la solution suivie par les PECL, qui, à l'instar de la CG, énumèrent une liste de causes ou de motifs d'extinction [article 3:209 (1) PECL].

Les Principes OHADAC régissent la dimension externe de cette extinction, à savoir, son opposabilité face au tiers, prévoyant que l'extinction du pouvoir (quel que soit le motif pour lequel il se produit) n'aura d'effet face au tiers que si celui-ci savait ou aurait dû savoir. Le même principe est applicable aux hypothèses de restriction ou de limitation du pouvoir de la part du représenté [article 1.170 du code civil vénézuélien ; article II-

6:112 DCFR]. Le pouvoir du représentant subsiste, bien qu'il se soit éteint ou qu'il ait été restreint, jusqu'à ce que le tiers en ait été avisé, ou qu'il aurait dû le savoir. Jusqu'à ce moment-là, les actes accomplis par le représentant seront valables et produiront tous leurs effets entre le tiers et le représenté. Toutefois, le tiers aura la possibilité d'exiger ou non que le représenté exécute les obligations auxquelles le représentant s'était engagé en son nom avant d'avoir connaissance de l'extinction ou de la limitation de son pouvoir. Il est indispensable que le représentant ait eu connaissance de l'extinction ou de la restriction du pouvoir. Dans de telles situations, finalement, le pouvoir exprès ou tacite du représentant subsiste vis-à-vis du tiers au même titre qu'un pouvoir apparent.

Exemple 1 : Y est représentant salarié de X dans le pays de Y et il lui a été confié la mission de conclure des contrats avec des tiers pour le compte de X. Après la faillite de X, Y conclut un contrat avec Z qui ignore ce fait. Bien que la faillite de X marque l'extinction du pouvoir conféré à Y, le pouvoir subsistera face à Z qui sera engagé vis-à-vis de X au regard du contrat conclu par Y.

Les Principes OHADAC suivent une règle répandue [articles 2.199 du code civil colombien et 843 du code de commerce colombien ; articles 2.005 et 2.008-2.009 des codes civils français et dominicain ; articles 1.769 et 1.772-1.773 du code civil haïtien ; article 3:76 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.628 du code civil saint-lucien ; *Blades v Free* (1829), 9 B & C 167 ; *Scarf v Jardine* (1882), 7 App Cas 345 ; *Overbrooke Estates Ltd v Glencombe Properties Ltd* (1974), 1 WLR1335)], même si certains systèmes ne maintiennent la subsistance du pouvoir que dans les cas où son extinction ou sa restriction étaient aussi méconnues par le représentant, et en général dans les cas de révocation notifiée au représentant [articles 1.287 du code civil costaricain et 320 du code de commerce costaricain ; articles 66 du code civil cubain et 279 et 291 du code de commerce cubain ; articles 2.205 et 2.008-2.009 du code civil dominicain ; articles 1.719 et 1.723 du code civil guatémaltèque et 266.2 et 272 du code de commerce guatémaltèque ; articles 1.913 et 1.917 du code civil hondurien et 356.2 et 360 du code de commerce hondurien ; articles 2.597 et 2.604 du code civil mexicain et 307 et 319-320 du code de commerce mexicain ; articles 3.349-3.350 et 3.355 du code civil nicaraguayen et 433, 445 et 447 du code de commerce nicaraguayen ; articles 1.425 et 1.429 du code civil panaméen et 279 et 290-291 du code de commerce panaméen ; articles 1.625 et 1.629 du code civil portoricain et 614 du code de commerce portoricain ; articles 1.170, 1.707 et 1.710 du code civil vénézuélien et 106 et 406 du code de commerce vénézuélien ; sections 3.07 (2), 3.08

(1), 3.10 (1) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article 19 CG ; article 2.2.10 (1) PU ; article 3:209 (1) PECL ; article II-6:112 (1) DCFR].

Le tiers sera considéré comme ayant eu connaissance de l'extinction ou de la restriction du pouvoir dans les cas où cela lui aura été notifié par le représenté ou par le représentant. Toutefois, à défaut de notification, la décision quant à savoir si le tiers aurait dû connaître ou non l'extinction ou la restriction dépendra des circonstances de chaque espèce. Il conviendra de considérer que le tiers aurait dû le savoir dès lors que celles-ci auront été rendues publiques par les mêmes voies que l'attribution du pouvoir ou dès lors que celles-ci auront fait l'objet d'une mention dans un registre. Dans ce sens, le DCFR [article II-6:112 (3)] l'indique de manière expresse.

Exemple 2 : X ouvre une succursale de son entreprise dans une ville étrangère, et il l'annonce dans un journal local, en plus la désignation de Y comme directeur avec les pleins pouvoirs pour agir pour le compte de X. Quand X révoque le pouvoir conféré à Y, l'annonce d'une telle révocation dans le même journal local sera suffisante pour que la révocation produise tous ses effets vis-à-vis des clients de X dans cette ville.

Ce n'est que dans un seul cas que l'extinction ou la restriction du pouvoir ne sera pas efficace à l'égard du tiers, bien qu'elle aura été connue de lui. Il s'agit du cas où le représenté se sera engagé vis-à-vis du tiers à ne pas révoquer ou restreindre le pouvoir du représentant, une hypothèse dans laquelle le pouvoir, même révoqué ou restreint par le représenté, continuera de subsister face au tiers qui aura eu connaissance de cette révocation ou restriction [section 3.10 (2) du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article II-6:112 (2) DCFR]. Dans tous les cas cette situation visée expressément dans les Principes OHADAC, ne va pas être très habituelle dans la pratique, vu le caractère exceptionnel que revêtent les pouvoirs irrévocables dans la majorité des systèmes. Partant du caractère révocable du pouvoir dans tous les systèmes, ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'attribution d'un pouvoir irrévocable est admise. De ce fait, la majorité des systèmes ne l'acceptent que sous certaines conditions [article 1.279 du code de commerce colombien ; article 3:74 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Gausson v Morton* (1830), 10 B & C 731, 734 ; *Frith v Frith* (1906), AC 254 ; sections 3.12 et 3.13 du *Restatement Third of Agency* nord-américain ; article II-6:112.2 DCFR], à l'exception de certains cas pour lesquels elle est légalement prévue [sections 4 et 5.3 du *Powers of Attorney Act* de 1971 ; sections 9, 11 et 13 du *Mental Capacity Act* de 2005 ; article 1705 du code civil vénézuélien].

Enfin, les Principes OHADAC consacrent ce qu'il convient de dénommer le « pouvoir de nécessité », qui n'est rien de plus que la possibilité donnée au représentant de continuer d'accomplir, après l'extinction du pouvoir qui lui a été conféré par le

représenté, tous les actes qui peuvent s'avérer nécessaires afin d'éviter de porter préjudice aux intérêts du représenté ou, le cas échéant, de ses héritiers [articles 2.193-2.194 et 2.196 du code civil colombien ; articles 1.283-1.285 du code civil costaricain ; article 412 du code civil cubain ; articles 1.991.2 et 2.010 des codes civils dominicain et français ; articles 1.722 et 1.724 du code civil guatémaltèque ; articles 1.755.2 et 1.774 du code civil haïtien ; article 3:73.1 et 2 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.897.2, 1.916 et 1.918 du code civil hondurien ; articles 2.600-2.603 du code civil mexicain ; articles 3.351-3.353 du code civil nicaraguayen ; articles 1.409.2, 1.428 et 1.430 du code civil panaméen ; articles 1.609.2, 1.628 et 1.630 du code civil portoricain ; articles 1.609.2, 1.629, 1.658 et 1.660 du code civil saint-lucien ; articles 1.711-1.712 du code civil vénézuélien ; article 20 CG ; article 2.2.10 (2) PU ; article 3:209 (3) PECL ; article II-6:112 (4) DCFR].

Les Principes OHADAC, à l'instar des autres instruments internationaux, prévoient la continuité du pouvoir indépendamment du motif ayant déterminé son extinction. Et, à l'instar des autres instruments, ils limitent matériellement sa continuité, en visant uniquement la réalisation par le représentant des seuls actes « nécessaires » à la protection des intérêts du représenté ou de ses héritiers. Finalement, la durée de ce « pouvoir de nécessité » n'est en aucun cas illimitée, et n'est maintenue que durant un temps raisonnable à compter de l'extinction du pouvoir conféré par le représenté, une limitation temporelle qui figure également dans les PECL et le DCFR, sans être énoncée de la sorte dans les PU.

Exemple 3 : X confère un pouvoir à Y afin qu'il réalise l'achat, pour le compte de X, d'une quantité de produits périssables. Après l'achat de cette quantité, Y est informé de la mort de X. Malgré l'extinction du pouvoir suite au décès de X, Y poursuit sa mission, soit en revendant les produits achetés, soit en les déposant dans un entrepôt approprié.

CHAPITRE 3

VALIDITÉ DU CONTRAT

Section 1 : Dispositions générales

Article 3.1.1 : Validité par le seul échange des consentements

Un contrat se conclut, se modifie ou s'éteint par le seul accord des parties, sans autre condition.

COMMENTAIRE

Dans les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international, le seul accord des parties suffit pour que le contrat existe ou pour qu'il soit modifié ou éteint, sans qu'il ne soit nécessaire de remplir de conditions supplémentaires. De par cette règle, les présents Principes s'éloignent de la plupart des systèmes juridiques de la Caraïbe qui, en s'inspirant de l'article 1.108 du code civil français, exigent pour qu'un contrat soit valide que son objet et sa cause soient possibles et licites, outre le consentement des parties (p. ex. article 1.502 du code civil colombien ; article 1.108 du code civil dominicain ; article 1.552 du code civil hondurien ; articles 1.872 et 2.447 du code civil nicaraguayen ; article 1.112 du code civil panaméen ; article 1.213 du code civil portoricain ; 1.141 du code civil vénézuélien). Les présents Principes s'éloignent aussi du droit anglais, puisque la *common law*, outre le consentement des parties, exige également la *consideration* et la *intention*, ou intention des parties de créer des relations juridiques. Un cas particulier est celui du code civil saint-lucien, dont l'article 923, en harmonisant la tradition française et anglo-saxonne, considère *cause* et *consideration* comme des synonymes.

Néanmoins, les présents Principes se rattachent ici à la tendance observée dans les textes européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats, qui ne requièrent pas de conditions de validité autres que l'accord des parties (article 3.1.2 PU) ou, tout au plus, exigent comme condition supplémentaire l'intention des parties de s'engager légalement (article 2:101 PECL ; article II-4:101 DCFR ; article 30 CESL). Le code civil néerlandais et le code civil surinamais n'exige eux aussi que la volonté des parties pour qu'un contrat soit valide (article 6:217).

La cause n'est plus une condition de validité du contrat dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 85). Certains ordres juridiques de la

Caraiïbe l'ont également écartée de la liste des conditions de validité du contrat (article 1.251 du code civil guatémaltèque ou article 1.794 du code civil mexicain).

L'origine historique de la cause et de la *consideration* est étroitement liée à la distinction faite entre les obligations gratuites et onéreuses, dont l'importance dans le commerce international est minime. Du reste, ces deux institutions, en tant que conditions de validité du contrat, ont toujours été dotées d'un caractère équivoque voire même irritant et leur présence dans les ordres nationaux ne s'est justifiée que du fait qu'elles remplissaient certaines fonctions qui sont pourtant parfaitement superflues, surtout dans le commerce international.

D'un côté, la cause a assuré une fonction de contrôle des accords présentant des finalités illicites. Cette fonction, dans les contrats transfrontaliers, est canalisée à travers le contrôle externe du contrat moyennant l'application de règles impératives nationales et internationales (article 3.3.1 des présents Principes). Il en va de même pour les conditions de licéité de l'objet.

D'un autre côté, l'exigence de la cause en tant que condition de validité du contrat vise à exclure l'efficacité juridique d'un accord apparent si les parties n'ont pas de réelle intention de s'engager, et remplit donc la même fonction que la *intention* dans la *common law*. Fonction qui concerne, généralement, la portée des engagements et des accords dans les domaines sociaux et familiaux, qui n'ont que très peu d'importance dans le commerce international. En tout cas, ce rôle de la cause et de la *intention* est également injustifié, car la question de savoir s'il y a eu accord ou non entre les parties est un problème d'interprétation, qu'il faut résoudre conformément aux règles établies dans la section première du chapitre 4 des présents Principes. De cette manière, il n'est pas nécessaire d'imposer de condition supplémentaire à l'accord des parties afin d'empêcher qu'un contrat simulé ne produise des effets, s'il est considéré qu'un accord apparent n'est pas un accord, et que par conséquent, la simulation emporte l'absence de consentement et, donc, de contrat. De même, les cas de violence physique qui emportent l'absence totale de consentement ne sont pas considérés comme des vices du consentement et entraînent l'inexistence du contrat conformément au présent article. Par conséquent, dans les Principes OHADAC la condition de l'intention réelle de s'engager est soumise à la seule condition de l'existence d'accord et à la notion même d'« accord ».

Le fait que la cause ou la *consideration* ne déterminent pas la validité du contrat ne signifie pas que ces deux notions n'ont pas d'importance à d'autres fins. Par exemple, la finalité du contrat ou la *consideration* sont le fondement de nombreuses règles, telles que celle qui prévoit la résolution du contrat par la disparition de sa finalité

(article 6.3.2) ou celle qui détermine l'existence d'une inexécution essentielle (article 7.1.2).

Finalement, les présents Principes optent pour une qualification personnelle des contrats, en excluant les catégories spécifiques telles que celles des contrats dits « réels », qui exigent des conditions supplémentaires de validité, généralement liées à des actes de dispositions sur des biens. Une telle distinction est clairement tombée en désuétude, et par conséquent les présents Principes suivent le courant dominant en droit comparé et en droit international.

Article 3.1.2 : Liberté quant à la forme

Les contrats sont valables quelle que soit la forme de leur conclusion.

COMMENTAIRE

Cet article est consacré au principe de liberté quant à la forme du contrat, qui est cohérent avec le principe qui conditionne la validité des contrats au simple échange de déclaration de volonté à travers l'offre et l'acceptation. Par conséquent, le contrat est valable quelle que soit sa forme de conclusion et son existence est une simple question de preuve des déclarations de volonté.

Le principe de liberté quant à la forme des contrats est généralement accepté dans le droit comparé. Les systèmes caribéens romano-germaniques l'envisagent souvent de manière expresse [p. ex. article 1.008 du code civil costaricain ; article 411 du code de commerce costaricain ; article 50 du code civil cubain ; article 1.574 du code civil guatémaltèque ; articles 3:37 et 6:226 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.574 du code civil hondurien ; article 1.796 du code civil mexicain ; articles 2.448 et 2.449 du code civil nicaraguayen ; article 1.230 du code civil portoricain ; article 1.355 du code civil vénézuélien]. Cette règle apparaît également dans l'article 79 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations rédigé par le Ministère de la Justice en 2013. Le droit anglais suit également le principe général de liberté de forme (*Beckham v Drake*, 1841, 9 M & W, 79, 92 ; article 4 du *Sale of Goods Act 1979*), tout comme le droit nord-américain (section 3 du *Restatement Second on Contracts*). Ce principe est aussi présent dans les articles 11 CVIM, 1.2 PU, 2:101 (2) PECL, II-1:106 DCFR et 6 CESL.

Tous les systèmes, cependant, connaissent des exceptions au principe de liberté quant à la forme et posent des exigences de forme précises comme condition de validité de certains contrats. Ces contrats sont qualifiés de « solennels » dans plusieurs systèmes romano-germaniques et sont ainsi désignés dans certains codes civils [p. ex. articles 1.007 et 1.009 du code civil costaricain ; article 411 du code de commerce costaricain ; article 1.500 du code civil colombien ; article 1.577 du code civil guatémaltèque ; article 1544 du code civil hondurien ; article 2.228 du code civil mexicain ; article 7 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013]. Dans la section 6 du *Second Restatement on Contracts*, ces contrats sont appelés « *formal contracts* ».

Il n'est pas toujours facile de distinguer les cas où une formalité est effectivement une condition de validité du contrat et ceux où il s'agit d'une condition permettant que des effets non contractuels soient produits, tels que l'acquisition d'un droit réel, le transfert de la propriété ou la constitution d'une société commerciale. Mais dans tous les systèmes il existe des cas où l'exigence d'une certaine formalité (écrit, acte authentique, etc.) est clairement une condition de validité du contrat, qui entraînera la nullité du contrat si elle n'est pas respectée. Dans les systèmes caribéens romano-germaniques, il n'est pas rare qu'il soit exigé que le contrat soit écrit ou prenne la forme d'un acte authentique afin d'être valide lorsqu'il s'agit de contrats qui ont pour objet des droits réels immobiliers, contrats de société, de dépôt, de mandat, ou qui dépassent simplement un certain montant (p. ex. articles 51, 339, 396.3 et 424 du code civil cubain ; article 1.575 du code civil guatémaltèque ; article 1.575 du code civil hondurien ; articles 2.316 et 2.690 du code civil mexicain ; articles 2.483 et 3.182 du code civil nicaraguayen ; articles 931, 1.347, 1.348, 1.834, et 2.127 des codes civils français et dominicain ; articles 1.131 et 1.358 du code civil panaméen ; article 1.232 du code civil portoricain).

La *common law* présente aussi des exceptions significatives. D'un côté, dans les contrats gratuits ou dépourvus de *consideration*, la forme impérative (*deed*) est une alternative à la *consideration*. D'un autre côté, quelques règles écrites ont introduit des exigences formelles pour certains contrats, qui pourraient aussi être qualifiés de « solennels ». C'est le cas, par exemple, de l'exigence de *deed* dans les contrats de location immobilière (sections 52 et 54 du *Law of Property Act* de 1925), l'écrit dans le cas des obligations cambiales (sections 3 et 17 du *Bill of Exchange Act* de 1882), des sûretés mobilières [*Bill of Sales Act 1878 (Amendment) Act* de 1882], et de la vente de biens immobiliers (section 2 du *Law of Property Act* de 1989), ou la présence d'une « *note of memorandum* » dans les contrats de cautionnement (article 4 du *Statute of Frauds* de 1677). Étant donné qu'il s'agit d'exigences prévues par le droit écrit, leur

application dans les territoires de la Commonwealth s'est souvent produite en les insérant dans des lois spécifiques [section 47 du *Property Act, Cap. 236* (Barbade) ; section 43 (1) du *Property Act, Cap. 192* (Belize) ; la section 4 (1) du *Conveyancing and Law of Property Act, Ch. 10:04* (Saint-Christophe-et-Niévès) ; section 4 (1) du *Conveyancing and Law of Property Act, Cap. 26:01* (Trinité-et-Tobago) ; article 6 (1) du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda (Ch 393) ; article 6 (1) du *Sale of Goods Act* de Montserrat (Ch 15.18) ; article 6 (1) du *Sale of Goods Act* des Bahamas, (Ch 337) ; article 6 (1) du *Sale of Goods Act* (Ch 83:30) de Trinité-et-Tobago ; article 6 (1) du *Sale of Goods Act* (Ch 261) du Belize ; article 5 (1) du *Sale of Goods Act* de 1895 de la Jamaïque ; *Contracts in Writing Act* d'Antigua-et-Barbuda (Ch 100)]. La jurisprudence caribéenne de la *common law* contient également des précédents relatifs à la présence de ces formalités comme condition de validité du contrat [p. ex. arrêt de la *Court of Appeal* de la Jamaïque dans l'affaire *Singer Sewing Co v Montego Bay Co-operative Credit Union Ltd* (1997, 34 JLR, 251) ; arrêt de la *Court of Appeal* des Îles Caïmans dans l'affaire *Strada Investments Ltd v Temora Investment Ltd* (1996, CILR, 246) ; arrêt du *Privy Council* dans l'affaire *Elias v George Sahely & Co (Barbados) Ltd* (1982, 3 WLR, 956)]. En droit nord-américain, ces formalités s'étendent aux contrats *under seal*, aux transactions, aux obligations cambiaires et aux effets de commerce (Article 3 UCC).

Le principe de liberté relatif à la forme contenu dans les Principes OHADAC n'empêche pas la prise en compte des formalités conditionnant la validité du contrat exigées par les lois nationales. Dans plusieurs cas, ces formalités sont impératives d'un point de vue international et, par conséquent, peuvent être prises en compte ou appliquées en vertu du paragraphe III du Préambule. De cette façon, la loi du pays où se situe un bien immeuble ou la loi du pays de constitution d'une société peuvent être appliquées dans la mesure où elles traitent des contrats relatifs aux immeubles ou aux sociétés situés sur leur territoire. Il ne peut pas être exclu non plus, étant donnée la portée d'un tel choix pour les Principes OHADAC, qu'un juge décide de limiter les effets du principe de liberté relatif à la forme contenu dans les présents Principes lorsque la loi applicable au contrat exige impérativement une formalité spécifique. Cette possibilité est d'autant plus importante que le lien entre le contrat et la loi nationale est étroit, en particulier lorsqu'il s'agit de la loi qui serait applicable à défaut de choix.

Article 3.1.3 : Impossibilité initiale

L'impossibilité d'exécuter le contrat lors de sa conclusion n'affecte pas sa validité. Toutefois, les parties

pourront faire valoir les règles relatives à la force majeure.

COMMENTAIRE

L'impossibilité d'exécution du contrat et, plus concrètement, l'impossibilité de son objet est considérée traditionnellement comme une cause de nullité ou d'inexistence du contrat (*impossibilium nulla obligatio est*). Cette règle est expresse dans plusieurs codes civils en vigueur dans des systèmes caribéens (p. ex. article 1.518 du code civil colombien ; articles 627 et 631 du code civil costaricain ; articles 1.599 et 1.601 des codes civils dominicain et français ; article 1.564 du code civil hondurien ; article 1.827 du code civil mexicain ; article 1.832 du code civil nicaraguayen ; article 1.123 du code civil panaméen ; article 1.224 du code civil portoricain ; article 70 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013).

Les textes les plus modernes, cependant, se positionnent en faveur d'une règle similaire à celle des Principes OHADAC, qui dissipe tout doute concernant la validité des contrats qui ont pour objet des biens futurs ou qui ne sont pas à disposition des parties au moment de la conclusion du contrat, mais aussi concernant les prestations qui sont, à ce moment-là, matériellement, personnellement ou même légalement impossibles (article 3.1.3. PU ; article 4:102 PECL ; article II-7:102 DCFR).

Les présents Principes établissent les règles de validité du contrat. Dans l'éventualité où les parties ignoraient ou n'avaient pas pu prévoir l'impossibilité de l'objet ou de l'exécution du contrat, les présents Principes n'ont pas opté pour la théorie de l'erreur. Il s'agit de l'option, par exemple, choisie par le droit nord-américain ou le droit anglais, où l'impossibilité initiale ne produit la nullité radicale du contrat que si elle est due à une erreur des parties relative à une impossibilité matérielle (*res extincta*) ou légale (*res sua*) au moment de la conclusion du contrat [*Couturtier v. Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673 ; *Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123].

Par contre, la solution proposée dans les présents Principes vise à l'application des règles générales relatives à l'inexécution, y compris les règles en matière de force majeure (article 7.1.8). En effet, les présents Principes admettent une notion large de « force majeure », qui peut être invoquée dans les cas de circonstances imprévisibles survenues au moment de conclure le contrat ainsi que dans les cas de circonstances imprévues qui existaient déjà au moment de la conclusion du contrat mais qui n'étaient ni ne pouvaient être connues des parties au moment de la conclusion. Dans ce sens, les présents Principes opèrent une distinction entre l'impossibilité initiale et

l'erreur, qui reste assez confuse dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats adoptés à ce jour.

Si les parties connaissent ou auraient dû connaître l'impossibilité de l'objet ou de l'exécution du contrat et décident quand même de le conclure, il est sous-entendu qu'elles assument le risque d'inexécution pour impossibilité et se soumettent aux règles générales relatives à la détermination de l'inexécution et de ses modes de réparation. En plus de respecter dans une large mesure l'autonomie des parties dans les contrats de commerce international, cette solution évite l'inefficacité des contrats qui jouent sur un calcul spéculatif des progrès techniques ou de l'évolution des circonstances prévues au moment de la conclusion du contrat.

Exemple 1 : L'entreprise de construction X, propriétaire de quelques terrains non constructibles, s'engage à construire sur ces terrains et vendre à une entreprise de services un immeuble de bureaux dans un délai de cinq ans. Bien que l'exécution soit légalement impossible au moment de la conclusion du contrat, l'entreprise promotrice compte sur un changement imminent du régime légal des terrains et elle assume le risque d'inexécution si l'impossibilité perdure et elle n'arrive pas à livrer le bâtiment dans le délai accordé.

Exemple 2 : L'entreprise X, qui fabrique des moteurs électriques, s'engage avec l'entreprise Y, un constructeur automobile, à livrer dans un délai de cinq ans un lot de moteurs capables d'accomplir certaines prouesses techniques et d'atteindre un rendement actuellement inviables étant donné l'état de la technique. Néanmoins, le contrat est valable, car l'entreprise X connaît l'état de la technique et croit que son département de dessin et développement parviendra bientôt à un prototype capable d'accomplir les spécifications requises.

Exemple 3 : Une société de location d'avions loue un jet de luxe déterminé pour le déplacement des cadres supérieurs d'une compagnie pétrolière. Le contrat est impossible puisque le jet a eu un accident une demi-heure avant la conclusion du contrat, sans que la société propriétaire n'ait eu connaissance ni la possibilité d'avoir connaissance de l'accident. Le contrat est valable, mais la société peut invoquer des raisons de force majeure pour justifier l'inexécution.

Section 2 : Capacité

Article 3.2.1 : Exclusion

Les présents Principes ne s'appliquent pas à la capacité des parties ni à la nullité du contrat résultant de l'incapacité.

COMMENTAIRE

La question de la capacité des parties, ainsi que celle relative à l'incidence du défaut de capacité sur la validité du contrat, sont des thématiques qui ne sont pas régies par les Principes OHADAC, tout comme elles sont exclues des autres instruments internationaux d'unification du droit des contrats [article 3.1.1 PU ; article 4:101 PECL ; article I-1:101 (2) (a) DCFR]. Leur réglementation relève de la loi nationale qui, à la lumière du droit international privé du for, sera appelée à être appliquée à la capacité des personnes. Selon le territoire de l'OHADAC dont il s'agira, la règle applicable correspondra parfois à la nationalité de la personne physique concernée (territoire de tradition espagnole, française et néerlandaise) et d'autre fois à la loi du domicile (territoire de tradition anglo-saxonne). Le Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (CIDIP V), signée à Mexico le 17 mars 1994, excluent la question de la capacité de son champ d'application [article 1.2 a) du Règlement et article 5 a) de la Convention]. Par conséquent, dans les États parties il sera également nécessaire d'avoir recours à la règle nationale de conflit de lois, sous réserve de la dite « exception de l'intérêt national » de l'article 13 du Règlement, d'intérêt très relatif dans les contrats commerciaux internationaux.

Section 3. Illicéité

Article 3.3.1 : *Illicéité*

Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des lois de police ou d'ordre public international de source nationale ou internationale qui déterminent l'illicéité ou l'illégalité de l'objet du contrat, de son contenu, de son exécution ou de certaines de ses obligations.

COMMENTAIRE

Bien que le principe de l'autonomie des parties régisse la réglementation du droit des contrats dans les systèmes juridiques comparés de la Caraïbe, tous ces systèmes sans exception envisagent des cas de restrictions d'ordre public qui limitent cette autonomie en ce qui concerne la validité, le contenu ou l'exécution des obligations contractuelles et qui montrent une casuistique très riche, allant des accords contraires aux règles sur la libre concurrence jusqu'au transfert d'un *res extra commercium* (un bien culturel, par exemple), en passant par les contrats dont l'objet consiste à commettre une infraction ou est tout simplement contraire à la moralité et aux bonnes mœurs.

Les modèles romano-germaniques exigent souvent, comme condition de validité du contrat, la présence d'un objet licite (article 631.2 du code civil costaricain ; article 1.251 du code civil guatémaltèque ; article 1.565-1.567 du code civil hondurien ; article 1.827 du code civil mexicain ; article 1.122 du code civil panaméen ; articles 35 et 69 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013), une cause licite (articles 1.108 et 1.133 des codes civils dominicain et français ; article 903 du code civil haïtien ; article 1.874 du code civil nicaraguayen ; article 1.141 du code civil vénézuélien), voire les deux (article 1.502 du code civil colombien). L'illicéité de l'objet, du contenu ou de l'exécution du contrat peut emporter dans certains cas la nullité totale ou l'inexistence du contrat, mais dans d'autres cas la sanction peut consister en un simple droit d'annulation ou de non-exigibilité des obligations, voire d'adaptation du contrat. La même diversité de possibilités existe en ce qui concerne les voies de recours mises à la disposition des parties dans chaque cas et la restitution des prestations.

De son côté, le droit anglais ne traite pas spécifiquement de la licéité de l'objet mais plutôt de l'inefficacité du contrat (*unenforceability*) lorsque les obligations sont illicites ou illégales (distinction qui n'est pas toujours claire), ou lorsque, même si elles sont licites, elles peuvent être contestables, contraires à la moralité ou à l'ordre public. Les effets de l'illégalité, de l'illicéité ou du simple fait d'être contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public sont variables selon que la formation ou l'exécution du contrat est concernée, de façon très similaire à ce que prévoient les systèmes romano-germaniques. La diversité de cas, de catégories et d'effets rend donc très difficile voire même impossible la tâche de renvoyer logiquement à des cas harmonisés et uniformes.

Contrairement aux autres textes internationaux d'unification du droit des contrats, les Principes OHADAC ont choisi de ne pas inclure de réglementation spécifique relative à

l'illicéité ou à l'illégalité du contrat, en adaptant la règle générale du paragraphe III du Préambule des présents Principes. Cette option est justifiée à plusieurs reprises, de par la complexité et la diversité des systèmes juridiques concernés quant aux cas et aux effets de l'illicéité.

En premier lieu, comme cela a été dit dans les commentaires au Préambule et au chapitre 1, le but primordial de l'OHADAC est de mettre à disposition des parties un cadre normatif alternatif aux droits nationaux moyennant l'insertion ou le choix par les parties des règles des présents Principes. N'étant pas une réglementation nationale, ils sont applicables afin de régir les obligations contractuelles des parties uniquement lorsque celles-ci ont opté de manière expresse dans leur contrat pour les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international. Du reste, les présents Principes ne pourront fonctionner en tant que « loi applicable au contrat » que dans le cadre des procédures arbitrales.

Dans les cas où les différends sont réglés devant les tribunaux nationaux, la référence aux Principes OHADAC dans le contrat ne produira généralement pas l'effet d'une loi applicable au contrat à proprement parler, autrement dit elle ne déplacera pas l'application du droit national déterminé par les règles de droit international privé, sauf dans la mesure où cette loi admet que les présents Principes reflètent l'autonomie matérielle des parties, dans les limites imposées par ses règles impératives applicables aux contrats internationaux.

En effet, la plupart des systèmes de droit international privé en vigueur dans les territoires caribéens qui font partie de l'OHADAC partent du postulat que les parties ne peuvent choisir qu'un droit national comme loi applicable au contrat. C'est uniquement dans le domaine arbitral qu'une plus grande flexibilité en ce qui concerne la détermination des règles applicables au fond du litige permettrait de considérer le choix de règles non nationales comme un véritable choix de la loi applicable au contrat. Le Mexique et le Venezuela, uniques signataires de la Convention Interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux (CIDIP V), conclue à Mexico le 17 mars 1994, sont les seuls à admettre la possibilité de considérer les Principes OHADAC comme la loi applicable au contrat, avec de nombreuses réserves.

En second lieu, indépendamment de la prise en compte des Principes OHADAC comme règles applicables au gré de la volonté des parties et, par conséquent, relevant du champ strict de leur liberté contractuelle, il est fréquent dans le droit des contrats internationaux que les parties ne puissent pas écarter l'application des lois de police et des règles d'ordre public nationales, internationales ou supranationales, en vigueur dans le pays où se trouve le tribunal saisi (*lex fori*) ou même d'un État tiers étroitement

lié au contrat, en particulier le pays d'exécution des obligations contractuelles. Ce principe de droit international privé, très répandu en droit comparé et de plus en plus dans le domaine arbitral (sauf dans certains cas la *lex fori*), figure à l'article 9 du Règlement (CE) n° 593/2008, du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en vigueur au Royaume-Uni, en France et aux Pays-Bas, ainsi qu'à l'article 11 de la Convention de Mexico, en vigueur au Mexique et au Venezuela.

La réglementation proposée dans d'autres textes internationaux qui pourrait servir de source d'inspiration n'est pas convaincante. La troisième édition des Principes d'UNIDROIT (2010) a introduit dans son chapitre 3 une nouvelle section 3 consacrée à l'illicéité, qui s'inspire de la section 178 du *Second Restatement on Contracts*, dont l'objectif spécifique dans le système nord-américain ne semble pas être facilement transposable à un système de principes harmonisés non-étatiques ou de *soft law*. C'est la raison pour laquelle cette section des Principes d'UNIDROIT a été vivement critiquée. La réglementation visée par cette section conduit au même résultat que celle proposée dans les Principes OHADAC dans les cas où le système qui impose la règle impérative stipulant l'illicéité établit de manière claire et expresse les conséquences que cette illicéité produit sur le contrat quant à sa validité et son exécution. *Lato sensu*, il est rare qu'un système envisage des cas d'illicéité et d'illégalité sans prévoir de solution expresse, que ce soit dans la loi ou dans la jurisprudence, concernant les conséquences de cette illicéité sur la validité du contrat et les voies de recours dont disposent les parties en cas d'exécution ou d'inexécution. Même dans ce cas, la solution subsidiaire prévue dans les PU, qui vise à déterminer les conséquences de l'illicéité, consiste à appliquer les règles spéciales de ladite section ou les règles plus générales des PU sur la restitution et les actions disponibles qui sont tellement ouvertes, vagues et imprécises qu'elles aboutissent presque au même résultat qu'une absence de réglementation. Dans la pratique, la même délimitation et les mêmes problèmes se profilent dans la section 15^{ème} des PECL et dans la réglementation des articles II-7:301 et II-7:304 DCFR.

En effet, lorsque le juge ou l'arbitre, appelé à interpréter un contrat soumis aux Principes OHADAC, est confronté à une règle impérative nationale, internationale ou supranationale établissant l'illégalité de l'objet, du contenu ou de l'exécution du contrat et tient compte de la recevabilité de l'application de cette règle impérative, en vertu de son contenu ou de sa nature ainsi que de ses liens avec le contrat (loi du for, loi nationale applicable au contrat à défaut de choix, loi du pays d'exécution, loi du marché affecté, loi d'origine d'un bien culturel, etc.), il appliquera cette règle et

déterminera les effets sur le contrat prévus dans cette loi. Si ces effets ne sont pas clairs selon le système juridique qui établit l'illicéité, rien n'empêche le juge ou l'arbitre d'appliquer les règles générales des Principes OHADAC choisis par les parties afin d'établir les conséquences de cette illicéité sur la validité et sur l'exécution du contrat ainsi que le rôle des recours établis dans les présents Principes, dans la mesure où ils s'adaptent de manière raisonnable au contenu de la règle impérative qui a été violée.

Section 4 : Consentement vicié

Article 3.4.1 : *Vices du consentement*

L'erreur, le dol, la contrainte et l'abus de faiblesse ou de dépendance sont des vices du consentement.

COMMENTAIRE

Les systèmes juridiques de la Caraïbe ont en commun, dans certaines situations, de permettre l'annulation du contrat quand l'une quelconque des parties a prêté un consentement vicié. Conformément à la typologie retenue, constituent des vices de consentement l'erreur, le dol, la contrainte et l'abus de faiblesse ou de dépendance. Les catégories proposées reposent sur les mêmes critères de neutralité que l'ensemble des dispositions qui gouvernent les présents Principes. Les catégories de vices mentionnées visent à donner un espace suffisant pour accueillir les contenus ou les institutions qui, présents dans les systèmes de la Caraïbe, servent des fonctions similaires.

La classification adoptée permet de regrouper les principales situations contractuelles dans les systèmes de la Caraïbe quant à l'application du régime des vices du consentement. Par ce regroupement et cette comparaison juridique, les présents Principes prétendent non seulement contribuer à la connaissance et la clarification de la réglementation des vices de consentement dans les systèmes de la Caraïbe, mais ils visent également à vérifier et proposer les lignes de convergence possible face à une vision harmonisatrice dans un cadre pluriculturel.

Les présents Principes reprennent la classification des vices du consentement qui comprennent ceux figurant dans les codes traditionnels et auxquels s'ajoutent l'abus de faiblesse et de dépendance qui découlent de la *undue influence* propre à l'*equity law*. Cette catégorie, originaire de la *common law*, est contenue d'une manière générale et sous différentes formes par les textes européens et internationaux relatifs

au droit des contrats. La classification s'apparente donc au schéma suivi par d'autres textes sur le droit des contrats, qui ont également dû résoudre des problèmes de coordination entre les institutions afin de proposer une construction juridique d'utilité commune pour la sphère du droit continental et celle de la *common law*, tels que les PU, le DCFR, les PECL et la CESL.

Alors que les PU considèrent l'erreur, le dol, la contrainte et l'avantage excessif (articles 3.2.1 à 3.2.7) comme étant des causes d'annulation du contrat, les PECL traitent dans le chapitre général de la validité du contrat de l'erreur (article 4:103), du dol (article 4:107), de la contrainte (article 4:108), de l'avantage excessif ou injuste (article 4:109) et des clauses abusives dans les contrats non négociés individuellement (article 4:110). Le DCFR quant à lui répertorie parmi les vices du consentement : la *mistake* (article II-7:201), la *fraud* (II-7:205), la *coercion or threats* (article II-7:206) et la *unfair exploitation* (article II-7:207) ; enfin, la CESL vise l'erreur (article 48), le dol (article 49), les menaces (article 50) et l'exploitation déloyale (article 51).

Les présents Principes, tout en suivant la tendance des textes mentionnés ci-dessus et se référant au traitement qui en est fait dans les multiples systèmes de la Caraïbe, ont écarté des vices du consentement la violence physique ou *vis absoluta* qui ne peut pas être associée aux autres vices du fait de l'absence totale de volonté. Le traitement de ces situations relèvera du régime établi par l'article 3.1.1.

Les catégories proposées ne présentent pas de difficultés particulières pour les systèmes juridiques qui sont sous l'influence romano-germanique. Ils considèrent que l'erreur, la violence, la contrainte et le dol sont des vices du consentement. Certains systèmes adoptent cette classification de manière littérale (article 1.556 du code civil hondurien ; article 1.116 du code civil panaméen ; article 1.217 du code civil portoricain). D'autres ont établi des variantes exclusivement terminologiques (articles 2.455, 2.457 et 2.460 du code civil nicaraguayen, qui utilisent l'expression « force » pour les situations de violence et « peur grave » pour les cas de contrainte ; les articles 69 et 71 du code civil cubain, emploient le terme de « fraude » pour se référer à des situations qui sont considérées comme du dol dans d'autres systèmes ; les articles 1.015 a 1.020 du code civil costaricain considèrent comme vices du consentement, l'erreur la force ou la peur grave, la contrainte et le dol). Enfin, d'autres dispositions afin de parvenir à plus de simplification du régime, ont inclus les situations types de contrainte ou de menace sous la dénomination générique de violence (articles 1.109 et 1.112 des codes civils dominicain et français ; article 904 du code civil haïtien ; articles 1.812 et 1.819 du code civil mexicain ; articles 1.146 et 1.151 du code civil vénézuélien) ou de force (article 1.508 et article 1.513 du code civil colombien). Face à cette

tendance générale, il s'avère anecdotique de mentionner que le code civil cubain ne contient, du moins de façon formelle, aucune disposition spécifique pour les situations de violence et que le code civil guatémaltèque insère la simulation dans les vices du consentement (article 1257). De même, le code civil saint-lucien (article 925 du code civil) inclut aussi la lésion (*lesion*) parmi les vices que sont l'erreur (*error*), le dol, (*fraud*), la violence (*violence*) et la peur (*fear*).

La classification adoptée s'appuie également sur le système néerlandais. Selon l'article 3:44 des codes civils néerlandais et surinamais, un contrat pourra être annulé dès lors qu'interviendra *duress* (violence), *fraud* (dol) et *undue influence*. D'autre part, il pourra également être annulé pour erreur conformément à l'article 6:228.

La classification proposée prend en considération la divergence existant entre la *common law* et la tradition romano-germanique quant au sens respectif de l'erreur et de la *mistake*, institutions qui ne se correspondent pas pleinement. Cela est dû au régime du terme *mistake* qui intervient dans des situations diverses, et pour être traité comme il se doit, les présents Principes proposent de prendre en compte les différents types de *mistake*, en fonction des conséquences juridiques associées à chaque situation.

Les auteurs anglais font la distinction entre la *common mistake* (erreur commune), la *mutual mistake* (erreur mutuelle ou bilatérale) et l'*unilateral mistake* (erreur unilatérale). Dans la *common mistake* l'accord entre les parties ne fait pas défaut, mais le consentement des parties repose sur une erreur. À titre général la *common mistake* reste soumise à la règle relative à l'erreur de l'article 3.4.3. Toutefois, au regard de la conséquence que produisent (nullité absolue ou inexistance du contrat) l'erreur sur *res extincta*, qui retombe sur l'objet du contrat dès lors que celui-ci s'est éteint à défaut de consentement entre les parties avant sa conclusion [*Couturier v Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673 ; *Strickland v Turner* (1852), 155 ER 919] et l'erreur de l'acquéreur qui ignore qu'il est déjà propriétaire de la chose qui lui a été vendue, ou erreur par *res sua* [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123], sont traitées dans les présents Principes comme une impossibilité initiale (article 3.1.3). Le même traitement s'applique à la *mutual mistake*, qui se caractérise par l'existence d'un malentendu entre les parties qui ont négocié pensant chacune à une chose ou à un acte différent. Vu que la conséquence de ce type d'erreur, dans les pays de la *common law*, est la nullité absolue ou l'inexistence du contrat [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906 ; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913), 3 KB 563], les présents Principes reprennent le traitement de ce type de *mistake* par l'inexistence du consentement (article 3.1.1). Enfin, il existe également l'*unilateral mistake* ou erreur unilatérale qui intervient dès

lors qu'une seule partie commet une erreur, alors que l'autre ne se trompe pas, et au contraire, s'aperçoit de ce qui se passe ou aurait dû le faire. Ce type de *mistake*, vu le traitement qu'elle a reçu dans les systèmes de *common law*, reste soumis au régime de l'erreur de l'article 3.4.3.

La classification proposée facilite la rencontre entre l'institution de la *common law* connue sous le nom de *misrepresentation* et les situations d'erreur et de dol contenues dans le droit romano-germanique, selon qu'il s'agit d'une situation de *innocent misrepresentation* ou de *fraudulent misrepresentation*. Les deux permettent d'annuler le contrat (article 1 du *Misrepresentation Act* 1967 ou article 2 du *Bermuda Law Reform Act* de 1977 ; section 164 du *Restatement Second of Contracts*).

Dans le cas de documents signés par erreur, ou dont le contenu diffère de ce qui est attendu, la *common law* permet également, bien que de manière exceptionnelle, de considérer le contrat comme nul, dans le cas de contrats conclus par des personnes aveugles ou analphabètes [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Seepersad v Mackhan* (1982), n° 533 de 1977 (Carilaw TT 1982 TT 27) ; arrêt de la *Supreme Court* des Bahamas dans l'affaire *Gordon v Bowe* (1988), Carilaw BS 1988 SC 75]. Bien que, en règle générale, l'erreur dans la déclaration soit placée par l'article 3.4.4 des présents Principes sous le même régime que l'erreur viciée, vu la gravité particulière que revêtent les circonstances dans lesquelles se produit l'erreur, elle n'est pas non plus incluse dans le champ d'application des vices et est régie par l'article relatif au défaut de consentement.

La violence et la contrainte des droits continentaux trouvent facilement une figure similaire dans les systèmes de *common law* au travers de l'institution de la *duress*. Tout comme cela arrive dans les systèmes de la Caraïbe qui ont été sous l'influence du droit espagnol et du droit français, il y a *duress* dès lors que l'on effraie quelqu'un par des menaces ou une contrainte (*vis compulsiva*).

Dans les systèmes romano-germanique de la Caraïbe, il n'existe pas de vice spécifique qui puisse ressembler à la *undue influence*, c'est-à-dire à l'influence indue qui est exercée sur l'une des parties dans le but de lui faire conclure le contrat. Si cela arrive, le contrat peut être annulé à condition que le consentement de l'une des parties n'ait pas été exprimé librement du fait que l'autre a profité d'une situation de confiance, d'un état de nécessité ou de dépendance ou de fragilité psychologique de celle-ci pour obtenir indûment son consentement. La juridiction *in equity* a élaboré la théorie de la *undue influence* afin de protéger les cas de vices du consentement non protégés par les règles de la *duress*. Toutefois, certains cas de *undue influence* entreront sous le

régime de la contrainte, tel que cela ressort du commentaire relatif à la contrainte et à l'abus de faiblesse ou de dépendance.

Article 3.4.2 : *Nature impérative ou supplétive des règles*

- 1. Les régimes du dol, de la contrainte et l'abus de faiblesse ou de dépendance sont impératifs.**
- 2. Le régime de l'erreur est applicable, sauf accord contraire des parties.**

COMMENTAIRE

1. Signification du caractère impératif du régime des vices

Dans la majorité des systèmes de la zone OHADAC, le régime des vices du consentement n'est pas soumis à la liberté des parties, c'est-à-dire qu'il revêt un caractère impératif. L'affirmation du caractère impératif du régime du dol, de l'intimidation et de l'abus de faiblesse ou de dépendance par les présents Principes, même s'ils reflètent les solutions nationales, doit être entendue comme des paramètres méthodologiques distincts. Il convient de rappeler que les présents Principes ne constituent que des propositions de clauses contractuelles pouvant être insérées au contrat, sachant que les parties peuvent décider de ne pas retenir certaines des dispositions. Hormis cette dynamique, les présents Principes en affirmant le caractère impératif du régime des vices visent l'équité du contrat en attribuant la préférence au régime des vices du consentement contenu dans les présents Principes plutôt que les clauses convenues entre les parties. Compte tenu que le régime des vices du consentement a pour finalité de garantir une déclaration de volonté libre et non viciée, l'exclusion de telles dispositions par les parties serait contraire aux postulats les plus élémentaires de la moralité contractuelle et de l'ordre public international. Les présents Principes introduisent donc dans le contrat un élément d'« auto-tutelle » ou d'autocontrôle sur le contrat qui s'avère approprié aux fondements de sa force contraignante.

Il s'agit d'un mécanisme d'autocontrôle qui s'accorde avec celui utilisé dans tous les systèmes de la Caraïbe en matière de vices du consentement. De la sorte, les présents Principes ne font que rappeler que les systèmes des pays et des territoires de la Caraïbe interdisent aux parties au contrat, dans le cadre de l'autonomie de la volonté, de limiter ou de renoncer à appliquer les règles régissant les vices du consentement.

Bien que cette règle existe dans certains systèmes (p. ex. article 1.021 du code civil costaricain ; article 1.822 du code civil mexicain ; article 2.461 du code civil nicaraguayen), les mêmes conséquences découlent facilement du reste, étant donné le refus que leur opposent, dans les sociétés modernes, les situations contractuelles contenues sous les différentes catégories de vices du consentement. Ce caractère impératif a conduit les présents Principes à opter pour l'application du régime juridique des vices du consentement du droit national applicable au contrat. Le caractère indérogeable du régime des vices du consentement sera établi par le droit national que les parties auront choisi pour le contrat, conformément aux recommandations émises par les présents Principes. Sinon, le régime dérogatoire relèvera du droit national qui sera applicable faute d'accord entre les parties sur ce point. Par conséquent, le régime proposé n'a pas l'intention d'affecter ce caractère impératif, mais plutôt de contribuer, quand cela sera possible, à clarifier et à créer des consensus sur des postures de rejet, tout en restant dans les limites du droit disponible laissé par les droits nationaux.

2. Caractère dispositif du régime de l'erreur

Bien qu'il n'existe aucune déclaration légale à cet effet, l'examen des systèmes de la Caraïbe révèle que dans cette zone régionale, tout comme dans les pays européens, il existe un régime juridique de type dispositif pour le régime tant de l'erreur que du vice du consentement contractuel. À titre anecdotique, il n'existe qu'un système juridique en dehors de la sphère des systèmes de l'OHADAC qui attribue à ce régime un caractère impératif (article 218 du code civil péruvien). Dans les compilations des règles de droit des contrats, il est également dans la dynamique générale d'attribuer un caractère dispositif au régime de l'erreur [article 3.1.4 PU ; article 4:118 (2) PECL ; article I-7:215 DCFR ; article 56 CESL].

La physionomie générale du régime de l'erreur dans les systèmes nationaux comporte deux types de conséquences. D'une part, lorsque les parties choisissent les présents Principes, le régime proposé remplace celui établi par le droit applicable au contrat. Le remplacement s'opère largement et s'étend tant à la définition des situations concernées par l'erreur importante pour déterminer l'annulation du contrat que sur la fixation de limites au droit d'annulation du contrat, tel que cela est mentionné à l'article 3.4.3 des présents Principes. D'autre part, le caractère dispositif du régime de l'erreur contenu dans les présents Principes permet aux parties, dans le contrat, de remplacer ou modifier le régime de l'erreur. Cela rend parfaitement possible le fait que les parties déclarent, par exemple, l'inapplication du présent régime et son remplacement par le régime établi par le droit national qui leur est le

plus familier. De même, il est possible de faire des modifications au régime proposé au moyen d'une clause qui est recommandée dans le commentaire de l'article 3.4.3.

Dès lors que les parties ont choisi les présents Principes mais qu'elles préfèrent que, pour ce qui concerne le régime de l'erreur comme du vice du consentement, un droit différent s'applique, y compris un droit qu'elles auront choisi suite aux recommandations, il convient que ce régime choisi soit avéré par l'insertion d'une clause spécifique.

Article 3.4.3 : Erreur

- 1. Une partie peut annuler le contrat si, lors de la conclusion du contrat, elle a commis une erreur substantielle de fait ou de droit, et si :**
 - a) l'autre partie a provoqué l'erreur, ou rendu l'erreur possible par son silence contraire à son devoir légal d'information ; ou**
 - b) l'autre partie a commis la même erreur ; ou**
 - c) l'autre partie a connu ou aurait raisonnablement dû connaître l'existence de l'erreur, de sorte qu'il était contraire à la loyauté contractuelle propre aux usages commerciaux de laisser l'autre partie dans l'erreur.**
- 2. Une erreur est tenue pour substantielle si elle est d'une gravité telle qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que la partie qui a subi l'erreur n'aurait pas conclu le contrat.**
- 3. Le droit d'annuler le contrat n'est pas reconnu si :**
 - a) l'erreur est inexcusable par suite du manque de diligence ou d'attention de la victime de l'erreur ;
ou**
 - b) le risque d'erreur a été assumé par la victime ou si celle-ci doit en assumer le risque en raison des circonstances de l'espèce.**

COMMENTAIRE

1. Portée du régime de l'erreur

La présente disposition a pour but d'offrir aux opérateurs un régime pour l'erreur qui soit, à la fois, capable d'accorder les traditions juridiques existantes dans les pays et les territoires de la Caraïbe, de réceptionner les développements les plus avancés intervenus sur ce régime juridique et d'insérer les exigences propres aux contrats commerciaux susceptibles d'appliquer les présents Principes.

L'erreur comme le vice du consentement est bien connue des systèmes romano-germaniques (articles 1.509 à 1.512 du code civil et article 900 du code de commerce colombiens ; articles 1.015 à 1.016 du code civil costaricain ; article 70 du code civil cubain ; article 1.110 des codes civils français et dominicain ; articles 1258 à 1.260 du code civil guatémaltèque ; article 905 du code civil haïtien ; article 1.557 du code civil hondurien ; article 6:228 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.813 à 1.814 du code civil mexicain ; articles 2.455 à 2.456 du code civil nicaraguayen ; article 1.117 du code civil panaméen ; article 1218 du code civil portoricain ; articles 1.147 à 1.149 du code civil vénézuélien). Dans les systèmes qui entrent dans la tradition de la *common law*, il existe également un corps législatif, mais majoritairement jurisprudentiel, sur la *mistake* et la *misrepresentation* [article 2 de la *Law Reform Misrepresentation and Frustrated Contracts* des Bermudes ; sections 152 à 154 (*mistake*) et 159 à 165 du (*misrepresentation*) *Restatement Second of Contracts*]. Un régime relatif à l'erreur existe également dans les pays ayant été influencés par des traditions juridiques diverses (article 926 du code civil saint-lucien).

Les dispositions des présents Principes ont pour but d'offrir un régime très simple et moderne pour le vice de l'erreur par rapport à celui dont disposent la majorité des systèmes de la Caraïbe, et ce sans non plus apporter des règles faisant violence aux cultures juridiques en présence. Dans l'analyse qui suit, seront mises en évidence certaines différences et similitudes principales entre les droits des pays et des territoires de la Caraïbe. Les connaître constitue un intérêt particulier non seulement quand le droit applicable sera celui de l'un des pays ou territoire de la Caraïbe, mais également quand il s'agira de résoudre, au moyen de l'interprétation, quelque doute ou ambiguïté survenu lors de l'application des présents Principes.

La règle s'applique à toutes les situations contractuelles dans lesquelles l'erreur apparaîtra comme vice de consentement. Sont compris, la majorité des cas qui dans les systèmes romano-germaniques sont regroupés sous les typologies de l'erreur sur la chose, l'erreur sur la substance, l'erreur sur la personne ou d'erreur de droit. Dans les

Principes OHADAC, l'erreur dite de compte ou l'erreur de calcul mérite par contre un traitement spécial. Il s'agit de lui appliquer le même régime que celui applicable à l'erreur dans la déclaration régi par l'article 3.4.4. De la sorte, il s'avère possible de se passer des difficultés liées à la détermination du moment où l'erreur s'est produite, qui pourra être celui où la déclaration a été effectuée ou un moment antérieur à l'étape du décompte ou du calcul.

Compte tenu de la particularité des systèmes de *common law*, il convient de préciser les cas types auxquels s'applique le régime prévu par la présente disposition. Tel que cela a été indiqué dans le commentaire de l'article 3.4.1, certaines situations répertoriées dans l'erreur ou la *mistake* dans les systèmes de *common law* ne sont pas incluses dans le champ d'application de la présente disposition, dans la mesure où le problème juridique fondamental est traité dans d'autres dispositions des présents Principes du fait des conséquences juridiques d'un tout autre ordre qui découlent de ces situations.

Bien qu'à titre général, les cas de *common mistake* sont soumis au régime prévu par la présente disposition, deux types particuliers de *common mistake* en sont exclus. Il s'agit de celle qui porte sur la *res extincta*, à savoir, sur l'objet du contrat dès lors que celui-ci s'est éteint sans que les parties ne le connaissent avant la conclusion du contrat, en application du régime de la *common law* (section 6 du *Sale of Goods Act* de 1979 ; section 8 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 8 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 8 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 8 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 8 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 7 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque), qui est ramené au régime de l'impossibilité initiale (article 3.1.3). De même, l'erreur qui se produit quand l'acquéreur ignore qu'il est déjà propriétaire de la chose qui lui a été vendue, constitue un cas d'erreur pour *res sua* [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123]. Les deux situations sont exclues du champ d'application du régime de l'erreur.

De ce point de vue, tel que cela a déjà été indiqué dans le commentaire de l'article 3.1.3, les présents Principes proposent une délimitation entre les régimes de l'impossibilité initiale et celui de l'erreur qui n'est pas évidente dans les textes internationaux relatifs au droit des contrats (article 3.1.3. PU ; article 4:102 PECL ; article II-7:102 DCFR).

Le présent régime n'est pas non plus applicable aux cas où les parties ignoraient ou ne pouvaient pas prévoir l'impossibilité de l'objet ou de l'exécution du contrat. Bien que cette ignorance soit considérée par nombre de codes civils en vigueur dans les systèmes caribéens comme une cause de nullité pour erreur (p. ex. article 1.518 du

code civil colombien ; articles 627 et 631 du code civil costaricain ; articles 1.599 et 1.601 des codes civils dominicain et français ; article 1.564 du code civil hondurien ; article 1.827 du code civil mexicain ; article 1.832 du code civil nicaraguayen ; article 1.123 du code civil panaméen ; article 1.224 du code civil portoricain), les présents Principes ont opté pour soumettre ces situations aux règles applicables aux cas d'impossibilité d'exécution. Ce traitement uniforme exclut le besoin d'appliquer deux régimes alternatifs, celui de l'erreur et celui des conséquences de l'inexécution, situations dont la qualification peut s'avérer difficile.

Exemple : Une société colombienne propriétaire d'un tableau de Picasso le vend à un musée privé espagnol. Toutefois, un incendie détruit le tableau quelques heures avant que le contrat ne soit signé. Soumettre cette situation au régime de l'erreur oblige à vérifier le moment où s'est produite la destruction. Donc, selon si elle a été antérieure ou postérieure à la conclusion du contrat, le régime de l'erreur ou de l'impossibilité d'exécution s'appliquera. Afin d'éviter cette difficulté, les Principes OHADAC soumettent la situation sous ces deux versions au même régime.

La présente disposition ne s'applique pas non plus à la *mutual mistake*, qui se rapporte aux situations où il existe entre les parties un réel malentendu, c'est-à-dire que chacune d'elle a négocié en pensant à une chose ou à une affaire différente. Vu que ce type d'erreur dans les pays de *common law* conduit à la nullité absolue du contrat [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H & C 906 ; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913) 3 KB 563], les présents Principes renvoient le traitement des cas de *mutual mistake* au régime de l'inexistence de consentement (article 3.1.1).

La présente disposition s'applique aux situations où se produit une *unilateral mistake* ou erreur unilatérale, c'est-à-dire celles où une seule partie est dans l'erreur, alors que l'autre ne se trompe pas, mais, au contraire, s'aperçoit ou aurait dû s'apercevoir de ce qui se passe. La présente disposition s'applique également dans de nombreux cas pouvant être qualifiés dans les pays de *common law* de *innocent* ou *negligent misrepresentation*, à savoir que l'erreur qui s'est produite ne comporte pas d'intention de tromperie. Tel que déjà indiqué, le régime de la présente disposition ne s'applique pas aux actes signés par erreur ou présentant un contenu différent de celui souhaité, et qui sont considérés comme nuls par les systèmes de *common law* dès lors que l'erreur concerne des personnes aveugles ou analphabètes [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Seepersad v Mackhan* (1982), n° 533 de 1977 (Carilaw TT 1982 TT 27) ; arrêt de la *Supreme Court* des Bahamas sur *Gordon v Bowe* (1988), n° 346 de 1975 (Carilaw BS 1988 SC 75)].

Le régime de l'erreur établi par les présents Principes s'articule autour de deux éléments. Le premier consiste à définir l'erreur importante qui génère le droit d'annuler le contrat. Pour qu'il y ait erreur importante, il faut que deux conditions soient réunies. D'une part, il doit s'agir d'une erreur essentielle. D'autre part, en plus de l'erreur essentielle, il faut que se produise au moins l'une des situations suivantes : l'erreur doit avoir été provoquée par l'autre partie ; l'erreur est commune ; ou l'une des parties connaissait l'erreur de l'autre ou aurait dû la connaître. Le second élément porte sur les circonstances qui provoquent le droit d'annuler le contrat. Parmi elles, il y a le fait que l'erreur a été due à un défaut d'attention ou de diligence de la victime (erreur inexcusable) ; ou le fait que le risque d'erreur aurait été pris par la victime ou que suite à ces circonstances, cette partie devait courir le risque de l'erreur.

2. Erreur essentielle

L'application du régime de l'erreur dans les présents Principes requiert l'existence d'une erreur essentielle. L'erreur est essentielle dès lors que si elle ne s'était pas produite, le contrat n'aurait pas été conclu. La limite posée par les présents Principes sur le caractère essentiel de l'erreur ne constitue pas une nouveauté dans les systèmes romano-germaniques, qui d'une façon plus ou moins nette reprennent cette notion (article 1.511.2 du code civil colombien ; article 1.015 du code civil costaricain ; article 73 du code civil cubain ; article 1.110 des codes civils dominicain et français ; article 1.258 du code civil guatémaltèque ; article 905 du code civil haïtien ; article 6:228 du code civil néerlandais et surinamais ; article 1.557 du code civil hondurien ; article 1.813 du code civil mexicain ; articles 2.462 et 2.463 du code civil nicaraguayen ; article 1.117 du code civil panaméen ; article 1.218 du code civil portoricain ; articles 1.147 et 1.148 du code civil vénézuélien). La tendance est claire également dans l'article 40 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Dans les systèmes de *common law*, dans la notion qui regroupe tous les cas de *common mistake*, l'erreur doit porter sur un fait fondamental (*fundamental mistake*) ou sur un point fondamental du contrat, sans lequel les parties ne seraient pas parvenues à un accord [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161, 206 ; *Galloway v Galloway* (1914), 30 TLR, 531]. Dans le même ordre d'idée, pour le droit nord-américain une *non-fraudulent misrepresentation* ne permet l'annulation du contrat que si elle est essentielle (section 162.2 du *Restatement Second of Contracts*).

La même voie est empruntée par les textes d'unification du droit des contrats, qui tendent à limiter l'importance de l'erreur aux seuls cas où elle s'est avérée déterminante dans la conclusion du contrat (article 3.2.1 PU ; article 4:103 PECL ; article 48.1 CESL ; article II-7:201 DCFR).

Le déplacement de l'axe du régime juridique de l'erreur, allant de l'objet sur lequel elle porte jusqu'à son caractère essentiel, opéré par les présents Principes, rend possible la rationalisation et la simplification de ce régime, et fait perdre toute utilité aux typologies classiques relatives à l'objet de l'erreur (*error in corpore, in persona, in negotio* ou *in substantia*) qui, sous l'influence des droits français (article 1.110 des codes civils français et dominicain) et espagnol (articles 1.266 et 1.267 du code civil espagnol), subsistent dans de nombreux codes de la Caraïbe (articles 1.510-1.512 du code civil colombien ; article 69 du code civil cubain ; articles 1.259 et 1.260 du code civil guatémaltèque ; article 1.557 du code civil hondurien ; articles 2.455 et 2.467 du code civil nicaraguayen ; article 1.117 du code civil panaméen).

La règle proposée conserve uniquement la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit qui ont pour finalité de dissiper les doutes susceptibles d'exister sur la possibilité que l'erreur retombe sur les règles juridiques. Dans les systèmes de la Caraïbe, seul le Mexique dans son article 1.813 du code civil fournit une classification simple de l'erreur. Les autres vont dans le sens des textes internationaux les plus modernes de codification du droit des contrats dans lesquels, d'une façon générale, tout type d'erreur qui porte sur des circonstances de fait ou de droit est important et relève d'un régime unitaire (article 3.2.1 PU ; article 4:103 PECL ; article II-7:201 DCFR ; article 48.1 CESL). La même classification apparaît dans les travaux législatifs préliminaires en droit français (article 39 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013).

Il convient de préciser que dans certains systèmes de la Caraïbe, il existe des solutions qui n'entrent pas dans l'erreur de droit (p. ex. article 1.509 du code civil colombien). Vu l'importante inégalité juridique susceptible d'être générée entre les parties au contrat, les présents Principes prévoient que les parties peuvent insérer au contrat une clause spécifique sur leur intention de restreindre la portée de l'erreur sur les questions juridiques. Ce choix pourra être effectué par la rédaction d'une clause spécifique dans les termes mentionnés ci-dessous.

Les présents Principes retiennent une évaluation objective du caractère essentiel de l'erreur. Il consiste à comparer le comportement de la victime de l'erreur avec celui d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Restant fidèle aux exigences propres au commerce, il a été opté pour une approche simplement objective quant aux circonstances des relations commerciales, sans considération des circonstances subjectives. Les éléments susceptibles d'affirmer le caractère essentiel de l'erreur sont, donc, déterminés par le commerce lui-même. Par exemple, dans le commerce d'œuvre d'art l'authenticité d'un tableau s'avère importante, surtout s'il

s'agit de peintres prestigieux. Si l'acheteur pensait qu'il achetait un Picasso et que le tableau n'était pas en réalité l'œuvre de ce peintre, nous serions en présence d'une erreur essentielle pour les Principes OHADAC car une personne raisonnable placée dans la même situation n'aurait pas conclu le contrat.

Loin d'être une innovation, le choix retenu reprend l'évolution de nombreux systèmes de la Caraïbe qui sont peu formulés légalement pour faire place à des interprétations jurisprudentielles qui se préoccupent davantage des besoins du commerce. Cela s'est produit aussi dans le droit français.

Les présents Principes, forts de cette évolution, basent le choix opéré sur un double pilier : l'évolution jurisprudentielle notable et une claire vocation à servir les besoins du commerce. L'objectif visé présente l'avantage de concilier les intérêts du commerce par l'établissement de règles uniformes.

La solution retenue ressemble à celle établie par l'article 3.2.2 (1) PU. Par contre, elle se détache de celle retenue par les PECL et la CESL. Ces textes régissent l'erreur autour du fait que la partie qui n'a pas subi l'erreur savait que la victime n'aurait pas conclu le contrat si elle avait eu connaissance de l'existence de l'erreur.

3. Erreur provoquée

L'existence d'une erreur essentielle ne suffit pas pour faire naître le droit à l'annulation du contrat. Ce droit est reconnu, en premier lieu, dès lors que l'erreur a été provoquée par l'autre partie. Dans l'erreur provoquée, il convient de distinguer deux types de situation : dans la première, il peut y avoir eu une communication d'information de manière inconsciente qui aurait présenté un défaut quelconque ; dans la seconde, l'erreur peut être la conséquence du manquement au devoir d'information. Bien que les présents Principes ne régissent pas ce type de devoirs, il n'est pas nécessaire de préciser qu'ils peuvent être imposés par des lois de police applicables au contrat. Dans les deux cas, il s'agit d'une erreur provoquée sans intention de tromper donc dans un tel cas, il s'agira d'un dol (article 3.4.6).

L'importance donnée à l'erreur provoquée n'est pas étrangère aux systèmes de *common law*. En marge des nuances propres à la configuration jurisprudentielle de la *misrepresentation*, les situations les plus habituelles de *wholly innocent or non fraudulent misrepresentation* interviennent dès lors que quelqu'un a procédé à une déclaration des faits inexacte et que cette communication a emporté la conclusion du contrat, ouvrant le droit à l'annulation [section 2 du *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated Contracts) Act* des Bermudes ; section 162 du *Restatement Second of Contracts*].

La nécessité de l'existence d'une erreur provoquée comme condition permettant de donner droit à l'annulation du contrat est également présente dans les systèmes néerlandais et surinamais [paragraphe 1 (a) de l'article 6:228 du code civil]. Toutefois, une limite existe. Le droit à l'annulation cesse d'exister dès lors que l'autre partie aurait de toute façon accepté de conclure le contrat malgré l'information erronée. La condition n'est pas aussi nette dans les systèmes romanistes. Toutefois, dans la pratique le caractère excusable de l'erreur peut conduire à des résultats semblables.

La règle établie par les présents Principes, pour le reste, demeure dans la lignée des solutions données par les textes internationaux du droit des contrats [article 3.2.2 PU ; article 4:103 (1) (a) (i) PECL ; article II-7:201 DCFR ; article 48.1 (b) (i) CESL].

4. Erreur commune

Les présents Principes offrent, également, la possibilité d'annuler le contrat dès lors que l'erreur est commune aux deux parties. Une règle analogue à la présente existe dans la majorité des textes d'unification du droit des contrats [article 3.2.2 (1) (a) PU ; article 4:103 PECL ; article II-7:201 (I) (b) (iv) DCFR ; article 48.1 (b) (iv) CESL]. L'ouverture du droit d'annuler le contrat, quand l'erreur est commune aux parties, ne constitue pas une nouveauté dans les systèmes de la Caraïbe, ils correspondent aux diverses traditions. Dans le traitement de la *common mistake*, l'*equity* a connu un rôle important dans l'ouverture du droit d'annuler le contrat pour erreur, surtout en tenant compte du caractère restrictif avec lequel cette option a été appréciée en application de la *common law*. Dans une application stricte de la *common law* les décisions rendues en sont venues à considérer que, malgré l'existence d'une *fundamental mistake* commune aux parties, le contrat n'était pas nul [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161 ; *Leaf v International Galleries* (1950), 1 All ER 693 ; *Frederick E Rose Ltd v William H Pim Fur & Co Ltd* (1953), 2 All ER 739]. Par contre, avec l'équité, l'existence de ce type de *fundamental mistake* commune aux parties a été déclarée comme déterminante dans l'annulation [*Solle v Butcher* (1949), 2 All ER 1107 ; *Galloway v Galloway* (1914), 30 T.L.R. 531]. Cette tendance à prononcer l'annulation du contrat de façon plus extensive, existe également dans les juridictions de la Caraïbe [arrêt de la *Court of Appeal* d'Anguilla dans l'affaire *Dammer v Wallace* (1993), ECS (Anguilla) Civ App n° 1 of 1991 (Carilaw AI 1993 CA 3) ; arrêt de la *Court of Appeal* de la Jamaïque dans l'affaire *Stuart v National Water Commission* (1996) Civ App n° 3 1995 (Carilaw JM 1996 CA 31) ; *Johnson v Wallace* (1989), (Bahamas) 1 Carib Comm LR 49].

Il convient de signaler que le critère retenu par ces décisions a reçu une sévère critique de la part de la *English Court of Appeal*, qui a considéré que l'interprétation faite dans l'affaire *Solle v Butcher*, ouvrant droit à l'annulation du contrat pour l'erreur commune

qui s'est produite sur un engagement fondamental de parties, pourrait être en contradiction avec l'interprétation faite dans l'affaire *Bell v Lever*, du fait qu'il ressort que la première constitue une attaque à la sécurité du contrat [*Great Peace Shipping Ltd. Tsavrilis Salvage (International) Ltd* (2002), 4 All ER 689].

Le fait qu'actuellement il ne soit pas possible de connaître l'influence de cette interprétation restrictive de la *common mistake* sur les juridictions de la Caraïbe peut constituer un facteur important à prendre en compte pour les parties au moment de décider quelle configuration de l'erreur choisir parmi celles proposées par les présents Principes.

L'erreur est également régie, avec des conditions similaires, dans la section 152.1 du *Restatement Second of Contracts*. L'erreur commune est également considérée comme importante par le droit néerlandais et surinamais (paragraphe 1 de l'article 6:228 du code civil), mais seulement en tant que ligne de départ, car il établit de nombreuses et importantes exceptions. Les systèmes romanistes ne conditionnent pas spécifiquement l'erreur commune à l'annulation du contrat. Toutefois, il existe une tendance à retenir l'existence d'une erreur commune dans le concept de l'erreur essentielle.

Vu que les motifs subjectifs qui conduisent les parties à conclure le contrat ne sont pas habituellement explicités et ne peuvent faire l'objet d'une erreur commune, la règle sur l'erreur posée par les présents Principes ne permet pas d'attribuer de valeur à l'erreur portant sur de tels motifs subjectifs. Cette conséquence non seulement répond au besoin de sécurité des échanges commerciaux, mais en outre concilie pleinement les systèmes de la Caraïbe entre eux. Cependant, les présents Principes n'empêchent pas d'accorder une importance aux motifs exprimés ou connus par les deux parties au moment de la conclusion du contrat. Dans ce cas, il s'agira d'une erreur commune sur les motifs, ou d'une erreur reconnaissable. Si l'acheteur se trompe en évaluant le tableau ayant appartenu à ses ancêtres, il n'y a pas d'erreur susceptible d'ouvrir un droit à annulation, car les motifs subjectifs ne sont pas ici pertinents. Toutefois, si le motif exprimé, et connu de l'autre partie, fait que celle-ci s'aperçoit de l'erreur ou aurait dû s'en apercevoir, alors le motif acquiert une pertinence causale qui ouvre droit aux conséquences de l'erreur. Bien que les dispositions légales relatives à l'erreur sur le motif ne soient pas fréquentes, les travaux législatifs préliminaires en droit français contiennent une règle qui offre une solution similaire (article 42 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013).

5. Connaissance de l'erreur et devoir d'information

À l'instar des textes les plus avancés en matière d'unification du droit des contrats [article 3.2.2 (1) (a) PU ; article 4:103 (1) (a) (ii) PECL ; article II-7:201 (1) (b) (ii) DCFR ; article 48 (1) (b) (iii) CESL], les Principes OHADAC reconnaissent le droit d'annuler le contrat pour une erreur essentielle dès lors qu'elle a été connue ou aurait pu être connue par l'autre partie. En dehors des cas d'erreur provoquée et d'erreur commune, si l'erreur n'était pas connue et ne pouvait être connue, le droit à l'annulation du contrat s'avère moins sûr. La règle portant sur le caractère reconnaissable de l'erreur implique un devoir implicite de se dégager de l'erreur dans laquelle se trouve l'autre partie, si celle-ci était en situation d'en informer l'autre partie et qu'elle ne l'a pas fait, elle doit assumer les conséquences de l'annulation du contrat. Alors que dans l'erreur provoquée il faut identifier un devoir d'information établi par la loi, et ce devoir n'existe pas sur le plan légal, même s'il peut figurer au titre des usages commerciaux par exemple.

Dans les systèmes de *common law* certains précédents ont consacré la *unilateral mistake*. Il convient de mentionner l'erreur qui s'est produite lors de la conclusion du contrat de vente de fruits par les parties pour un prix déterminé au poids (la livre), alors que l'autre partie se référait à ce prix mais à la pièce. Conformément à l'application de la coutume habituelle en matière commerciale, qui correspondait au mode de conclusion des négociations, le contrat a été déclaré nul [*Hartog v Colin and Shields* (1939), 3 All ER 566 ; *Webster v Cecil* (1861), 54 ER 812]. Il résulte de ces décisions que la déclaration de nullité provient du fait que l'autre partie qui ne s'est pas trompée connaissait, ou du moins, aurait dû connaître l'erreur de l'autre.

Outre les cas où l'erreur peut être manifeste, l'application de cette règle pose la difficulté de savoir quel volume d'information doit être communiqué. Pour définir ce volume d'information, les textes d'unification du droit des contrats ont recours à des éléments distincts. Alors que la CESL se réfère aux devoirs d'information exigés pour « le principe de bonne foi et de loyauté », les PU qualifient ces devoirs de « contraire[s] aux exigences de la bonne foi en matière commerciale ». Les PECL, quant à eux, traitent directement d'une attitude silencieuse « contraire aux exigences de la bonne foi » et le DCFR prend aussi en compte la « *good faith* » et la « *fair dealing* ». Les Principes OHADAC optent également pour un concept juridique fondé sur les exigences en matière commerciale et, de ce fait, requiert la prise en compte des devoirs d'information découlant de la loyauté contractuelle propre aux usages commerciaux.

Les présents Principes n'ignorent pas que cette proposition de réglementation constitue une innovation importante pour les opérateurs habitués aux systèmes de la

Caraïbe relevant de la *common law*, et au titre desquels, sauf dans les cas exceptionnels, la *mistake* ou *misrepresentation* n'incluent pas les cas où les parties ont omis de mentionner les éléments contractuels importants, ni les cas de dissimulation. Dans ces systèmes, il n'existe pas de devoir des parties de s'informer mutuellement des faits essentiels relatifs au contrat. En effet, en application de la règle *caveat emptor*, le vendeur n'est pas tenu de révéler les défauts dans la qualité de la terre ou des marchandises qu'il est en train de vendre [*Keates v Lord Cadogan* (1851), 138 ER 234 ; *Smith v Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597]. Il n'existe pas non plus de relation de confiance entre l'acheteur et le vendeur pendant la négociation du contrat de laquelle peut découler un devoir d'information, de sorte que la réticence à informer l'autre partie ne peut pas être considérée comme une fraude [*Walters v Morgan* (1861), LR 2 Ch App 21]. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le silence a été considéré comme étant une *misrepresentation*, tout particulièrement dans les contrats *uberrimae fidei* comme l'assurance. Dans le droit nord-américain de la *misrepresentation*, le silence et la dissimulation d'information sont seulement considérés comme une *representation* dans les cas exceptionnels mentionnés par la section 161 du *Restatement Second of Contracts*, et ce pour fondamentalement éviter que des déclarations précédentes ne puissent amener à conclure un contrat vicié par l'erreur. La situation est différente dans les systèmes romano-germaniques où la jurisprudence a pour habitude de reconnaître l'existence d'un devoir d'information réciproque au moment de conclure le contrat, malgré quelques limites.

Au regard de ces différences de critère notable entre les systèmes de *common law* et les systèmes romano-germaniques, dès lors que les opérateurs préféreront choisir un régime de l'erreur plus approprié aux traditions juridiques de la *common law*, il leur est conseillé d'insérer une clause à leur contrat dans les termes mentionnés à la fin du commentaire du présent article et dont l'objectif est de désactiver la nullité du contrat en cas d'erreur connue ou reconnaissable par l'autre partie, cette partie n'étant pas tenue légalement d'informer l'autre de l'existence de cette erreur.

6. Exceptions au droit d'annulation du contrat

Malgré l'existence d'une erreur essentielle, et l'une quelconque des circonstances mentionnées dans le paragraphe premier de la présente disposition (erreur provoquée, erreur commune et erreur connue ou reconnaissable), l'annulation du contrat ne pourra pas intervenir si la victime de l'erreur n'a pas effectué les diligences requises pour sa reconnaissance, à savoir, dans le cas d'une erreur inexcusable.

Dans les systèmes romano-germaniques, l'annulation du contrat est habituellement écartée en cas d'erreur inexcusable. Le caractère excusable de l'erreur, comme

condition nécessaire pour provoquer l'annulation, n'est pas toujours consacré légalement (à l'exception de l'article 1.146 du code civil vénézuélien). En droit français cette condition a été consacrée par la jurisprudence au titre de l'application de l'erreur comme vice de consentement. La condition, toutefois, apparaît à l'article 39 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Selon la théorie du caractère inexcusable de l'erreur, chacune des parties doit s'informer et défendre ses intérêts, sans avoir à réclamer la protection de la loi ou des juges en toute circonstance. Aussi, chacune des parties est tenue de s'informer sur les éléments déterminants à la conclusion du contrat. Actuellement, il semble y avoir un certain consensus jurisprudentiel pour considérer que l'erreur inexcusable ne repose pas obligatoirement sur une grande négligence (faute grossière), et qu'une négligence normale suffit. Pour répondre à la question de savoir si l'erreur est ou non excusable, il est habituel de se référer, surtout, à l'âge, la profession et l'expérience professionnelle de la partie.

Dans les systèmes de *common law*, le concept de faute de la victime remplit une fonction similaire permettant d'annuler le contrat vicié par erreur. La faute de la victime apparaît comme raison susceptible de faire obstacle à l'annulation tant dans les décisions des systèmes de la Caraïbe [arrêt de la *Court of Appeal* d'Anguilla dans l'affaire *Dammer v Wallace* (1993), ECS (Anguilla) Civ App n° 1 de 1991, Carilaw al 1993 CA 3] que dans les dispositions relatives à l'erreur [section 157 du *Restatement Second of Contracts*]. Dans les textes d'unification du droit des contrats, la faute grave de la victime de l'erreur ou de l'erreur inexcusable est également une cause limitant la possibilité d'annuler le contrat [article 3.2.2. (2) (a) PU ; article 4:103 (2) (a) PECL ; article II-7:201 (2) (a) DCFR].

Les présents Principes retiennent, comme deuxième exception au droit d'annuler le contrat, le cas où la victime de l'erreur a assumé ou aurait dû assumer le risque de l'erreur. L'expression de cette exception fait entrer les présents Principes dans les textes les plus évolués en matière du régime de l'erreur, qui figurent dans les textes internationaux d'unification du droit des contrats [article 3.2.2 (2) (b) PU ; article 4:103 (2) (b) PECL ; article II-7:201 (2) (b) DCFR ; article 48 (2) CESL]. La règle fonctionne si l'erreur est considérée comme étant un problème de répartition du risque et que dans cette répartition de multiples critères vont entrer en ligne de compte. Le risque de l'erreur peut être attribué à la partie qui en est victime, au regard des engagements pris par les contractants, et ce conformément aussi aux usages dans le commerce. Il est de plus possible de tenir compte d'autres critères, comme la qualité de la victime de l'erreur (expert, tenu de s'informer, etc.). La règle figure expressément mentionnée

à l'article 6:228 des codes civils néerlandais et surinamais. Dans les systèmes se trouvant dans la sphère de la *common law*, il existe également des dispositions qui répondent à ces critères (section 154 du *Restatement Second of Contracts*).

CLAUSES SUR L'ERREUR

Exclusion de l'erreur de droit

« Aucune partie ne pourra invoquer, comme cause de nullité du présent contrat ou de l'une quelconque de ses clauses, une erreur relative au droit ou à des règles juridiques. »

Exclusion du devoir d'information en matière commerciale

« Les parties renoncent à leur droit d'annuler le contrat ou l'une quelconque de ses clauses pour erreur conformément aux dispositions de l'article 3.4.3, paragraphe 1, c), des Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international et qui régissent le présent contrat. »

Article 3.4.4 : Erreur dans l'expression

Le régime de l'erreur, contenu dans le précédent article, est applicable aux cas d'erreur ou d'inexactitude d'expression ou de transmission d'une déclaration, sans préjudice de l'application des règles d'interprétation du contrat de la section 1 du chapitre 4 des présents Principes.

COMMENTAIRE

1. Application du régime général de l'erreur

Les présents Principes n'établissent aucune solution spéciale pour le traitement de l'erreur dans la déclaration, de ce fait le régime applicable est celui de l'article précédent. Cela ne préjuge pas, toutefois, de la possibilité de traiter l'erreur comme

étant la conséquence de l'application des critères d'interprétation du contrat établis dans la section première du chapitre 4 des présents Principes.

L'application du régime général de l'erreur dans la déclaration ne répond pas à la majorité des traditions juridiques dans les pays de la Caraïbe, dont les fondements, au moins à l'origine, dépendent également des mêmes conceptions volontaristes qui ont ancré la configuration des systèmes. Les systèmes romano-germaniques partent également de la distinction entre l'erreur par vice et l'erreur dans la déclaration ou l'erreur obstacle. Alors que la première permet l'annulation du contrat, seulement sous certaines conditions (p. ex. erreur essentielle, erreur commune, erreur inexcusable), et dès lors que la deuxième erreur intervient, le contrat est automatiquement considéré comme nul ou inexistant par manque de volonté suffisante pour parvenir à sa conclusion.

L'évolution des systèmes, surtout au travers de la pratique des juridictions, a permis de relever combien était inopérant le fait d'empêcher de recourir aux exceptions à l'annulation contenues dans le régime de l'erreur par vice. Outre le fait que les résultats peuvent s'avérer manifestement injustes, la diversité de traitement pour l'une ou l'autre erreur entraîne dans la pratique des problèmes de qualification délicats. Si un vendeur, par erreur, indique le mauvais prix sur un article au moment d'émettre son offre, il s'agit d'une erreur de déclaration et le vendeur pourra opposer l'erreur obstacle afin de demander la nullité du contrat. Par contre, si l'erreur n'est pas intervenue seulement au moment d'indiquer le prix du produit, mais avant lors de la phase de la préparation de l'offre, par une erreur de calcul préalable, et que l'erreur n'a pas été détectée au moment de l'offre, le contrat pourra être annulé sous certaines conditions.

Les difficultés au moment de faire ce type d'appréciations ont démontré la nécessité de soumettre le régime de l'erreur de déclaration à des modèles plus souples, permettant d'insérer des cas relatifs à la théorie du risque. Cela permettrait de se référer davantage au fait de savoir si celui qui a émis l'offre a assumé le risque que le prix ne soit pas calculé correctement, autrement dit si permettre à l'autre partie de demander l'exécution du contrat pourrait être considéré comme contraire à la bonne foi, plutôt que de se référer au moment où l'erreur s'est produite.

D'autre part, les textes sur l'unification du droit des contrats retiennent clairement cette tendance. En effet, ils renvoient le régime de l'erreur de déclaration au régime général de l'erreur, en l'appliquant à la personne qui a commis l'erreur d'expression ou de déclaration (article 3.2.3 PU ; article 4:104 PECL ; article II-7:202 DCFR article 48.3 CESL).

2. Application des règles relatives à l'interprétation du contrat

Le dernier paragraphe de la disposition commentée a pour objet de rappeler que l'erreur de déclaration peut être résolue à travers l'application des règles relatives à l'interprétation du contrat qui figurent dans la section première du chapitre 4 des présents Principes. Il n'est pas fréquent que les législateurs prennent en compte expressément la relation entre le régime de l'erreur de déclaration et le régime de l'interprétation du contrat. La relation, toutefois, s'avère évidente puisque si au travers de l'interprétation du contrat il est possible de dissiper l'erreur, il n'y a pas lieu à annuler le contrat car l'erreur a cessé d'exister. Il est plus aisé de parvenir à cette conclusion quand l'interprétation adopte un critère tendant à connaître les intentions des parties. Mais également quand il s'agit de suivre un critère objectif, où la volonté et la déclaration sont séparées, et quand il s'agit de conférer du sens à la déclaration au regard du sens spécifique, selon le moyen par lequel la déclaration a été faite.

Les règles de l'interprétation de la section première du chapitre 4 permettent de résoudre quelques problèmes d'erreur de déclaration. Selon la première règle, *in claris non fit interpretatio*, un terme ne sera pas considéré comme étant clair si à la lumière du contexte du contrat il apparaît que ce terme ou cette expression obéit à une erreur manifeste. La règle de l'interprétation de l'article 4.1.2 opte pour une interprétation objective, par laquelle les intentions des parties, connues ou devant l'être, sont tout de même prises en compte. Si l'intention de la partie victime de l'erreur était connue de l'autre partie, cette règle de l'interprétation permet de résoudre le problème de l'erreur de déclaration, en remodelant le contrat conformément à la volonté de la partie qui a été lésée. Dès lors que des critères objectifs purs seront applicables pour interpréter le contrat, il sera possible de connaître le contenu du contrat et de déterminer s'il a eu erreur de déclaration.

Les solutions apportées à l'erreur de calcul ou de compte par certains codes de la Caraïbe, qui ne confèrent pas le droit à l'annulation du contrat mais simplement à sa rectification (article 1.016 du code civil costaricain ; article 1.557 du code civil hondurien ; article 1.814 du code civil mexicain ; article 2.456 du code civil nicaraguayen), sont guidés par la même règle que celle retenue par les présents Principes, dans le sens où ils donnent à ce type d'erreur une solution qui répond davantage à celles de type interprétatif.

Les règles de la *common law* ne permettent pas de contester le contrat quand une erreur de déclaration a été commise. Toutefois, les règles de l'*equity* offrent des recours dans le cas où un accord passé par écrit ne reflèterait pas la volonté des parties. Dans ce type de situations, il y a des cas où le droit, non pas à l'annulation,

mais à la rectification du contrat a été reconnu afin de le mettre en harmonie avec l'accord réellement obtenu [*Oyadiran v Bagget* (1962), LLR 96 ; arrêt de la *High Court* de Saint-Vincent-et-les-Grenadines dans l'affaire *Gonsalves v Cordice* (2012), n° 339 de 2006]. L'affaire qui est habituellement mentionnée comme référence sur la doctrine de la rectification [*Craddock Brothers v Hunt*, (1923) 2 Ch. 136], en l'espèce, alors que les parties avaient convenu verbalement, pour la vente d'un immeuble, d'exclure du contrat une cour attenante à la propriété, par erreur, dans l'acte de vente il a été indiqué que la cour faisait partie de la chose vendue. Sur ce point, et conformément aux dispositions ordinaires en matière de *common mistake*, rien ne peut être fait car il ne s'agit pas d'une erreur qui porte sur un élément fondamental du contrat. Toutefois, la *Chancery Court* a décidé que le contenu du contrat devait être rectifié, conformément à l'accord passé et à la volonté réelle des parties. La rectification, en général, n'est possible qu'en présence d'une erreur commune. Mais il y a eu, tout de même, des affaires où elle a été reconnue dans les cas d'*unilateral mistake* dès lors que l'autre partie a reconnu l'erreur et qu'elle a pu en tirer profit [*Roberts v Leicestershire County Council* (1961), 2 All ER 545]. En droit nord-américain, la règle de la rectification est également visée dans la section 155 du *Restatement Second of Contracts*.

Les présents Principes optent pour soumettre l'erreur de compte au régime de l'erreur de déclaration. De la sorte, d'une part, le régime est simplifié car il n'impose pas de vérifier à quel moment l'erreur est intervenue, si c'est au moment du calcul préalable ou au moment de faire la déclaration. D'autre part, la solution proposée n'est pas violente par rapport aux solutions mentionnées, car si la rectification est la solution qui se dégage de l'application des critères d'interprétation, alors elle aura lieu.

Article 3.4.5 : Extinction du droit d'annuler le contrat

- 1. Le droit d'annuler le contrat s'éteint si, alors que la partie victime de l'erreur n'a pas annulé le contrat, l'autre partie lui notifie sa volonté d'exécuter le contrat ou l'exécute tel que l'entendait la victime de l'erreur. La notification doit intervenir sans délai après avoir eu connaissance de l'erreur. Le contrat est alors réputé avoir été conclu dans ces derniers termes.**
- 2. La notification de l'annulation fondée sur une erreur demeure sans effet si l'autre partie notifie**

immédiatement qu'elle est prête à accomplir le contrat tel que l'entendait la victime de l'erreur. Le contrat est alors réputé avoir été conclu dans ces derniers termes.

COMMENTAIRE

1. Raison d'être de la perte du droit d'annuler le contrat par erreur

La présente disposition vise les cas où, malgré l'existence d'une erreur en vertu de l'article 3.4.3, la partie victime de l'erreur perd le droit d'annuler le contrat. Cette disposition se fonde sur le fait que, au regard de nouvelles circonstances, la victime de l'erreur n'a plus de raison de faire l'objet de protection. Ces nouvelles circonstances interviennent dès lors que le contenu du contrat conclu correspond à ce qui avait été convenu ou à ce que la partie victime de l'erreur avait pu croire lors de la conclusion. Dans cette situation, la partie victime n'a plus de légitimité pour se désengager du contrat en déclarant par notification que le contrat est annulé. La demande d'annulation se rapproche donc de l'abus de droit et à la doctrine relative à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, selon laquelle elle ne peut être protégée. Dès lors que le contenu du contrat correspond à ce dont la partie victime s'attendait, les présents Principes déplacent la protection juridique au profit de la partie qui souhaite conserver la situation juridique créée par le contrat. La présente disposition ne porte pas sur le contenu des règles impératives et met donc à disposition des parties une voie adaptée pour permettre son maintien.

La même solution existe dans la majorité des textes visant l'unification du droit des contrats, qui contiennent des dispositions dont l'objectif est de mettre des limites du même ordre au droit de la victime de l'erreur d'annuler le contrat [article 3.2.10 PU ; article 4:105 (1) et (2) PECL ; article II-7:203 (1) et (2) DCFR]. Peu de codes dans la Caraïbe laissent entrevoir une règle de ce type. Même si une règle reposant sur le même critère existe à l'article 1.149.2 du code civil vénézuélien.

Afin de ne pas empiéter sur la liberté contractuelle des parties, les Principes OHADAC ont renoncé à établir un régime applicable à une éventuelle adaptation du contrat dans le cas où les parties seraient tombées dans la même erreur. De telles situations sont soumises au régime général de l'erreur établi par l'article 3.4.3.

2. Procédure pour le maintien du contrat vicié par l'erreur

La disposition proposée s'articule sur la possibilité de connaître les termes sur lesquels s'était entendue la partie autorisée à annuler. Ce n'est que dans ce cas que la disposition proposée s'applique. S'il n'existe aucune certitude sur ce point, et que pour

clarifier le contenu contractuel il est nécessaire que les parties concluent un nouvel accord, cette disposition n'est par conséquent pas applicable.

Dans le cas où cela est possible, les présents Principes permettent le maintien du contrat, tel que l'entendait la partie victime de l'erreur, avant la notification de son annulation ou même une fois cette annulation réalisée. Avant cela, l'autre partie peut, une fois que l'erreur a été révélée, notifier sa volonté d'exécuter le contrat. De même, elle peut simplement exécuter le contrat dans les termes convenus et, dans ce cas, le contrat est modifié de la façon dont la partie victime de l'erreur l'avait envisagé. Toutefois, le maintien du contrat peut également avoir lieu alors que la notification de l'annulation a déjà été réalisée, si l'autre partie, sans délai, notifie sa volonté d'exécuter le contrat de la façon dont la partie victime de l'erreur l'avait envisagé.

Article 3.4.6 : *Dol*

Une partie peut annuler le contrat si elle a été induite en erreur, même non substantielle, du fait des manœuvres frauduleuses ou trompeuses de l'autre partie.

COMMENTAIRE

1. Fonction du régime du dol

L'insertion dans les présents Principes d'une disposition relative au dol comme vice du consentement doit être comprise au regard des paramètres méthodologiques décrits dans le commentaire du Préambule et de l'article 3.4.2. Vu le caractère impératif attribué au régime du dol par les systèmes de la Caraïbe, les présents Principes n'optent pas pour rendre inapplicable le régime établi par le droit national qui régit le contrat. La réglementation proposée par les présents Principes ne peut que se mouvoir dans les limites posées par les dispositions impératives des États, ce qui justifie qu'il n'y ait aucune intention d'établir un régime se substituant à celui des États et des territoires de la Caraïbe. La connaissance de ces marges pour l'autonomie de la volonté des opérateurs dans le domaine du dol permet une construction commune sur les aspects qui se situent hors de ces marges ce qui, dans la pratique, peut être d'une grande utilité pour les parties au contrat. La connaissance de ces marges permet, par exemple, de découvrir que la présente disposition est totalement fidèle aux systèmes de la Caraïbe ce qui permet à la partie victime de la tromperie d'annuler le contrat par le biais de la simple notification extrajudiciaire, tel que cela est prévu à l'article 3.5.1.

Le dol comme vice du consentement est connu dans les systèmes caribéens romano-germaniques (articles 1.515 et 1.516 du code civil et article 900 du code de commerce colombiens ; articles 1.020 du code civil costaricain ; article 71 du code civil cubain ; article 1.116 des codes civils dominicain et français ; articles 1.261 à 1.263 du code civil guatémaltèque ; article 909 du code civil haïtien ; article 3:44.3 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.560 et 1.561 du code civil hondurien ; articles 1.815 à 1.817 du code civil mexicain ; article 2.460 du code civil nicaraguayen ; articles 1.120 et 1.121 du code civil panaméen ; article 1.221 et 1.222 du code civil portoricain ; articles 1.154 du code civil vénézuélien). Dans les systèmes relevant de la tradition de la *common law*, il existe également une réglementation, qui est dans la majeure partie davantage de source jurisprudentielle que légale, sur la *misrepresentation* (article 2 de la *Law Reform Misrepresentation and Frustrated Contracts* de 1977 des Bermudes ; section 164 du *Restatement Second of Contracts*) et elle se trouve également dans les pays dans lesquels ont convergé les traditions anglaises et françaises (article 927 du code civil saint-lucien).

Dans la limite du caractère impératif du régime du dol dans les systèmes nationaux, l'insertion d'une telle disposition poursuit d'autres finalités. En premier lieu il s'agit d'empêcher qu'au moment de la formation du contrat des agissements se produisent afin de fausser la représentation de la réalité, comme la fourniture d'information inexacte dans le but de tromper ou l'omission de fournir une information importante. Les présents Principes visent également à contribuer à la comparaison des droits et à la promotion de la connaissance des systèmes de la Caraïbe, afin de faciliter l'application du régime du dol pour une partie des juges et des arbitres en situations contractuelles transfrontalières. De la sorte, l'effectivité du caractère impératif de ces règles est favorisée.

L'insertion du régime du dol recouvre un sens particulier dans les cas, qui peut-être sont résiduels, où les présents Principes sont considérés comme le régime du contrat. Cela arrivera, par exemple, si pour un litige dont est saisi un arbitre, les parties ont choisi les Principes OHADAC comme régime du contrat, et qu'il n'est pas prévu de s'en remettre au droit national. Dans ce type de situation, l'affirmation du caractère impératif du régime du dol posé par l'article 3.4.2 revêt toute son importance car les parties, si elles ont choisi l'application des présents Principes, au regard de l'autonomie de la volonté ne pourront pas écarter l'application de l'article 3.4.6.

2. Traitement des situations de dol dans les systèmes de la Caraïbe

Dans les systèmes de la Caraïbe, il existe des dispositions qui permettent à la partie victime de la tromperie d'annuler le contrat. Dans les systèmes romano-germaniques

de telles situations sont habituellement régies sous la dénomination « dol ». Dans le système cubain, il existe une variation terminologique et au lieu du terme dol est employé le terme « fraude » (article 71 du code civil cubain), mais les deux termes englobent les mêmes situations de tromperie contractuelle.

La tromperie contractuelle existe également dans la *misrepresentation* propre à la *common law*. La *misrepresentation* en soi et sans qualification est une institution de contenu plus large que le dol du fait qu'elle consiste à une fausse représentation de la réalité faite, de manière intentionnelle ou également une représentation négligente, voire innocente, par l'une des parties, de manière directe ou indirecte, c'est-à-dire soit personnellement pour elle-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers.

Parmi les cas de *misrepresentation*, il convient de distinguer celle qui est frauduleuse (*fraudulent*), celle qui est négligente (*negligent*) et celle qui est innocente (*innocent*). Une *misrepresentation* est frauduleuse dès lors qu'elle est faite de manière consciente, que son auteur connaît son absence de vérité et n'intervient pas suite à une simple omission mais bien de façon malhonnête avec l'intention de tromper [*Derry v Peek* (1889), 14 App Cas. 337 ; arrêt de la *Court of Appeal* de la Jamaïque dans l'affaire *Bevad Ltd Oman Ltd* (2008), Civ App n° 133 de 2005 (Carilaw JM 2008 CA 54)]. La *misrepresentation* négligente implique l'existence d'une relation spéciale entre les parties, de sorte que si l'une d'elles fait négligemment une déclaration susceptible d'entraîner la conclusion d'un contrat, sa responsabilité est alors engagée [*Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1963), 2 All ER 575 ; section 3 (1) du *Misrepresentation Act* (Ch 82:35) de Trinité-et-Tobago]. Une *misrepresentation* est innocente dès lors qu'elle n'est pas due à la faute de son auteur. Un contrat conclu suite à une *misrepresentation*, de l'une quelconque des catégories mentionnées, est annulable. Toutefois, les lois qui régissent la *misrepresentation* confèrent habituellement aux tribunaux le pouvoir d'écarter l'annulation du contrat et d'octroyer à la place une indemnisation. S'il y a *fraudulent misrepresentation*, le *representee* peut non seulement demander l'annulation du contrat, mais il a également le droit d'obtenir des dommages et intérêts en réparation de son préjudice du fait de la *misrepresentation*. Bien que les situations concernées par la *innocent misrepresentation* et la *negligent misrepresentation* puissent être ramenées au régime de l'erreur provoquée régie par l'article 3.4.3, les situations de *fraudulent misrepresentation* demeurent régies par la présente disposition.

Dans les systèmes de type néerlandais, la tromperie contractuelle (*fraud*) donne lieu également au droit d'annuler le contrat (article 3:44.3 des codes civils néerlandais et surinamais).

3. Situations considérées comme dol

Bien que tous les systèmes de la Caraïbe considèrent que la tromperie contractuelle peut constituer une cause d'annulation du contrat, il arrive parfois que les définitions de cette tromperie ne correspondent pas toujours entre elles. Le plus petit dénominateur commun porte sur l'existence d'un comportement frauduleux par l'un des contractants et l'effet que ce comportement provoque sur l'autre partie, c'est-à-dire son incitation à conclure le contrat.

Dans les systèmes romano-germaniques, le dol suppose d'induire en erreur par la tromperie. Le dol peut se produire moyennant des mots ou des actes. Mais également, le dol intervient par omission avec les mêmes effets que l'action dolosive. Certains codes de la Caraïbe font une référence expresse à ces deux variantes de la tromperie contractuelle (article 1.261 du code civil guatémaltèque ; article 1.815 du code civil mexicain). Dans d'autres cas, bien que les codes ne fassent référence qu'à l'action dolosive (article 1.560 du code civil hondurien ; article 1.120 du code civil panaméen ; article 1.221 du code civil portoricain), l'interprétation jurisprudentielle a introduit également le concept de dol par omission. Les systèmes juridiques dans la Caraïbe utilisent des critères distincts pour déterminer quel est le critère à employer pour déterminer ce qu'est une information appropriée. Afin de savoir s'il y a eu ou non tromperie par le fait de ne pas avoir fourni l'information nécessaire, les obligations en matière commerciale peuvent être prises en compte. Les systèmes issus du droit néerlandais répondent à ce même type de solution. L'article 3:44 des codes civils néerlandais et surinamais vise expressément le fait d'apporter intentionnellement une information inexacte et la dissimulation également intentionnelle de tout autre fait qui aurait dû être communiqué.

Dans la pratique, certaines situations peuvent se produire et mettre en doute qu'il s'agit d'une situation contractuelle de dol, car une information contractuelle importante peut avoir été omise, ou d'une situation contractuelle d'erreur connue ou reconnaissable car une obligation importante d'informer n'a pas été exécutée au regard de la loyauté dans les relations commerciales. Le cas du dol par omission, en effet, peut souvent coïncider avec celui de l'erreur reconnaissable. Dans le but de délimiter les deux figures (erreur reconnaissable et dol par omission) il convient de porter l'attention sur l'intention susceptible d'avoir provoqué ou non l'erreur et de vérifier l'existence de la tromperie. Cette difficulté disparaît si les parties insèrent la clause qui est recommandée et qui rend inapplicable l'article 3.4.3, paragraphe 1, c).

Dans les systèmes de *common law*, ce type de problèmes de délimitation ne se pose pas. En règle générale, le silence n'est pas considéré comme *representation*, et le

simple fait de découvrir la réalité fait qu'il n'existe pas de *fraudulent misrepresentation*. [*Keates v Lord Cadogan* (1851), 138 ER 234 ; *Walters v Morgan* (1861), LR 2 Ch App 21 ; section 161 du *Restatement Second of Contracts*]. La *misrepresentation* a lieu dès lors que, de façon active, il est créé une fausse image de la réalité avec l'intention de tromper l'autre contractant. Le comportement dolosif par omission, dû au silence fait autour de l'information requise ou importante, n'est admis qu'à titre exceptionnel. Conformément à la configuration de la *misrepresentation*, celle-ci n'est pas constituée par le seul fait d'occulter l'information si elle ne relève pas d'une obligation légale. En accord avec cette règle, il convient de souligner que dans les travaux législatifs préliminaires qui sont en cours en droit français, les omissions dolosives sont circonscrites également aux cas de non-accomplissement du devoir d'information légale (article 44 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations).

4. Dol pertinent pour annuler le contrat

Le dol ou la tromperie contractuelle ne comporte pas toujours l'annulation du contrat. Nombre de systèmes de la Caraïbe associent l'effet de l'annulation du contrat exclusivement à la tromperie qui revêt une gravité particulière, et sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu. À l'instar du droit français (article 1.116 des codes civils français et dominicain), nombre de systèmes de la Caraïbe dépendent également de la distinction entre le dol *causam dans* et le *dolus incidens*. Alors que le premier ouvre la possibilité d'annuler le contrat, le second ouvre seulement droit à l'indemnisation du préjudice (p. ex. article 1.515 du code civil colombien ; article 1.020 du code civil costaricain ; article 73 du code civil cubain ; article 1.116 des codes civils dominicain et français ; article 909 du code civil haïtien ; article 1.561 du code civil hondurien ; article 1.816 du code civil mexicain ; article 2.466 du code civil nicaraguayen ; article 927 du code civil saint-lucien ; article 1.154 du code civil vénézuélien). Bien que cette distinction ne figure pas dans la *common law*, pour ces systèmes l'annulation du contrat n'est possible que si la représentation, ayant conduit à la tromperie, a été déterminante au moment de la prestation du consentement (section 164 du *Restatement Second of Contracts*).

De même, dans les systèmes issus du droit néerlandais, seule la *fraud* déterminante de la conclusion du contrat constitue un motif d'annulation (article 3:44 du code civil néerlandais). Au contraire, les déclarations portant sur les termes généraux, même si elles s'avèrent erronées, ne constituent pas en soi une *fraud*. Dans ce sens, l'article 1.821 du code civil mexicain dispose que « les considérations générales exposées par les contractants sur les profits et préjudices qui naturellement peuvent émaner de la

conclusion ou non du contrat, et qui n'emportent pas tromperie ou menace pour l'une des parties, ne pourront être considérées comme constitutives de dol ou de violence ».

De plus, pour que le dol puisse conduire à annuler le contrat, il faut qu'il ait été causé par les deux parties au contrat (article 1.020 du code civil costaricain ; article 1.261 du code civil guatémaltèque ; article 1.561 du code civil hondurien ; articles 1.816 et 1.817 du code civil mexicain ; article 2.460 du code civil nicaraguayen ; article 1.121 du code civil panaméen ; article 1.222 du code civil portoricain ; article 927 du code civil saint-lucien ; article 1.154 du code civil vénézuélien).

5. Marges quant à l'autonomie de la volonté dans la réglementation du dol

Les présents Principes prévoient que la partie qui subit la tromperie peut annuler le contrat par simple notification. Cette conséquence juridique s'avère pleinement compatible avec le régime juridique impératif qui est établi pour le dol, le *fraud* et la *fraudulent misrepresentation* dans les systèmes de la Caraïbe.

D'autre part, le caractère partiellement dispositif du régime du dol dans les Principes OHADAC contraste avec la tendance des textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats (article 3.2.5 PU ; article 4:107 PECL ; article II-7:205 DCFR ; article 49 CESL). Les Principes OHADAC ont opté pour un plus grand respect des traditions juridiques, en rendant possible également une certaine convergence entre le régime juridique du dol par le biais de l'emploi de l'autonomie matérielle. Dans la mesure où ils ne se trouvent pas en contradiction avec les normes impératives régulatrices du dol, les présents Principes permettent aux parties d'ajouter du contenu à la tromperie contractuelle, principalement pour ce qui concerne la dissimulation d'information susceptible d'être importante et contraire à la bonne foi et à la loyauté dans les relations commerciales. À cette fin, la clause suivante est proposée :

Clause d'extension du dol

« Les parties conviennent que parmi les situations de tromperie importante pouvant conduire à l'annulation du contrat, sont incluses non seulement les actions positives mais également les cas d'omission de communiquer, préalablement à la conclusion du contrat, l'information qui s'avère conforme aux exigences de la bonne foi et de la loyauté dans les relations commerciales. »

Article 3.4.7 : Contrainte

- 1. Une partie peut annuler le contrat si elle a été contrainte par l'autre partie à sa conclusion par la menace injustifiée d'un dommage imminent et grave.**
- 2. Une menace est injustifiée lorsque l'acte ou l'omission, dont une partie est menacée, est en soi illicite ou qu'est illicite le recours à une telle menace en vue d'obtenir la conclusion du contrat.**

COMMENTAIRE

L'insertion dans les présents Principes d'une disposition relative à la contrainte comme vice du consentement est, tout comme le dol et la tromperie contractuelle, conditionnée par le caractère impératif que les systèmes nationaux dans la Caraïbe réservent habituellement à ce régime. Pour le cas où les parties auront choisi les présents Principes pour régir les clauses de leur contrat, les dispositions sur la contrainte ne pourront pas être modifiées par accord entre les parties. Tout comme c'est le cas des autres clauses contractuelles, les présents Principes n'ont pas d'incidence sur le régime impératif de la contrainte tel que prévu par la loi applicable au contrat. De ce fait, la contrainte telle qu'elle figure dans les présents Principes n'a pas l'intention d'établir un véritable régime juridique issu de l'analyse des lignes de convergence des systèmes de la Caraïbe. L'insertion de la présente disposition dans les présents Principes poursuit les mêmes finalités que celles décrites pour le régime du dol ou de la tromperie contractuelle dans le commentaire de l'article précédent.

En premier lieu, les systèmes caribéens s'accordent pour permettre l'annulation du contrat dès lors qu'il y a violence, force ou contrainte. Sous ces dénominations deux types de situation peuvent se présenter et au travers desquelles une pression est exercée sur le cocontractant. La première consiste à administrer une violence physique absolue, qui prive totalement la partie de sa liberté, comme c'est le cas quand quelqu'un met sa griffe en bas d'un contrat parce que l'autre lui tient la main ou le force à le faire. Comme cela a déjà été indiqué, le traitement de ces situations par les présents Principes relève de l'article 3.1.1, puisque dans de ces cas de consentement vicié plus que d'autres, il convient de parler de défaut absolu de consentement.

Hormis ce cas, la pression exercée sur le cocontractant relèvera normalement de la contrainte. La contrainte comporte un avertissement sur un dommage futur, qu'il soit

physique, économique ou moral que le sujet, dans le cas où il ne conclurait par le contrat, devra supporter. Par ce biais, s'exerce une pression psychologique visant à obtenir la conclusion du contrat et sa conclusion apparaît comme le moyen d'éviter ce dommage (article 72 du code civil cubain ; article 1.513 du code civil colombien ; articles 1.018 et 1.019 du code civil costaricain ; article 1.112 des codes civils dominicain et français ; article 1.265 du code civil guatémaltèque ; articles 906 et 907 du code civil haïtien ; article 1.558 du code civil hondurien ; article 2.468 du code civil nicaraguayen ; article 1.219 du code civil portoricain ; articles 928 à 933 du code civil saint-lucien).

Les éléments communs figurant dans ces codes pour le régime de la contrainte sont les suivants : en premier lieu, la contrainte doit produire sur l'un des contractants une peur rationnelle et fondée sur un dommage imminent et grave. Ce dommage imminent et grave ne doit pas provenir de la survenance d'évènement, mais de l'acte du cocontractant qui le menace ou qui le contrôle lui-même. Cet acte menaçant doit soit être en soi illicite (provoquer la mort ou des blessures), soit être illicite de par le moyen permettant d'obtenir le consentement (dénoncer un délit). Bien que tous les systèmes ne contiennent pas une règle à ce sujet, il est évident que l'exercice normal d'un droit ne peut pas être considéré comme une contrainte (article 1.267 du code civil guatémaltèque).

En deuxième lieu, tous les codes exigent que la menace sur le cocontractant, ou sur toute personne avec laquelle il a un lien, soit imminente et grave. Toutefois, les codes ne posent pas tous le même critère. Les différents codes se réfèrent à la personne ou aux biens du cocontractant, à la personne ou aux biens de son conjoint, de ses descendants ou ascendants. D'autres mentionnent la partie au contrat, son conjoint ou tout ascendant ou descendant. De même, la personne ou l'honneur du cocontractant, ou celui de son conjoint ou de son concubin, de ses ascendants, descendants ou frères et sœurs, étant entendu que le juge pourra l'étendre à toute autre personne (1.265 du code civil guatémaltèque ; et de même, excluant les frères et sœurs, article 2.464 du code civil nicaraguayen et article 1.152 du code civil vénézuélien). Le code civil cubain se détache par une formule plus générale qui inclut la menace sur la vie, l'honneur ou le patrimoine de la partie ou de tout tiers (article 72). Le code civil mexicain est plus précis car il considère que sont des menaces graves celles qui mettent en danger la vie, l'honneur, la liberté, la santé ou une part importante des biens du cocontractant, de son conjoint, de ses ascendants, de ses descendants ou de ses collatéraux jusqu'au deuxième degré (article 1.819).

En troisième lieu, la contrainte doit être en adéquation avec la capacité de la victime. Pour être qualifié de contrainte il faut tenir compte de l'âge et de la condition de la personne (article 73 du code civil cubain ; article 1.118 du code civil panaméen) ainsi que de son sexe (article 1.513 du code civil colombien ; article 1.018 du code civil costaricain ; article 1.112 des codes civils dominicain et français ; article 1.558 du code civil hondurien ; article 2.458 du code civil nicaraguayen). Auxquels le droit guatémaltèque ajoute d'autres circonstances susceptibles d'avoir une incidence (article 1.266 du code civil guatémaltèque).

Enfin, la peur de décevoir les personnes auxquelles soumission et respect sont dus n'est pas un motif d'annulation du contrat (article 1.268 du code civil guatémaltèque ; article 907 du code civil haïtien ; article 1.558 du code civil hondurien ; article 1.820 du code civil mexicain ; article 2.465 du code civil nicaraguayen ; article 1.153 du code civil vénézuélien). La même solution est retenue, bien que de manière plus restreinte, dans l'article 1.114 du code civil dominicain qui suit l'article 1.114 du code civil français. Nonobstant, même si les deux articles excluent l'annulation du contrat seulement si la menace provient du père, de la mère ou de tout autre ascendant, il convient tout de même de plaider pour une interprétation large de la disposition.

Les systèmes qui suivent le droit néerlandais contiennent des critères similaires en général. Conformément à l'article 3:44 du code civil néerlandais, la contrainte comprend la menace illicite exercée sur la personne du contractant ou sur un tiers, y compris sur leurs biens. À la différence des codes issus du droit espagnol, le droit néerlandais apprécie l'influence de façon objective de sorte que pour déterminer s'il est possible d'annuler le contrat, il faudra prendre en compte l'impact qu'aurait eu la contrainte sur une personne raisonnable.

Dans les systèmes de *common law*, il existe le concept de *duress*. Il consiste à exiger que la violence par menace ou contrainte exercée sur l'un des contractants provoque la crainte de subir un dommage sur sa propre personne ou sur celle de son conjoint, enfant ou autre parent et qu'elle ait permis d'obtenir la conclusion du contrat. Tout particulièrement, il faut que la contrainte ou la menace porte sur l'intégrité physique ou la liberté de la personne [*Barton v Armstrong* [(975), 2 All ER 465].

Bien qu'à l'origine, la *duress* ne pouvait pas être appliquée à une menace de type économique, qui porte uniquement sur les biens [*Atlee v Backhouse* (1838), 3 M & W 633, 650 ; *Skeate v Beale* (1840), 11 Ad. & El. 983], plus récemment, un élargissement jurisprudentiel a reconnu aussi la *duress of goods*, qui permet d'annuler le contrat dès lors qu'il a été conclu sous menace d'un préjudice économique [*B&S Contracts and Design Ltd v Victor Green Publications Ltd* (1984), ICR 419 ; *Atlas Express Ltd v Kafko*

Ltd (1989), 1 All E.R. 641 ; *D&C Builders Ltd vV Rees* (1965), 3 All ER 837 ; *Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974), 3 All ER 757 ; *Ting v Borelli* (2010), 79 WIR 204]. La prise en compte de l'aspect économique pour la *duress* suppose la nécessité de délimiter ce concept de celui de l'*inequality of bargaining power* et de la *undue influence* [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Stechers Ltd v Cheesman* (1977), n° 2614 de 1972 (Carilaw TT 1977 HC 66) ; arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *National Bank v Lehtinen* (1992), n° 1410 de 1988 (Carilaw BB 1992 HC 38)], ce qui n'est pas toujours aisé vu les décisions qui ont appliquées aux trois principes à la fois [*Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974), 3 All ER 757].

D'autre part, pour que la *duress* soit retenue, il faut également que la contrainte soit illicite, c'est-à-dire qu'il doit s'agir de la menace portant sur un acte illicite, pénal ou civil. Par conséquent, en règle générale, la menace d'exercer un droit ne peut pas constituer une *duress*. Dans ce sens, est considérée comme étant une *duress* la menace d'une séquestration, mais pas celle d'un emprisonnement légal. Ainsi, un contrat conclu sous la menace d'une dénonciation pour crime qui avait, effectivement, été commis ne constitue pas une *duress* [*Fisher & Co v Apollinaris Co* (1875), 10 Ch. App. 297]. Et ce sera la même chose, si une personne est menacée d'être assignée pour un acte illicite de nature civile.

Les présents Principes n'ont pas pour objectif de construire un régime de la contrainte pour vice du consentement. De ce fait, ils se distinguent des textes ayant jusqu'à présent unifié le droit des contrats (article 3.2.6 PU ; article 4:108 PECL ; article II-7:206 DCFR ; article 50 CESL).

Conformément aux systèmes susmentionnés, les situations contractuelles présentant un vice du consentement par contrainte, les présents Principes permettent à la victime d'annuler le contrat en agissant sur le terrain qui reste soumis à la volonté des parties. Les présents Principes permettent à la victime du vice de se désengager au moyen d'une notification en annulation de type extrajudiciaire.

Article 3.4.8 : *Abus de faiblesse ou de dépendance*

- 1. Une partie peut annuler le contrat ou l'une de ses clauses si, lors de sa conclusion, l'autre partie a abusé de la situation de confiance ou de dépendance entre les parties, ou de l'ignorance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins ou de l'inexpérience de l'autre partie.**

2. L'annulation n'est possible que si l'auteur de l'abus connaissait ou aurait dû connaître la situation, et s'il a profité de cette situation, provoquant un préjudice excessif pour l'autre partie.

COMMENTAIRE

1. La *undue influence* dans les systèmes de la Caraïbe et dans les textes d'unification du droit des contrats

Les présents Principes optent pour inclure dans les vices du consentement l'abus de faiblesse et de dépendance. La définition des contours de cette institution provient principalement de la doctrine de la *undue influence* connue dans les pays de *common law*. À travers cette institution se profile la juridiction de l'équité comme vices du consentement de la *mistake*, la *misrepresentation* et la *duress*. La présente disposition vise à éviter que l'un des contractants ne puisse profiter de la relation de confiance ou de l'état de dépendance ou de nécessité de l'autre partie, dont la volonté se trouve de ce fait affaiblie, pour conclure le contrat. Si tel est le cas, le contrat pourra être annulé.

La *undue influence* émane du droit nord-américain et de la section 177 du *Restatement Second of Contracts*. En marge des pays et des territoires de *common law*, elle a été naturalisée dans les systèmes issus du droit néerlandais (article 3:44.4 des codes civils néerlandais et surinamais), et elle est visée également comme vice du consentement par les textes internationaux d'unification du droit des contrats [article 3.2.7 PU ; article 4:109 PECL ; article II-7:201 DCFR ; article 51 CESL]. De même, elle figure dans l'article 50 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

La doctrine de l'équité de la *undue influence* trouve son application dans les systèmes de *common law* dès lors qu'une partie détient sur l'autre une domination influente mais qu'en outre, elle en abuse ce qui conduit la partie soumise à subir un préjudice lié à la conclusion du contrat [*National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew* (2003), 63 WLR 183]. L'auteur de l'abus doit se trouver dans une situation objective de supériorité ou de prédominance économique, morale ou de toute autre type par rapport à l'autre partie [*Avon Finance Co v Bridger* (1985), 2 All ER 281]. Selon la classification plus moderne de la *undue influence* [*Barclays Bank plc v O'Brien* (1993), 3 WLR 786 ; *Murray v Deubery* (1996), 52 WIR 147 (CA, ECS)], il convient de distinguer deux types de situation selon qu'il existait ou non une relation particulière entre les cocontractants avant la conclusion du contrat.

2. Les cas d'abus de faiblesse ou de dépendance

La jurisprudence de *common law* considère comme étant des cas de *undue influence* les comportements suivants : le consentement obtenu par la menace (seulement si elle est illicite, et si elle vise à obtenir un avantage injustifié) ; déposer une plainte pour délit contre l'autre partie ou son conjoint ou l'un de ses proches [*Williams v Bayley* (1866), LR 1 H.L. 200] ; détourner la volonté d'une personne peu intelligente, en lui faisant croire à des pouvoirs surnaturels [*Nottidg v Prince* (1860), 2 Giff. 246] ; ou tirer profit du fait que l'autre partie est très préoccupée par l'état de santé d'un parent proche [*Mutual Finance Ltd v Wetton & Sons Ltd* (1937), 2 KB 389].

Pour obtenir l'annulation du contrat, dans ce cas, il faut que la victime prouve que sa volonté a été lésée sous l'influence injustifiée de l'auteur par un comportement déloyal ou inapproprié, et quelque manœuvre qui normalement, mais pas toujours, a produit un avantage personnel au bénéfice de l'auteur. Concrètement, celui qui demande l'annulation doit démontrer que l'autre partie au contrat (ou toute personne ayant eu une influence sur sa conclusion) avait la capacité de l'influencer ; que cette influence a été exercée ; que l'exercice de cet influence a été injustifié ; et que celle-ci a été déterminante dans la conclusion du contrat [*Bank of Credit and Commerce International SA v Aboody* (1990), 1 QB 923]. Les textes d'unification du droit du contrat n'ont pas repris l'institution de *undue influence* [article 3.2.7 (1) (a) PU ; article 4:109 PECL ; article II-7:207 DCFR ; article 51 CESL].

Dans les systèmes de *common law*, la *undue influence* se présume, et de ce fait, il n'est pas nécessaire de la prouver, dès lors qu'entre les parties il existe une telle relation de confiance (père/enfant, tuteur/pupille, avocat/client, docteur/patient, religieux/paroissien) qu'il peut être présumé que l'une d'elle a abusé de cette relation pour amener l'autre à conclure le contrat [p. ex. arrêts de la *Supreme Court* de la Jamaïque dans l'affaire *Brown v Dillon* (1983), 20 JLR 37 ; et *Lalor v. Campbell* (1987) 24 JLR 67]. Dans ces cas, l'annulation du contrat nécessite seulement de prouver l'existence de cette relation. La présomption, par contre, n'est pas reconnue entre mari et femme [arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *National Bank v Lehtinen* (1992), Carilaw BB 1992 HC 38] ou entre un banquier et son client [*National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew* (2003), 63 WIR 183]. Il n'existe pas non plus de *numerus clausus* des relations que la doctrine de la *undue influence* considère comme particulières ou spéciales, par conséquent, elle est d'application pour tous les cas où une influence a été exercée et dont il a été abusé [*Smith v Kay* (1859), 7 HLC 779].

Le caractère automatique de l'annulation du contrat en cas de *undue influence* empêche les parties de lui donner plein effet par notification de type extrajudiciaire. Les présents Principes expriment cette même règle et confèrent l'annulation du

contrat s'il existe entre les parties une situation de faiblesse ou de dépendance. Ce point suit le chemin tracé par les textes d'unification du droit des contrats qui ont accueilli sans faille comme vice du consentement la préexistence entre les parties d'une situation de dépendance (PU), ou bien de confiance ou de dépendance (PECL ; DCFR ; CESL). Les situations retenues pour l'annulation du contrat sont identiques à celles mentionnées plus haut en matière de *undue influence*, mais à condition que d'une façon générale il existe une relation de confiance ou de dépendance entre les parties. Dans le droit nord-américain, l'annulation du contrat dans les cas *undue influence* où entre les parties il existe une relation de supériorité ou d'assujettissement figure dans la section 177 du *Restatement Second of Contracts*.

Mais l'existence d'une telle relation n'est pas suffisante pour annuler le contrat au regard des dispositions des présents Principes. Il faut, en outre, qu'il y ait un enrichissement excessif au profit de la partie qui a injustement lésé l'autre. Ce critère est généralement suivi, non sans hésitation, par les juridictions des pays et des territoires de *common law* de la Caraïbe, où il est habituel d'annuler le contrat si cela a produit un préjudice manifeste [arrêt de la *Court of Appeal* du Guyana dans l'affaire *De Freitas v Alphonso Modern Record Store Ltd* (1991), 45 WIR, 245]. La nécessité d'un avantage excessif ou d'un préjudice injustifié pour l'annulation du contrat est également présente dans tous les textes d'unification du droit des contrats [article 3.2.7 (1) PU ; article 4:109 (1) (b) PECL ; article II-7:207 (1) (b) DCFR ; article 51 (b) CESL]. Cette condition est toutefois nuancée en droit nord-américain, dans lequel il est question du comportement de la personne sous influence ayant agi à l'encontre de son bien-être (section 177 du *Restatement Second of Contracts*).

Les présents Principes n'ignorent pas que nombre d'hypothèses de *undue influence* ouvrant droit à l'annulation du contrat entre des personnes pour lesquelles il a existé préalablement une relation de confiance ou de dépendance sont expressément exclues de toute annulation par de nombreux systèmes. En effet, comme nous l'avons mis en relief dans le commentaire de la disposition précédente, la crainte de déplaire à celui à qui obéissance ou respect est dû n'est pas une cause d'annulation du contrat (article 1.114 des codes civils dominicain et français ; article 1.268 du code civil guatémaltèque ; article 907 du code civil haïtien ; article 1.558 du code civil hondurien ; article 1.820 du code civil mexicain ; article 2.465 du code civil nicaraguayen ; article 931 du code civil saint-lucien ; article 1.153 du code civil vénézuélien). Les limites à la solution proposée par les présents Principes, et qui prévoit l'annulation du contrat aussi dans ce type de situation, seront déterminées en considération des règles impératives applicables à la crainte.

Dans les systèmes de *common law* l'existence de *undue influence* est également présumée dès lors que, bien que les parties n'aient pas eu préalablement de relation, l'une profite de l'inexpérience, de l'ignorance ou de l'état de pauvreté de l'autre pour l'inciter à conclure une affaire attractive (*catching bargain*) ou inconsciente (*unconscionable bargain*). Dès lors qu'à ce type de situation s'ajoute également un avantage excessif ou un préjudice injustifié de la partie faible, le droit d'annuler le contrat est reconnu. Dans la jurisprudence des pays et des territoires de la Caraïbe, la *inequality bargaining power* a été suivie dans quelques décisions, le contrat ayant été annulé au motif de l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties malgré l'inexistence de *undue influence* ou de *duress* de type économique [*Singh v Singh* (1978), 25 WIR 410].

Ce type de situations mérite également un traitement particulier par le droit nord-américain en application de la doctrine de la *unconscionability*. Bien que son application ne conduise pas à l'annulation du contrat, le résultat peut s'avérer similaire si le défaut empêche l'obtention de l'exécution judiciaire des obligations nées du contrat (section 208 du *Restatement Second of Contracts* ; section 2-302 UCC ; *Willians v Walker Thomas Furniture Co* (1965), 350 F2d, 445, DC Cir). Son fondement repose sur l'inexistence d'un véritable consentement ou d'un consentement significatif et sur les termes du contrat qui favorisent énormément l'une des parties. Cela a donné lieu à la distinction jurisprudentielle entre la *substantive unconscionability* et la *procedural unconscionability*. La doctrine de la *unconscionability* est utilisée dans les cas d'inégalité contractuelle, typiquement pour empêcher l'exécution du contrat ou de clauses de contrats à la consommation, dans lesquels les parties ont un pouvoir de négociation très inégal (*Muscioni v Clemons Boat* (2005) Ohio 4349 ; *Pierce v Catalina Yachts Inc* (2000) Alaska 2 P. 3d 618). De même, elle est applicable aux hypothèses où une grande disparité existe entre le prix du contrat et la valeur reçue en échange (*Repair Master Construction Inc v Gary* (2009), 277 SW 3d 854 Mo. Ct. App).

Hormis les territoires et les pays de *common law*, ou ceux issus du droit néerlandais, il n'est pas fréquent de trouver des dispositions permettant à une partie de se dégager du contrat car l'autre partie a profité de sa situation de pauvreté ou d'ignorance. À titre d'exception, il convient de signaler l'article 17 du code civil mexicain, une disposition dont peuvent bénéficier les pauvres et les ignorants qui auront été incités à conclure un contrat injuste, à condition que l'autre partie ait obtenu un avantage économique excessif lui ayant fourni un avantage évidemment disproportionné.

Les présents Principes retiennent également cette institution de l'*undue influence* en permettant l'annulation du contrat pour cause d'ignorance, d'inexpérience,

d'incapacité à négocier ou aussi parce que la victime se trouve dans des difficultés économiques ou est soumise à un état de nécessité. La présente disposition adopte un certain parallélisme avec les dispositions des PU, des PECL, du DCFR et la CESL (cas de détresse économique ou de besoins urgents, manque de prévisibilité, ignorance, inexpérience ou manque de capacité à négocier).

3. Conditions pour invoquer l'abus de faiblesse ou de dépendance

Outre le préjudice injuste, pour appliquer le régime de l'*undue influence* il faut que la partie ait abusé de la situation de confiance ou de dépendance ou qu'elle ait profité de la situation de faiblesse de l'autre partie, dont elle avait conscience ou, sans en avoir connaissance, qu'elle aurait pu connaître. La possibilité de connaître la situation, justifiée pour les besoins des relations juridiques, devient un cas d'annulation du contrat pour abus de faiblesse ou de dépendance. Sur ce point, les présents Principes suivent la dynamique des textes internationaux d'unification du droit des contrats (PU ; PECL ; DCFR ; CESL).

La réglementation posée par les présents Principes sur l'abus de faiblesse ou de dépendance n'atteint pas la possibilité de démontrer que l'abus n'a pas eu lieu. Cette estimation pourra présenter un intérêt en cas de demande judiciaire au titre de laquelle l'exécution du contrat est demandée par la partie qui estime qu'il n'y a pas eu d'abus. Dans une telle situation, il n'est pas possible de renier le caractère herméneutique que le régime juridique de la disparition de la présomption de *undue influence* dans les systèmes de *common law* pourrait acquérir.

Dès lors qu'une relation préalable entre les parties existait, la présomption ne pourra disparaître que s'il n'y a pas eu de contrainte ou que si le consentement a été prêté librement, et que de ce fait le contrat est l'expression libre de la volonté indépendante des parties. Toutefois, pour écarter la présomption, il n'est pas nécessaire d'avoir pu disposer d'un conseil indépendant, s'il est démontré qu'il n'a pas été suivi. Il faut que la conclusion du contrat ait été le résultat de l'exercice d'une volonté indépendante, et que la partie ait pu avoir l'explication d'une personne indépendante et compétente [*Inche Noriah v Shaik Bin Omar* (1929), AC 127].

Dans les hypothèses de *undue influence* par inexpérience, inégalité du pouvoir de négociation, ignorance ou grande nécessité, l'opposition à l'annulation requiert que l'autre partie au contrat démontre que, malgré les apparences, en réalité le marché a été conclu de manière correcte, juste et raisonnable [*Earl of Aylesford v Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484]. Bien que des décisions se soient fondées sur cette doctrine [*Fry v Lane* (1888), 40 Ch. D. 312 ; *Evans v Llewellyn* (1787), 1 Cox 333, 340], elle a été remise

en question dans d'autres jugements postérieurs [*Pao On v Lau Yiu Long* (1980) AC 614 ; 1979 3 WLR 435 ; *National Westminster Bank Ltd v Morgan* (1985), AC 686 ; 1985 2 WLR 588].

L'abus de faiblesse ou de dépendance, tel qu'il est régi dans la majorité des textes d'unification du droit des contrats, propose également un régime pour l'adaptation du contrat, dans le cas où il est demandé, pour s'ajuster à des critères raisonnables de loyauté des relations commerciales [article 3.2.7 (2) et (3) PU], à ce qui aurait pu être convenu dans le respect du principe de la bonne foi contractuelle [article 4:109 (2) et (3) PECL], et aux exigences de bonne foi et de loyauté dans les relations commerciales [article II-7:207 (2) et (3)]. Le régime juridique posé par les Principes OHADAC pour ce vice du consentement n'entre pas dans une proposition de ce type. La présente disposition vise à ne pas influencer sur la liberté des parties de décider de l'intérêt de conserver le contrat annulable. De par la nature même de ce vice du consentement, il n'est pas non plus opportun de proposer une clause visant expressément ce type d'adaptation du contrat pour, dans le cas où le contrat serait maintenu, le réajuster suite à l'abus de faiblesse ou de dépendance.

Article 3.4.9 : *Vices causés par un tiers*

La partie qui a souffert de l'erreur, du dol, de la contrainte ou de l'abus de faiblesse ou de dépendance peut annuler le contrat si ces vices ont été causés par un tiers, pourvu que l'autre partie ait connu ou aurait dû connaître l'implication de ce tiers.

COMMENTAIRE

Il est fréquent durant la phase de négociation ou de conclusion du contrat que des personnes différentes interviennent et sur lesquelles pèse la responsabilité du contrat défectueux. Par la présente disposition, les Principes OHADAC suivent la même position que celle qui figure dans les textes d'unification du droit des contrats, la majorité desquels à part la CESL contient des dispositions poursuivant la même finalité (article 3.2.8 PU ; article 4:111 PECL ; article II-7:208 DCFR). Nonobstant, la règle posée ici présente une importante simplification de ce régime.

Nombre de systèmes de la Caraïbe contiennent des dispositions qui accordent une importance au fait que les vices du consentement aient été provoqués par l'intermédiaire d'un tiers. Par exemple, dans les cas de dol, la règle existe dans

certaines codifications (article 1.019 du code civil costaricain ; article 1.262 du code civil guatémaltèque ; article 1.816 du code civil mexicain ; article 927 du code civil saint-lucien ; article 1.154 du code civil vénézuélien). Et en cas de violence et de contrainte, il convient également de détecter si des dispositions permettent d'annuler le contrat dans le cas où celles-ci sont dues au comportement d'un tiers (article 1.111 des codes civils dominicain et français ; article 1.559 du code civil hondurien ; article 1.818 du code civil mexicain ; article 2.459 du code civil nicaraguayen ; article 1.119 du code civil panaméen et article 1.220 du code civil portoricain ; article 928 du code civil saint-lucien ; article 1.150 du code civil vénézuélien ; article 49 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Dans les systèmes de *common law*, la *misrepresentation* intègre également des dispositions spécifiques, dans le même but dans le cas où la *representation* a été réalisée par des tiers (section 164 du *Restatement Second of Contracts*). Il en est de même pour la *undue influence* (section 177.3 du *Restatement Second of Contracts*).

La présente disposition confère à la partie qui est victime du vice du consentement le droit d'annuler le contrat dès lors que le vice est dû à l'intervention d'un tiers. Toutefois, dans le cas où l'intervention du tiers peut ne pas être manifeste, et afin de préserver la sécurité des relations commerciales, les Principes OHADAC limitent le droit d'annuler le contrat dans le seul cas où l'autre partie avait connaissance ou aurait dû connaître l'existence d'un vice du consentement. Avec cette règle, le critère généralement appliqué au dol dans nombre de systèmes juridiques de la Caraïbe et suivis par les systèmes issus du droit néerlandais (article 3:44.5 des codes civils néerlandais et surinamais) trouve une application générale. Quant à l'importance que la *misrepresentation* confère également à la connaissance qu'a la partie au contrat des démarches effectuées par le tiers (section 164 du *Restatement Second of Contracts*), la règle posée par les présents Principes conserve toute sa pertinence également avec ce système.

Les présents Principes se détachent sur plusieurs aspects du régime prévu par les textes internationaux d'unification du droit des contrats. D'une part, les présents Principes renoncent à fixer une règle, comme celle figurant dans les textes d'unification du droit des contrats, conférant un traitement distinct aux cas où la partie doit répondre des agissements du tiers, ou si le tiers a participé à la négociation et à la conclusion du contrat avec l'accord de la partie. De sorte que la disposition proposée non seulement prend davantage en compte le traitement fait par les systèmes nationaux, dans lesquels ce type de dispositions est moins connu, mais qu'en outre elle en simplifie la gestion. Nonobstant, si le tiers a participé à la négociation ou à la

conclusion du contrat avec l'accord de la partie, ou s'il s'agit d'un tiers dont les actes doivent être assumés par cette partie, il sera plus fréquent que celui-ci ait eu connaissance ou aurait dû connaître l'existence d'un vice provoqué.

Les présents Principes, en outre, généralisent la disposition en rendant possible l'annulation du contrat qui aura été vicié par l'intervention du tiers, non seulement au moyen du dol, comme c'est le cas de la majorité des systèmes, mais également au moyen de l'erreur, de la contrainte et de l'abus de faiblesse ou de dépendance. Ils suivent, en ce sens, la solution retenue par les systèmes issus du droit néerlandais.

Enfin, dans le cas où le vice n'a pas été connu ou ne devait pas avoir été connu par l'autre partie, aucune option complémentaire n'est prévue pour annuler le contrat dans le cas où au moment de l'annulation du contrat cette même partie n'aurait toujours pas agi raisonnablement conformément à ce que prévoit le contrat.

Section 5 : Annulation

Article 3.5.1 : Droit d'annuler le contrat

- 1. Le contrat peut être annulé par la partie dont le consentement est vicié.**
- 2. Le contrat peut pareillement être annulé par le représenté en cas de conflit d'intérêts avec le représentant.**
- 3. Le droit d'annuler le contrat s'exerce par voie de notification adressée à l'autre partie dans un délai de six mois à compter :**
 - a) En cas d'erreur ou de dol, de la découverte de la réalité par la victime de l'erreur.**
 - b) En cas de contrainte et d'abus de faiblesse ou de dépendance, de la cessation de cette contrainte ou du jour où la victime a retrouvé sa liberté d'action.**
 - c) En cas de conflit d'intérêts, dès que le représentant a connu ou aurait dû connaître la conclusion du contrat par le représentant et le conflit d'intérêts.**

COMMENTAIRE

1. Le droit d'annuler le contrat

Il est généralement reconnu dans les ordres juridiques caribéens que l'existence de vices du consentement de l'une partie au contrat n'emporte pas automatiquement l'inefficacité du contrat. Par contre, ils reconnaissent à la partie affectée par le vice le droit d'annuler le contrat, qui demeure pleinement efficace jusqu'à ce que ce droit d'annulation soit exercé. Les ordres juridiques envisagent ce droit d'annulation de manière diverse. Certains ordres, s'inspirant du code civil français (article 1.304), ne reconnaissent pas expressément la distinction entre contrat nul et contrat annulable, mais seulement une action de nullité, bien qu'en cas de vices du consentement seule la partie affectée puisse l'exercer (article 1.304 du code civil dominicain ; article 910 du code civil haïtien ; article 1.253 du code civil portoricain ; article 925 du code civil saint-lucien ; article 1.346 du code civil vénézuélien). D'autres systèmes, concernant les vices du consentement, utilisent la notion de « nullité relative » (article 1.741 du code civil colombien ; article 836 du code civil costaricain ; article 1.587 du code civil hondurien ; article 2.227 et 2.230 du code civil mexicain ; article 2.201 du code civil nicaraguayen ou article 1.144 du code civil panaméen), s'inspirant de la doctrine française qui a développé la notion afin d'opposer à la nullité radicale une autre forme de nullité (ou de « résiliation », selon le terme employé par certains codes) réservée aux parties dont l'intérêt est protégé par la règle. Cette doctrine s'est cristallisée dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 89).

De son côté, le droit anglais distingue le contrat nul (*void*) du contrat annulable (*voidable*) et concernant ce dernier il convient de mentionner du pouvoir d'annuler (*power of avoidance*), si bien que les situations de *misrepresentation*, innocentes ou frauduleuses, confèrent à la partie affectée le pouvoir d'annuler ou résilier le contrat (article 1 du *Misrepresentation Act* 1967 ou article 2 du *Bermuda Law Reform Act* 1977). Il en va de même dans les cas de contrainte [*Ting v Borelli* (2010), 79 WIR 204] et d'influence induite [arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque dans l'affaire *Turnbull & Co v Duval* (1902), AC 429]. Également, le code civil guatémaltèque (articles 1.257 et 1.303) utilise expressément la notion de contrat annulable pour les contrats affectés par des vices du consentement. Plus récemment, les codes civils néerlandais et surinamais considèrent comme étant annulables les contrats passés sous contrainte, en fraude ou abus de situation (article 3:44) et par erreur (article 6:228), et le droit cubain dispose que l'erreur et les menaces sont déterminantes de l'annulation de l'acte à la demande de la partie affectée (articles 73 et 74). Malgré les différences conceptuelles, il y a uniformité quant à la qualification des contrats affectés par un vice

de consentement comme étant simplement annulables à la demande de la partie affectée, contrairement aux contrats nuls.

Une note qui s'éloigne apparemment de cette uniformité vient de la *common law* et de son traitement de certaines formes de *mistake*, qui rende le contrat nul et non pas annulable. Cependant, cette divergence est davantage apparente que réelle. En effet, comme cela est détaillé à l'article 3.4.1, en réalité les cas particuliers de *common mistake* qui emportent la nullité du contrat ne sont pas des cas typiques d'erreur-vice dans les systèmes romano-germaniques. De cette façon, le cas de *common mistake* connu comme *res extincta*, qui se produit lorsque l'objet du contrat s'éteint avant la conclusion du contrat sans que les parties ne le sachent et qui provoque la nullité (section 6 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 8 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 8 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 8.1 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 8 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 8 du *Sale of Goods Act* de du Belize ; section 7.1 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque), ainsi que les cas d'erreur par *res sua*, où l'acheteur ignore qu'il est déjà propriétaire du bien vendu [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123], sont considérés dans les présents Principes comme des hypothèses d'impossibilité initiale (article 3.1.3). Par conséquent, dans ces cas le droit d'annuler le contrat, reconnu par le présent article, ne s'applique pas. De même, le cas de *mutual mistake*, qui a lieu lorsqu'il existe un malentendu absolu entre les parties qui ont chacune cru à une chose ou à un contrat différent, n'est pas considéré dans les présents Principes comme un cas d'erreur-vice qui attribue le droit d'annuler le contrat, mais comme un cas d'absence de consentement (article 3.1.1).

Une délimitation plus précise des hypothèses sur chaque type de vices du consentement qui donne droit d'annuler le contrat se trouve dans la description de ces vices dans la section 4 du chapitre 3 des présents Principes, et également concernant le contrat conclu par le représentant en conflit d'intérêts avec le représenté dans l'article 2.3.6.

2. L'annulation à travers une notification

Deux traditions opposées quant à la manière de mettre en pratique le droit d'annuler le contrat existent dans les ordres juridiques de la Caraïbe.

D'un côté, une tradition d'inspiration française considère que l'annulation ne peut pas s'effectuer au moyen d'une simple déclaration de volonté de la partie concernée, mais qu'une action judiciaire engagée par cette partie, dans un délai plus ou moins important, déclarant l'inefficacité du contrat, est nécessaire. En plus de l'article 1.344

des codes civils français et dominicain, cette tradition est partagée par les codes civils cubain (article 114) et vénézuélien (article 1.346), qui prévoient un délai de cinq ans pour demander l'annulation du contrat ; par les codes civils colombien (article 1.750), costaricain (article 841), hondurien (article 1.593), nicaraguayen (article 2.208), panaméen (article 1.151) et portoricain (article 1.253), où le délai est de quatre ans ; le code civil guatémaltèque envisage un délai de deux ans dans les cas de dol ou d'erreur (article 1.312) et d'une année en cas de violence ou de contrainte grave (article 1.313) ; le code civil mexicain établit un délai de soixante jours en cas d'erreur et de six mois en cas de violence (articles 2.236 et 2.237). Un cas singulier est celui du code civil haïtien, qui permet un délai de dix ans (article 1.089), de même que le code civil saint-lucien (article 2.119).

D'un autre côté, dans la *common law* l'annulation se matérialise au moyen d'une simple notification, réalisée rapidement, de la volonté d'annuler adressée à l'autre partie, bien que la période de négociations pour arriver à un accord ne soit pas prise en compte pour empêcher l'annulation [*Erlanger v New Sombrero Phosphate Co* (1978), 3 App. Cas. 1.218]. De même, les codes civils néerlandais et surinamais (article 3:49) permettent l'annulation extrajudiciaire, dans un délai de trois ans (article 3:52). Ce modèle d'annulation extrajudiciaire est aussi suivi dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats internationaux (article 3.2.11 PU ; article 4:113 PECL ; article II-7:209 et II-7:210 DCFR ; article 52 CESL).

Les Principes OHADAC ont préféré le système d'annulation extrajudiciaire pour diverses raisons. En premier lieu, le système d'autocontrôle peut permettre de réduire les frais de procédure et il augmente la sécurité juridique en mettant fin à l'incertitude propre aux situations d'annulabilité. Il renforce également la position de la partie protégée du fait que l'annulation produit des effets dès la notification et la partie affectée a donc droit d'obtenir la restitution de ce qu'elle a fourni et, en cas de retard, l'indemnisation correspondante. En outre, le système de notification extrajudiciaire parvient à transférer la responsabilité d'ester en justice à l'autre partie, étant donné qu'une fois l'annulation notifiée, si cette partie souhaite exiger l'exécution, elle devra saisir les tribunaux et démontrer la validité du contrat. Finalement, comme cela est expliqué plus bas, le système d'annulation extrajudiciaire est parfaitement compatible avec les ordres juridiques qui ont prévu un système d'annulation judiciaire à caractère internationalement impératif.

Évidemment, le fait que l'annulation puisse s'effectuer au moyen d'une notification adressée à l'autre partie ne signifie pas que la question de l'inefficacité de contrat ne doit pas se régler devant un tribunal judiciaire ou arbitral. Les présents Principes

n'ignorent pas que les parties peuvent être en désaccord concernant l'existence d'un vice du consentement. Dans ce sens, sans préjudice des effets de la déclaration d'annulation, le choix des présents Principes ne n'emporte pas la renonciation des parties à s'opposer à l'annulation au moyen d'une action judiciaire afin que le contrat soit déclaré valable et qu'il ne soit pas annulé en raison de l'existence d'un vice prévu par la loi applicable au contrat ou par les présents Principes choisis par les parties.

3. Délai pour mettre en pratique le droit d'annuler

Les présents Principes proposent une réglementation du droit d'annuler le contrat qui vise à concilier autant que possible la tradition de la *common law*, qui permet l'annulation au moyen d'une notification, et la tradition suivie par de nombreux systèmes juridiques de la Caraïbe qui exige une action judiciaire dans un délai déterminé. De cette façon, d'un côté le choix s'est porté en faveur d'un système qui rend possible l'annulation au moyen d'une notification extrajudiciaire. D'un autre côté, le délai pour que cette notification prenne effet reste déterminé et ne dépend pas de formules imprécises qui ne favorisent pas la sécurité juridique, en particulier dans un contexte de pluralité juridique. Afin de régir le délai d'exercice d'un droit à l'annulation du contrat, les présents Principes ont dû rejeter l'utilisation de formules telles que « dans un délai raisonnable, eu égard des circonstances » (article 3.2.12 PU ; article 4:113 PECL ; article II- 7:210 DCR), peu conciliables avec d'autres traditions juridiques.

Néanmoins, les exigences de célérité dans les contrats internationaux et le besoin, au nom de la sécurité juridique, de ne pas prolonger excessivement l'incertitude inhérente au contrat annulable, fait que le délai concret pour l'annulation du contrat au moyen d'une notification doit être nettement inférieur au délai prévu par les systèmes juridiques qui exigent une action judiciaire. C'est pourquoi les présents Principes ont opté pour un délai de six mois, qui est par exemple le délai exigé en cas de contrainte par l'article 2.237 du code civil mexicain. De même, l'article 52 CESL envisage un délai de six mois en cas de d'erreur et d'un an en cas de dol, de menaces ou d'exploitation déloyale.

En ce qui concerne le moment à partir duquel il faut calculer le délai disponible pour exercer le droit d'annuler le contrat, les présents Principes ont tenté de prendre en compte l'existence d'un dénominateur commun dans les systèmes de la Caraïbe. Dans ce sens, par exemple, concernant le commencement du délai d'annulation en cas de menaces, les systèmes s'accorde pour le faire commencer à compter du jour où les menaces ont cessé (p.ex. article 1.750 du code civil colombien ; article 841 du code civil costaricain ; article 1.313 du code civil guatémaltèque ; article 3:52.b des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.593 du code civil hondurien ; article 2.237 du

code civil mexicain ; article 1.253 du code civil portoricain ; article 2119 du code civil saint-lucien ou article 1.346 du code civil vénézuélien).

En revanche, les cas d'erreur et de dol semblent ne pas faire consensus. Dans les régimes caribéens cohabitent trois moments distincts pouvant marquer le commencement du délai pour annuler le contrat. En effet, pour certains ordres juridiques le délai commence à courir au moment où la partie affectée connaît la réalité (article 1.304 des codes civils français et dominicain ; article 1089 du code civil haïtien ; article 2.236 du code civil mexicain ; article 2.119 du code civil saint-lucien ; article 1.346 du code civil vénézuélien et, plus récemment, dans le droit néerlandais, article 3:52 du code civil). D'autres indiquent qu'il s'agit du jour de la conclusion du contrat (article 1.750 du code civil colombien ; article 841 du code civil costaricain ; article 1.312 du code civil guatémaltèque ; article 1.593 du code civil hondurien ; article 2.208 du code civil nicaraguayen). D'autres ordres juridiques ont opté pour la date d'entrée en vigueur du contrat (article 1.151 du code civil panaméen et article 1.253 du code civil portoricain). Il y a même des systèmes juridiques qui prévoient expressément l'imprescriptibilité exceptionnelle de l'annulabilité (article 843 du code civil costaricain ; article 1.595 du code civil hondurien ; article 2.210 du code civil nicaraguayen ; article 1.153 du code civil panaméen), ce qui est aussi le cas, implicitement, dans les systèmes où la conclusion du contrat est fixée comme commencement du délai. Dans les systèmes de la *common law*, en cas de *fraudulent misrepresentation* la partie affectée ne perd pas le droit d'annuler le contrat tant qu'elle ne connaît pas ou n'aurait pas dû connaître la réalité [*Aaron's Reff Ltd v Twiss* (1896), AC 273]. Cependant, le point de vue change dans les cas d'*innocent misrepresentation*, car le laps de temps écoulé dès l'exécution du contrat peut empêcher son annulation, même si la partie affectée n'a pas connu la réalité à l'avance [*Leaf v International Galleries* (1950), 2 KB 86].

Afin de surmonter les divergences à cet égard, les présents Principes ont considéré que le commencement, pour le calcul du délai, est déterminé par le moment où la partie affectée connaît la réalité ou aurait dû la connaître. Cette règle est en accord avec les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats (article 3.2.11 PU ; article 4:113 PECL ; article II-7:211 DCFR ; article 52 CESL). Il s'agit de l'option qui protège le mieux la partie affectée par le vice, étant donné que le commencement du délai et le moment à partir duquel elle a pu exercer son droit d'annuler le contrat coïncident. Pour la même raison, le commencement du délai en cas d'abus de faiblesse ou de dépendance est déterminé par la date à laquelle cette situation a cessé ou, si elle n'a pas cessé, la date à partir de laquelle la victime a pu agir librement. Et en cas de conflit

d'intérêts entre le représentant et le représenté, il s'agit du moment où le représenté a connu la conclusion du contrat ainsi que l'existence du conflit d'intérêts. Le report éventuel de ce moment par rapport à la date de conclusion du contrat et l'insécurité juridique pouvant en découler sont compensés par la brièveté du délai de six mois prévu pour rendre effectif le droit au moyen d'une annulation extrajudiciaire.

4. Incidence des règles internationalement impératives

Les règles proposées dans les Principes OHADAC ne peuvent pas écarter les lois de police nationales relatives au régime d'annulation du contrat (paragraphe III du Préambule). Exceptionnellement, un tribunal peut apprécier le caractère d'ordre public international de ses propres règles ou de celles de la loi nationale applicable ou même celles d'un tiers État qui présente un lien étroit avec le contrat, et qui considèrent la voie de réclamation judiciaire comme étant indisponible et inaliénable. Cela ne signifie pas que la soumission des parties sur ce point aux Principes OHADAC devienne juridiquement insignifiante. La soumission aux Principes OHADAC à ce propos implique que les parties consentent à reconnaître les effets de l'annulation extrajudiciaire produite dans le délai de six mois, sans que cela ne fasse obstacle à la possibilité d'exercer une action judiciaire d'annulation ultérieurement, dans le délai permis par la loi nationale considérée comme internationalement impérative.

Exemple : Un contrat entre une société colombienne et une entreprise cubaine est soumis aux tribunaux colombiens et aux Principes OHADAC. La loi colombienne est en plus applicable au contrat selon les règles colombiennes de droit international privé. Conformément à l'article 3.5.1 des Principes OHADAC, une partie peut annuler le contrat par voie de notification à l'autre partie dans un délai de six mois à partir du moment où elle a connu ou aurait dû connaître la réalité. Cette notification produira les effets propres à l'annulation prévus dans les Principes OHADAC, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec les règles de la loi colombienne considérées comme étant internationalement impératives. Dans ce cas, conformément à l'article 1.750 du code civil colombien, et à condition que l'erreur soit une cause d'annulation selon le droit colombien, une partie pourrait aussi exercer une action judiciaire d'annulation du contrat dans un délai de quatre ans à compter du jour de la conclusion du contrat, même si plus de six mois se sont écoulés depuis le moment où elle a connu ou aurait dû connaître la réalité.

Article 3.5.2 : Confirmation du contrat annulable

Le droit d'annuler le contrat s'éteint par confirmation expresse ou implicite de la partie qui est en droit d'annuler, effectuée postérieurement à la découverte ou à la cessation de ce vice.

COMMENTAIRE

Les ordres juridiques des États et des territoires de la Caraïbe disposent que le droit d'annuler le contrat s'éteint par confirmation (article 1.338 des codes civils français et dominicain ; article 1.304 du code civil guatémaltèque ; article 3:55 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 2.233 du code civil mexicain ; article 1.145 du code civil panaméen ; article 1.262 du code civil portoricain ; article 1.351 du code civil vénézuélien), ratification (article 1.752 du code civil colombien ; article 839 du code civil costaricain ; article 1.591 du code civil hondurien ; article 2.206 du code civil nicaraguayen), validation (article 68.1 du code civil cubain) ou affirmation [*Scholey v Central Railway Co of Venezuela* (1868), LR 9 Eq 2006]. Tous ces concepts font référence à la déclaration de volonté, expresse ou implicite, de la partie en droit d'opter pour sa validité.

Visant la convergence des réglementations relatives à la confirmation dans les ordres juridiques de la Caraïbe, les Principes OHADAC suivent une structure similaire à celle de la plupart de ces systèmes juridiques, dont les prémisses sont : en premier lieu, la confirmation est un acte unilatéral de la part de celui en droit d'annuler le contrat, de sorte que la participation de l'autre partie n'est pas nécessaire ; en second lieu, la confirmation n'est valable que si le motif qui rend le contrat annulable a cessé de manière à ce que la partie en droit d'annuler agisse en pleine connaissance de cause et en toute liberté ; en troisième lieu, la confirmation peut être expresse ou tacite. C'est également la structure suivie de façon très homogène par les textes internationaux et européens d'harmonisation du droit des contrats (article 3.2.9 PU ; article 4:114 PECL ; article II-7:210 DCFR ; article 53 CESL).

Néanmoins, il existe quelques divergences, bien que parfaitement conciliables, entre la règle formulée dans les présents Principes et les règles relatives à la confirmation dans certains systèmes caribéens.

En premier lieu, certains ordres juridiques ne disposent pas expressément qu'il est nécessaire que la cause de l'annulation ait disparu en tant que condition pour la validité de la confirmation. C'est le cas du code civil colombien (article 1.752), des codes civils français et dominicain (article 1.338), du code civil nicaraguayen (article

2.206) et du code civil vénézuélien (article 1.351). Une telle omission ne contredit pas les présents Principes, car dans ces ordres juridiques il peut aussi être déduit sans difficulté que la confirmation, en tant qu'acte volontaire, exige pour être valable que la cause d'annulation ait disparue.

En second lieu, selon les présents Principes, conformément au principe de liberté quant à la forme (article 3.1.2), la confirmation expresse n'est pas conditionnée à une forme particulière. Il suffit que la partie en droit d'annuler ait exprimé, sous une forme quelconque, sa volonté d'opter pour la validité du contrat ou de renoncer à son droit à l'annulation. Autrement dit, la question de forme se pose dans les présents Principes comme un problème purement probatoire de la déclaration de confirmation. Néanmoins, certains ordres juridiques exigent que la confirmation expresse suive les mêmes conditions de forme que le contrat qu'elle confirme (article 1.753 du code civil colombien ; article 839 du code civil costaricain ; article 1.305 du code civil guatémaltèque ; article 1.591 du code civil hondurien ; article 2.206 du code civil nicaraguayen ; article 1.145 du code civil saint-lucien). Cette exigence quant à la forme et les présents Principes ne sont pas absolument inconciliables, étant donné qu'un acte de confirmation expresse qui ne respecte pas certaines conditions formelles peut être efficace en tant qu'acte de confirmation tacite. Il en va de même pour les ordres juridiques qui n'exigent pas une forme précise de confirmation expresse, mais imposent un certain contenu à cet acte (article 1.338 des codes civils français et dominicain ; article 1.351 du code civil vénézuélien).

En troisième lieu, certains ordres juridiques caribéens limitent la confirmation tacite aux cas d'exécution volontaire des obligations dues par la partie en droit d'annuler (article 1.754 du code civil colombien ; article 839 du code civil costaricain ; article 1.304 du code civil guatémaltèque ; article 1.591 du code civil hondurien ; article 2206 du code civil nicaraguayen). Dans d'autres cas, d'une manière plus flexible qui n'exclut pas la possibilité d'exprimer la confirmation tacite par d'autres moyens, il est fait référence expressément à ce cas de confirmation tacite (article 1.338 des codes civils français et dominicain et article 90 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 2.234 du code civil mexicain ; article 1.351 du code civil vénézuélien). Par contre, les présents Principes ne font pas référence aux catégories des actes de la partie légitimée qui entraînent en tout cas la confirmation du contrat. La recherche d'un plus petit dénominateur commun entre les ordres juridiques concernés exclut la qualification de certains actes de confirmation qui ne sont envisagés que dans certains systèmes. Par conséquent, la confirmation tacite dans les présents Principes n'est pas automatiquement prononcée concernant certaines

catégories d'actes considérées de façon abstraite, mais exige un comportement donné de la partie en droit d'annuler qui, conformément aux circonstances de chaque cas, manifeste une volonté d'y renoncer. Même l'exécution volontaire du contrat, parfois considérée comme le paradigme de la confirmation tacite, pourrait exceptionnellement ne pas être interprétée comme renonciation à l'exercice du droit d'annuler le contrat, si l'exécution cherche à éviter un préjudice plus grand, tel qu'une sanction pour inexécution ou l'exécution d'une garantie.

Cette approche de la confirmation tacite plus ouverte et non qualifiée est conciliable avec les systèmes juridiques susmentionnés, qui limitent la confirmation aux cas d'exécution de l'obligation par la partie en droit d'annuler le contrat. Certainement, une règle nationale de cette portée ne peut être écartée par les présents Principes, de sorte que l'exécution de l'obligation contractuelle par la partie en droit d'annuler le contrat a une valeur de confirmation, *ope legis*, dans ces systèmes. Les présents Principes peuvent être appliqués en vertu de la volonté des parties sans que cela n'empêche la possibilité d'étendre la confirmation tacite, en plus de l'exécution, à d'autres actes de la partie en droit d'annuler qui démontrent une volonté de renoncer à annuler le contrat (p. ex. l'acceptation sans réserves de l'exécution du contrat par l'autre partie, la novation du contrat ou la vente à un tiers des biens reçus en raison du contrat annulable).

Article 3.5.3 : Droit de restitution

- 1. En cas d'annulation, chaque partie a le droit à la restitution de sa prestation et à une compensation pour les profits raisonnables obtenus par l'autre partie.**
- 2. En cas d'impossibilité ou de difficulté excessive, la restitution se fera en valeur. Néanmoins, la partie qui a annulé le contrat n'est pas tenue de restituer en valeur si elle prouve que la perte ou la destruction de l'objet est due à un cas de force majeure.**

COMMENTAIRE

Le principe dont s'inspire la réglementation de l'annulation du contrat dans les systèmes juridiques de la Caraïbe est la *restitutio ad integrum*, c'est-à-dire l'élimination

des effets du contrat entre les parties afin de replacer ces dernières dans l'état où elles se trouveraient si le contrat n'avait pas été conclu. Ce principe devient même un règle dans certains systèmes juridiques (article 1.746 du code civil colombien ; article 844 du code civil costaricain ; article 1.596 du code civil hondurien ; article 2.211 du code civil nicaraguayen). Selon ce principe, la conséquence majeure de l'annulation de contrat est l'obligation de chaque partie de restituer à l'autre partie ce qu'elle a reçu (article 75 du code civil cubain ; article 1.314 du code civil guatémaltèque ; article 2.240 du code civil mexicain ; article 1.154 du code civil panaméen ; article 1.255 du code civil portoricain). De même, l'article 3:53.1 des codes civils néerlandais et surinamais dispose que l'annulation a des effets rétroactifs et vise à défaire ce qui a été fait en tant que conséquence de l'annulation (article 3:53.2). Dans les systèmes juridiques de la *common law*, la restitution est aussi la conséquence principale de la nullité [arrêt de la *Supreme Court* des Bahamas dans l'affaire *American British Canadian Motors Ltd v Caribbean Bottling Co Ltd* (1973), N° 46 of 1971 (Carilaw BS 1973 SC 5)]. L'effet de restitution dans le contrat annulé découle, en droit français, du droit de réclamer le paiement fait par erreur (article 1.377 des codes civils français et dominicain), ainsi que dans le code civil saint-lucien (article 979).

Néanmoins, l'intention de replacer les parties dans l'état où elles se trouveraient avant la conclusion du contrat exige un peu plus que la restitution réciproque des biens reçus. Les systèmes juridiques sont confrontés à trois questions principales pour y parvenir : la compensation pour les profits obtenus ou les rendements que produit normalement le bien ou la prestation ; la réparation des dégâts causés aux biens et aux investissements faits ; et l'impossibilité, matérielle autant que légale, de restitution du bien ou de la prestation.

Certains ordres juridiques caribéens ont prévu expressément, en tant que conséquence naturelle de l'annulation du contrat, l'obligation de restituer les biens et leurs fruits ou rendements et le prix avec les intérêts légaux. C'est le cas du code civil colombien (article 1.746), du code civil panaméen (article 1.154) et du code civil portoricain (article 1.255). De la même manière, le droit anglais, du moins en *equity*, reconnaît le droit à une compensation en raison de l'utilisation du bien par l'autre partie [*Hulton v Hulton* (1917), 1 KB 813] ou du profit obtenu par son exploitation [*Erlanger v New Sombrero Phosphate Co* (1978), 3 App.Cas. 1218]. En ce qui concerne les textes européens d'harmonisation du droit des contrats, l'article 172.2 CESL prévoit que l'obligation de restituer comprend les fruits naturels ou légaux produits par ce qui a été reçu.

Le droit à une compensation en raison des profits que le bien ou la prestation produit normalement est conciliable avec les systèmes qui déterminent l'effet rétroactif de l'annulation (article 3:53 des codes civils néerlandais et surinamais), étant donné que la compensation peut être considérée comme une conséquence implicite de la rétroactivité de l'annulation. La même interprétation s'applique aux ordres juridiques qui, en conséquence de l'annulation du contrat, cherchent à replacer les parties dans l'état où se trouveraient si le contrat n'avait pas été conclu (article 844 du code civil costaricain ; article 2.211 du code civil nicaraguayen).

Les présents Principes diffèrent de certains systèmes juridiques caribéens en ce qu'ils disposent que le droit à réclamer la restitution se limite aux fruits et aux intérêts produits à compter du jour de la demande d'annulation, de sorte que ceux produits jusqu'à ce moment-là sont considérés comme étant compensés (article 1.315 du code civil guatémaltèque ; article 1.603 du code civil hondurien ; article 2.240 du code civil mexicain). Ces règles prévoient une compensation automatique *ex lege* des profits que chaque partie doit restituer à l'autre et des profits auxquels elles auraient droit jusqu'au moment de la présentation de la demande. Il ne semble pas que ces règles nationales soient radicalement incompatibles avec la règle des présents Principes, dont l'application à un contrat régi par l'un quelconque de ces droits nationaux impliquerait de substituer cette compensation automatique par le droit à la restitution des profits normalement produits par le bien ou la prestation, sans préjudice du fait que ces profits puissent être compensés, non pas de manière automatique mais à hauteur de leur valeur réelle, par les profits que l'autre partie devra restituer.

Il semble plus difficile de concilier la règle des présents Principes avec celles d'autres systèmes juridiques caribéens qui n'envisagent que l'obligation de compenser les fruits ou les intérêts d'une partie de mauvaise foi tenue de restituer un bien. Dans les cas d'un contrat annulable, cette partie sera celle qui a provoqué la cause de l'annulation ou avait connu cette cause, et non pas la partie affectée par ladite cause. C'est le cas de l'article 1.378 des codes civils français et dominicain ou de l'article 981 du code civil saint-lucien. De la même façon, l'article 260 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 prévoit que la partie agissant de mauvaise foi est tenue de restituer les fruits et les intérêts dès lors qu'elle a reçu le bien ou le prix, tandis que la partie de bonne foi n'y est tenue qu'à partir de la présentation de la demande. Les présents Principes, en revanche, abordent les conséquences de l'annulation du point de vue de la compensation et non de la sanction, dans le même sens que l'article 7.3.4 des présents Principes, de sorte que la bonne ou mauvaise foi est laissée de côté. L'application des présents Principes quand le droit national

applicable est l'un des droits signalés dépendra de la portée impérative accordée à l'exigence de mauvaise foi dans le droit national concerné.

Quant à l'estimation des profits envisagés dans la présente règle, celle-ci mentionne expressément ceux qui ont été « raisonnablement » obtenus. Cela signifie que les profits seront estimés d'une manière objective, conformément à la productivité normale d'un bien ou d'une prestation. En d'autres termes, le droit à la restitution ne s'applique pas aux profits réellement produits par le bien lorsqu'il était en la possession de la partie tenue à la restitution. En effet, celui qui a livré le bien ne doit pas subir les conséquences d'une mauvaise administration de la partie qui l'a reçu ni, au contraire, ne peut s'enrichir en raison de la réussite de son travail ou de sa gestion. Les profits hypothétiques que le bien aurait pu produire s'il n'avait pas été en possession de la partie tenue à la restitution ne seront non plus pris en compte. En ce qui concerne la restitution des obligations pécuniaires, les profits normaux que le capital produit sont les intérêts, de sorte que pour les fixer il faudra prendre en considération *mutatis mutandis* les commentaires de l'article 7.4.6 des présents Principes.

La réparation des dégâts causés et des investissements faits sur le bien est une question qui dépasse le droit des contrats et, sauf exceptions (article 1.746 du code civil colombien ; article 1.316 du code civil guatémaltèque), les systèmes juridiques ne l'envisagent pas comme une conséquence spécifique de l'annulation du contrat, mais comme un problème de réparation des dommages [*Spencer v Crawford* (1939), 3 All ER 271, 288] ou comme une question rattachée à la liquidation de la restitution au propriétaire. Les textes internationaux et européens d'harmonisation du droit des contrats ne mentionnent pas non plus cette question dans le domaine des effets de l'annulation (article 3.2.15 PU ; article 4:115 PECL ; article II-7:212 DCFR).

Finalement, l'impossibilité de restitution du bien est traitée dans certains systèmes juridiques au titre de la substitution de la restitution *in natura* par la restitution de la valeur du bien. Ceci est le cas de l'article 75 du code civil cubain et de l'article 1.317 du code civil guatémaltèque, selon lesquels la valeur du bien est celle qu'il avait au moment de la conclusion du contrat. L'article 1.259 du code civil portoricain, en revanche, détermine la valeur du bien comme étant celle qu'il avait au moment où il a été perdu. Les systèmes inspirés de la *common law* prévoient, quant à eux, dans les cas d'impossibilité de restitution pour des raisons matérielles ou en raison de l'aliénation du bien, la perte du droit d'annuler le contrat [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Montrichard v Franklin* (1996), Carilaw TT 1996 HC 215]. Une solution similaire est prévue par les codes civils néerlandais et surinamais (article

3:55.2), qui disposent, dans le cas où il serait difficile de défaire les effets de contrat, que les tribunaux peuvent nier le droit de restitution, bien que la partie à qui la situation a bénéficié doive compenser économiquement la partie lésée.

Le paragraphe deux de l'article, d'une manière similaire au régime de résolution du contrat contenu dans l'article 7.3.4 (dont les commentaires peuvent être illustratifs) adopte le principe de restitution par équivalence, sauf dans les cas où la partie en droit d'annuler le contrat peut démontrer l'impossibilité de restitution pour des raisons de force majeure.

CHAPITRE 4

INTERPRÉTATION ET CONTENU DU CONTRAT

Section 1 : Interprétation des clauses du contrat

Article 4.1.1 : In claris non fit interpretatio

- 1. Une clause claire s'interprète conformément à son sens littéral.**
- 2. Une clause ne sera pas réputée claire si elle admet des sens différents ou si, à la lumière du contexte, il résulte que sa formulation relève d'une erreur manifeste.**

COMMENTAIRE

1. Le problème général de l'interprétation du contrat dans les systèmes de l'OHADAC

Les règles d'interprétation du contrat suscitent l'une des questions les plus ardues dans le traitement de la dynamique contractuelle d'un point de vue comparé, comme cela sera souligné en particulier dans le commentaire de l'article 4.1.2. Néanmoins, tous les systèmes distinguent et donnent des solutions diverses à deux types de questions qui sont généralement comprises dans la notion générique de « l'interprétation du contrat ». La première question concerne le sens ou la signification accordée aux clauses contractuelles. L'interprétation du contrat, à laquelle est consacrée la section première du chapitre 4 des présents Principes, correspond à cette opération au sens strict. La deuxième question concerne le comblement des lacunes du contrat quand une obligation ou une disposition nécessaire au fonctionnement du contrat a été omise par les parties. Il s'agit dans ce cas-là des règles d'« intégration » ou de « construction » du contrat, traitées dans l'article 4.2.1 des présents Principes.

L'interprétation du contrat au sens strict vise donc à attribuer un sens aux clauses contractuelles explicites. Deux grandes approches comparées existent afin de résoudre cette question et toutes deux sont représentées dans la région caribéenne.

La première approche, caractéristique du droit continental ou romano-germanique, cherche à déterminer le sens des clauses contractuelles à partir d'un postulat subjectif qui vise à déterminer la véritable intention commune des parties, qui prévaut sur le sens littéral des clauses écrites (article 1.156 du code civil français ; article 1.619 du code civil colombien ; article 1.156 du code civil dominicain ; article 946 du code civil haïtien ; articles 1.519, 1.597 et 1.604 du code civil guatémaltèque ; article 1.851 du code civil mexicain ; article 2.496 du code civil nicaraguayen ; article 1.132 du code civil panaméen ; article 1.233 du code civil portoricain ; article 945 du code civil saint-lucien). Ce principe existe aussi dans certains canons interprétatifs (article 1.619 du code civil colombien ; article 1.594 du code civil guatémaltèque ; article 1.163 des codes civils dominicain et français ; article 953 du code civil haïtien ; article 1.578 du code civil hondurien ; article 1.852 du code civil mexicain ; article 2.498 du code civil nicaraguayen ; article 1.134 du code civil panaméen ; article 1.235 du code civil portoricain ; article 952 du code civil saint-lucien), qui réduisent la généralité des clauses contractuelles, de manière à ce que des choses et des cas différents de ceux sur lesquels les parties souhaitaient s'engager ne puissent être compris dans le contrat. Ce principe subjectiviste est maintenu dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 96), bien qu'il s'oriente de manière plus évidente vers une règle d'objectivisation d'une telle volonté, qui se fait conformément à un critère « raisonnable » quand l'intention ne peut être déduite, tandis que l'interprétation subjective et intentionnelle apparaît davantage comme un principe. Il s'agit d'une orientation retenue dans la plupart des textes internationaux de droit uniforme [article 8 CVIM ; article II-8:101 DCFR ; article 5:101 PECL ; article 4.1. (1) PU].

La deuxième approche, qui caractérise le modèle anglo-américain, prend en compte de préférence les données objectives ou grammaticales et est centrée sur le sens des termes employés par les parties. La rigueur de cette interprétation stricte des termes du contrat (*four corners doctrine*) se base essentiellement sur la *parole evidence rule*, qui empêche le recours aux déclarations et aux preuves étrangères au contrat afin de moduler, de modifier ou de changer ce que les termes expriment. Récemment, la rigueur formaliste de l'interprétation grammaticale du droit anglais traditionnel a néanmoins subi d'importantes modifications. D'un côté, le droit nord-américain s'est progressivement adapté vers un modèle d'interprétation plus ouvert aux éléments subjectifs, comme le suggèrent la section 201 (2) du *Second Restatement* et l'application même par les tribunaux nord-américains de l'article 8 CVIM. D'un autre côté, le droit anglais a lui aussi évolué sur ce point, en particulier grâce à l'importance croissante du « contexte » en tant qu'élément essentiel de l'interprétation des

termes des contrats. Ce changement semble s'être accentué à partir la décision de la *House of Lords* dans l'affaire *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Brownwich Building Society* (1998 ; 1 WLR, 896), dans laquelle Lord Hoffmann énonce plusieurs principes qui exigent de prendre en considération tout aspect contextuel afin d'interpréter les clauses du contrat et même afin de déterminer son ambiguïté même. Il a également été affirmé que la *parole evidence rule* est aujourd'hui « lettre morte » en droit anglais.

L'orientation objectiviste progressivement adoptée par les systèmes romano-germaniques, associée à l'atténuation du formalisme interprétatif de la *common law*, a donc récemment permis une convergence qui, bien qu'elle ne conduise pas à un rapprochement définitif des deux modèles, facilite au moins la proposition de règles uniformes qui peuvent être essentiellement partagées par toutes les familles juridiques faisant partie du territoire de l'OHADAC.

2. La portée du principe « *in claris non fit interpretatio* »

Quelle que soit l'option générale adoptée afin d'orienter le processus d'interprétation des termes contractuels ambigus, il existe un point commun entre tous les systèmes lié à la portée du principe et résumé dans l'aphorisme « *in claris non fit interpretatio* ». Dans une certaine mesure, l'interprétation des termes du contrat est nécessaire uniquement si le sens des termes n'est pas évident ou manifestement clair. Si les termes sont limpides, la question ne se pose pas (premier paragraphe de l'article 4.1.1).

D'un point de vue purement linguistique, il convient de souligner qu'en réalité il n'existe pas de termes clairs, puisque le sens dépend nécessairement du contexte. Néanmoins, d'un point de vue juridique, le principe remplit une fonction importante concernant la sécurité juridique, de sorte que si les clauses d'un contrat sont claires, univoques et non contradictoires, le juge ou l'arbitre doit s'en tenir à leur sens sans permettre aux parties de les dénaturer en faisant appel à des éléments contextuels contradictoires.

Le principe a été repris expressément, bien que de manière nuancée, dans plusieurs systèmes juridiques de la Caraïbe (p. ex. article 52 du code civil cubain). La jurisprudence française (p. ex. arrêts de la Cour de Cassation du 15 avril 1982 et du 14 décembre 1942) privilégie en particulier le sens littéral d'une « clause claire et précise », qui apparaît à l'article 97 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013. La formulation du code civil espagnol [article 1.281, que partagent le code civil mexicain (article 1.851), le code civil guatémaltèque (article

1.593), le code civil nicaraguayen (article 2.496), le code civil hondurien (article 1.576), le code civil panaméen (article 1.132) et le code civil portoricain (1.233)] semble admettre plus facilement la primauté des circonstances contextuelles qui font prévaloir la « véritable intention » sur les clauses écrites. Cependant, il faut remarquer que ces codes exigent souvent la présence d'une intention « évidente » des parties contraire au texte clairement écrit, si bien que, en réalité, cela se recoupe avec l'exception de l'erreur ou du *lapsus linguae* manifeste régi par le paragraphe deux de l'article 4.1.1 des présents Principes.

La règle proposée ne s'oriente donc pas vers le modèle d'interprétation littérale, qui pendant longtemps a caractérisé le droit anglais ainsi que plusieurs systèmes caribéens, en particulier insulaires. En effet, selon la conception la plus classique du droit anglais, l'interprétation grammaticale du contrat ne se limite pas au sens des termes dans le langage ordinaire (langage primaire), puisqu'il est admis que les parties peuvent employer un langage spécialisé (langage secondaire). Dans ce cas, lorsqu'un même terme d'un contrat peut avoir un sens ordinaire et un sens différent dans un langage ou jargon spécialisé, ce terme n'est pas clair au sens du paragraphe deux du présent article et, par conséquent, le principe énoncé au premier paragraphe du présent article ne sera pas applicable.

Il est certain qu'en droit anglais, bien qu'après l'arrêt de la *House of Lords* dans l'affaire *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Brownwich Building Society* (1998 ; 1 WLR, 896) une interprétation des termes du contrat contextualisée ait primé, le contexte ne peut servir de prétexte pour corriger des termes clairs et précis (*BCCI v. Ali* (2001), 2 WLR, 731). Le sens ne diffère donc pas de la portée du principe tel qu'il est énoncé dans les systèmes continentaux. La différence réside dans le fait que, apparemment, les systèmes romano-germaniques sont plus enclins à apprécier des éléments contextuels qui reflètent la véritable intention des parties afin de considérer qu'une clause contractuelle n'est pas claire. En tout cas, les deux cultures juridiques peuvent conduire à des divergences inévitables quand il s'agit de déterminer si un terme est clair au sens de l'article 4.1.1 (premier paragraphe), ou ambigu au sens de l'article 4.1.1 (deuxième paragraphe). Mais bien que ces divergences semblent inévitables quelle que soit la juridiction compétente, cela n'empêche pas que la règle prévue à l'article 4.1.1 soit partagée par tous les systèmes de la zone OHADAC.

En outre, dans les systèmes romano-germaniques ainsi que dans la *common law*, il existe des exceptions pour les *lapsus calami*, c'est-à-dire les expressions qui paraissent claires mais qui présentent une erreur ou un lapsus manifeste à la lumière

des circonstances du contrat. Tandis que les systèmes continentaux donnent une réponse à ces cas en faisant prévaloir la véritable intention des parties, le droit anglais utilise l'action de rectification dérivée de l'*equity law* pour les résoudre. Bien qu'il s'agisse de formules différentes, dont les présents Principes ne préjugent pas l'application, elles sont toutes deux compatibles avec l'exception contenue à l'article 4.1.1 (deuxième paragraphe).

Article 4.1.2 : Critère général d'interprétation

- 1. Les contrats et les déclarations des parties sont interprétés selon le sens que leur donnerait une personne raisonnable de même qualité que les parties, placée dans la même situation.**
- 2. En particulier, pour l'interprétation du contrat et des déclarations des parties, sont pris en compte :**
 - a) L'intention d'une partie dans la mesure où elle était connue ou devait ou pouvait être connue de l'autre partie.**
 - b) Les circonstances au moment de la conclusion du contrat et durant son exécution.**
 - c) Les usages commerciaux et les pratiques établis entre les parties.**
 - d) Les usages commerciaux et le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche du commerce concernée.**
 - e) Les usages généraux dans le commerce international.**
 - f) L'objet du contrat.**
 - g) Le sens commun dans le commerce.**

COMMENTAIRE

1. Principe d'interprétation objective

La règle contenue à l'article 4.1.2 est l'une des plus innovatrices des présents Principes. En effet, elle tente de concilier de manière harmonieuse les systèmes d'interprétation du contrat entre les systèmes romano-germaniques et ceux de la *common law* existant dans la Caraïbe. Même si les résultats finaux du processus interprétatif ne varient pas substantiellement, les deux modèles partent de postulats opposés.

Dans les textes qui suivent le modèle romano-germanique, une règle similaire à celle de l'article 4.1.2 semble admissible, mais elle n'est envisagée qu'en tant que solution subsidiaire à la règle générale, qui vise à la détermination de la véritable intention des parties. La règle est ainsi conçue à l'article 8 CVIM, en vigueur en Colombie, à Cuba, aux États-Unis, au Honduras, au Mexico, aux Pays-Bas, en République Dominicaine et à Saint-Vincent-et-les-Grenadines et au Guyana. L'article 8.1 CVIM prévoit, comme principe d'interprétation, l'intention d'une partie du contrat lorsque « l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention », c'est-à-dire le même critère que le paragraphe deux, a), de l'article 4.1.2 des présents Principes. L'article 8.2 CVIM fait appel à un critère d'interprétation objective similaire à celui établi au premier paragraphe de l'article 4.1.2 des présents Principes uniquement à défaut de ce critère. Une réglementation similaire se trouve dans l'article 96 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013, ainsi que dans les articles 4.1 (2) PU, 5:101 (3) PECL, II-8:101 (2) DCFR et 58 CESL.

Les critères d'interprétation ont été inversés dans la présente réglementation afin d'obéir au besoin de rédiger une règle qui soit également acceptable par les systèmes caribéens de *common law*, en particulier par les territoires où le droit anglais s'applique. En effet, le critère d'interprétation du droit anglais ne cherche pas à établir la véritable intention des parties, mais semble « objectiviste » dans la mesure où l'interprétation des clauses contractuelles prime indépendamment de l'intention présumée des parties. Or, la rédaction de l'article 4.1.2 coïncide avec l'un des critères d'interprétation fondamentaux exposés par Lord Hoffmann dans l'affaire *Investors*. Dans cette affaire, en modulant la tradition d'interprétation littérale du droit anglais, le premier critère interprétatif n'est plus le sens de ce qu'a exprimé une partie, mais le sens que lui aurait attribué une personne raisonnable connaissant les précédents et le contexte du contrat au moment de sa conclusion.

La formulation ouverte de l'article 4.1.2 permet cependant de concilier le modèle interprétatif du droit anglais et celui des systèmes romano-germaniques, étant donné la liste des critères dont le juge ou l'arbitre peut se servir afin de parvenir à une interprétation objective basée sur des critères raisonnables conformément au paragraphe deux de l'article 4.1.2. En effet, bien que le principe d'interprétation du

contrat conformément à des critères raisonnables soit un principe objectif, il s'agit toujours d'effectuer une interprétation contextualisée, qui exige de placer cette personne raisonnable dans la situation dans laquelle se trouvaient les parties au moment de la conclusion du contrat. La précision contextuelle permet de prendre en considération, entre autres, les critères afférents à la connaissance qu'une partie pouvait avoir de l'intention de l'autre partie et, surtout, de donner une valeur significative à une telle intention conformément à la tradition romano-germanique. Comme indiqué plus loin, cette option est également compatible avec la jurisprudence anglaise actuelle.

En outre, les critères d'interprétation ont été inversés afin d'éviter d'avoir à recourir à des règles additionnelles, telles que celle contenue à l'article II-8:101 (3) (b) DCFR, qui vise à empêcher que l'intention connue de l'une des parties puisse léser un tiers qui ignorait de bonne foi cette intention. Cette inversion évite également une extension indésirable de l'interprétation subjective ou intentionnelle quand le contrat a été rédigé en utilisant des clauses standardisées ou des conditions générales, dont l'interprétation doit être objectivée selon le sens uniforme que leur auraient donné les usagers généraux de ces clauses.

2. Éléments contextuels à prendre en considération

Le paragraphe deux de l'article 4.1.2 énonce une série d'éléments circonstanciels ou contextuels à prendre en considération quand il s'agit d'interpréter le contrat conformément à la règle établie dans le premier paragraphe. Le rôle de ces éléments contextuels peut varier selon la culture juridique du juge ou de l'arbitre. De cette façon, il est aisé d'imaginer que dans les systèmes romano-germaniques, traditionnellement partisans de fonder l'interprétation du contrat sur la véritable intention des parties, les circonstances subjectives énumérées aux paragraphes deux a), b) et c) peuvent avoir plus de poids que les critères contextuels purement objectifs qui sont mentionnés dans les paragraphes suivants. En revanche et sans surprise, une culture plus objectiviste telle que celle du droit anglais accorde une valeur dominante aux critères objectifs. Néanmoins, dans la pratique jurisprudentielle comparée, les différentes théories ne se traduisent pas nécessairement dans la pratique, puisque les deux modèles tendent à converger.

Le premier critère d'interprétation, signalé au paragraphe deux, a), attache de l'importance à l'intention connue ou connaissable des parties au moment de la conclusion du contrat. Comme cela a déjà été dit, il s'agit d'un critère fondamental pour les systèmes romano-germaniques (il apparaît expressément dans l'article 52 du code civil cubain), mais qui est également admissible par le droit anglais actuel, au

moins en tant qu'élément contextuel pouvant déterminer le sens des clauses écrites (article 947 du code civil saint-lucien). Comme cela a été déjà souligné, en particulier après l'affaire *Investors*, il a été admis que pour l'interprétation des clauses contractuelles ambiguës ou peu claires le contexte ou *background*, au sens le plus large, joue un rôle capital, si bien qu'il est possible de considérer toute circonstance objective ou subjective (« *absolutely anything* ») qui aurait pu influencer sur la manière de comprendre les termes d'un contrat par une personne raisonnable de même qualité que les parties. En principe, dans l'approche anglaise le contexte est essentiellement objectif, mais l'évolution de la jurisprudence anglaise admet la possibilité de considérer également des éléments contextuels subjectifs et intentionnels. D'un côté, des affaires d'une grande importance, telles que *Krell v. Henry* (1903), ayant posé les fondements de la doctrine de la *frustration* du contrat en droit anglais, démontrent l'importance de l'intention des parties pour la résolution d'un contrat dépourvu de finalité ou de cause. Dans ce cas célèbre, des balcons étaient loués afin d'assister au cortège qui suivait le couronnement du roi Édouard VII, et qui a dû être annulé, le monarque étant malade. La résolution du contrat était uniquement justifiée dans la mesure où l'intention du locataire était ou devait être connue du bailleur et partagée par celui-ci. D'autres affaires, telles que *Prenn v. Simmonds* (1971, 1 WLR 1381), n'empêchent pas les juges anglais de prendre en considération des éléments se rapportant clairement à l'intention des parties comme faisant partie du contexte du contrat écrit.

Le principe susmentionné permet de retenir, en tant qu'éléments à prendre en compte, les circonstances permettant de déterminer l'intention des parties, telles que les pourparlers. Les articles 4.3 (a) PU, 5:102 (b) PECL et II-8:102 (1) (a) DCFR le prévoit expressément, ce qui joue un rôle essentiel dans les systèmes romano-germaniques dans la mesure où la véritable intention des parties est ainsi clarifiée. Bien que la *parole evidence rule* du droit anglais stigmatise en principe la possibilité de faire appel aux pourparlers en tant qu'élément interprétatif, il convient de noter que la jurisprudence la plus récente, suivant la ligne d'interprétation contextuelle au sens large de l'affaire *Investors*, tend à les considérer comme étant un élément interprétatif important [p. ex. arrêts de la *Court of Appeal (Civil Division)* du 17 février 2006 dans l'affaire *Proforce Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.* (EWCA Civ 69) et du 18 décembre 2006 dans l'affaire *The Square Mile Partnership Ltd. V. Fitzmaurice McCail Ltd* (A3/2006/0290e) et arrêt de la *High Court of Justice* du 22 mai 2007 dans l'affaire *Great Hill Equity partners II LP v. Novator One LP & Ors* (EWHC 2010 Comm)]. Certaines décisions plus récentes prouvent cette tendance, mais de manière exceptionnelle ou modérée [*Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* (2009, 1 AC 1101) ; *Oceanbulk*

Shipping and Trading SA v TMT Asia Ltd (2011, 1 AC 662)]. Il faut aussi noter le manque d'enthousiasme du *Privy Council* lors de l'appel dans l'affaire *Yoshimoto v Canterbury Golf International* (2001, 1 NZLR, 523), où l'utilisation des pourparlers comme élément interprétatif avait été ouvertement admise (2004, NZLR 1).

Plus largement, l'article 4.1.2, paragraphe deux, b) permet de prendre en considération toute circonstance contextuelle existant au moment de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Ce principe, formulé de manière aussi générale à l'article 52 du code civil cubain et à l'article 947 du code civil saint-lucien, englobe également les actes des parties, que ce soit au moment de conclure le contrat ou plus tard, pendant son exécution. Ces circonstances subjectives sont expressément mentionnées aux articles 1.577 du code civil hondurien, 2.497 du code civil nicaraguayen, 1.133 du code civil panaméen, 1.234 du code civil portoricain, dans la section 202.4 du *Second Restatement on Contracts* des États-Unis, dans la section 2-208 UCC, ainsi que dans les articles 4.3 (c) PU, 5:102 (a) PECL, II-8:102 (1) (b) DCFR et 59 CESL. La jurisprudence française permet aussi d'apprécier le comportement ultérieur des parties afin d'interpréter leur intention commune (arrêt de la Cour de Cassation (1^{re} civ) du 13 décembre 1988). Son importance dans les systèmes de la *common law* est appuyée par la même tendance observée en ce qui concerne les pourparlers, se basant sur l'essor récent de l'interprétation « contextualisée » du contrat. En particulier, la doctrine de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, caractéristique des systèmes romano-germaniques, peut être utilisée afin d'interpréter les obligations contenues dans le contrat. Il est vrai que, en droit anglais, la précision temporelle du contexte porte sur le moment de conclusion du contrat et pas sur les actes ultérieurs, qui iraient contre la *parole evidence rule* [*James Miller & Partners v Whitworth Street States (Manchester) Ltd* (1970, AC 583) ; *Prenn v. Simmonds*, 1971, 1 WLR 1381]. Cependant, cette limitation contextuelle est aujourd'hui l'objet de débats en droit anglais, tout en contredisant d'autres précédents en faveur de la prise en considération du comportement des parties ultérieur à la conclusion du contrat comme élément contextuel significatif [*Barrier Wharfs Ltd v W Scott Fell & Co Ltd* (1908, 5 CLR 647, 663) ; *Hide & Skin Trading Pty Ltd v Oceanix Meat Traders Ltd* (1990, 20 NSWLR 310, 327)]. En tout cas, le droit anglais n'empêche pas de considérer les actes ultérieurs des parties comme étant constitutifs d'engagements complémentaires ou modificatifs du contrat ou afin de déterminer le recours à l'*estoppel*.

Les contrats et les pratiques antérieures entre les parties font également partie du contexte subjectif qui peut être pris en compte afin d'interpréter les termes ambigus d'un nouveau contrat entre les parties et de déterminer le sens qu'une personne

raisonnable aurait attribué au contrat dans de telles circonstances. Le critère contenu à l'article 4.2.1, paragraphe deux, c) des présents Principes est expressément formulé dans l'article 1.622 du code civil colombien, et dans les articles 4.3. (b) PU, 5:102 PECL, II-8:102 (1) (c) DCFR et 59 CESL.

Outre le contexte subjectif, des éléments objectifs peuvent éclaircir le sens des termes du contrat. En particulier, et hormis les pratiques et usages commerciaux entre les parties régis dans le paragraphe deux, c), les usages commerciaux dans la branche commerciale ou économique qui encadre le contrat [article 4.1.2, paragraphe deux, d)] et les usages du commerce international [article 4.1.2, paragraphe deux, e)] peuvent être pris en considération. Il s'agit d'un critère répandu dans les codes civils de certains pays caribéens (articles 436 du code de commerce costaricain ; articles 1.159-1.160 des codes civils dominicain et français ; article 1.599 du code civil guatémaltèque ; articles 949-950 du code civil haïtien ; article 1.582 du code civil hondurien ; article 1.856 du code civil mexicain ; article 2.502 du code civil nicaraguayen ; article 1.138 du code civil panaméen ; articles 948 et 949 du code civil saint-lucien) et prévu aussi de manière unanime dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [articles 4.3 (e) et (f) PU ; article 5:102 (e) et (f) PECL ; article 59 CESL ; article II-8:102 (1) (d) et (f) DCFR ; article 59 CESL]. Son caractère objectif facilite son application dans les systèmes de la *common law*. En droit anglais, les *trade usages* sont aussi reconnus dans la loi [sections 14 et 55.1 du *Sale of Goods Act* de 1979, reproduites dans les sections 55 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; 55 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; 55 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; 55 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; 56 du *Sale of Goods Act* du Belize ; 54 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque] ainsi que dans la jurisprudence, de même qu'aux États-Unis [sections 219-223 du *Second Restatement on Contracts* et section 1-205 UCC]. Dans la jurisprudence anglaise, l'introduction des usages commerciaux est fondée sur la technique des « *implied terms* », en particulier « *by custom* », à condition qu'ils soient notoires et clairs et indépendamment du fait qu'ils aient été ou non prévus ou pris en compte par les parties [*Comptoir d'Achat et de Vente Belge SA v Luis de Ridder Ltd*, 1949, AC, 293 ; *Henry Kendall & Sons v Lillico & Sons Ltd*, 1969, 2 AC 31 (HL)]. Néanmoins, il est évident que les pratiques entre les parties ou les usages particuliers ont moins de poids dans la mesure où le contexte subjectif fait preuve de moins de force que le contexte objectif dans la tradition interprétative de la *common law*.

La nature et l'objet du contrat sont des critères interprétatifs objectifs généralement prévus dans les systèmes juridiques caribéens de tradition romano-germanique (articles 1621.I du code civil colombien ; article 1.158 des codes civils dominicain et

français ; articles 1.595 et 1.597 du code civil guatémaltèque ; article 948 du code civil haïtien ; article 1.581 du code civil hondurien ; article 1.855 du code civil mexicain ; article 2.501 du code civil nicaraguayen ; article 1.137 du code civil panaméen), mais aussi dans les articles 5:102 (c) PECL, II-8:102 (1) (e) DCFR et 59 CESL. En droit anglais, la portée de ce critère objectif est moins adaptée à la tendance de ce droit à la singularité des contrats. Néanmoins, d'un côté la progressive spécialisation du droit contractuel anglais relativise le principe de la singularité des contrats, alors que la complexité du commerce international a relativisé la généralité contractuelle dans les systèmes romano-germaniques. D'un autre côté, le postulat de la singularité contractuelle n'empêche pas de prendre en considération, en tant qu'élément contextuel pertinent, la finalité ou la cause du contrat en question, voire même la dénomination utilisée par les parties pour définir le contrat. C'est pour cela que la référence à l'« objet » du contrat, et non pas une référence équivoque à la « nature », semble préférable et s'adapte mieux aux principes du droit des contrats de toutes les familles juridiques représentées dans la zone caribéenne.

L'article 4.1.2, paragraphe deux, g) du de l'envisage finalement une règle générique qui coïncide en réalité avec le caractère « raisonnable », qui gouverne la règle d'interprétation objective du premier paragraphe de l'article 4.1.2. Ce critère, formulé de manière générique, se rapporte au « sens commun du commerce ». Il s'inspire des articles 4.8 et 5.1.2 des PU, bien qu'il s'agisse dans ce cas des principes relatifs à l'intégration du contrat, et non pas à l'interprétation au sens strict. Il a également le même sens que la « raison » invoquée aux articles 6:2 et 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais. En revanche, la plupart des systèmes romano-germaniques traitent ce principe général d'interprétation au moyen de notions indéterminées plutôt axiologiques, telles que la bonne foi ou l'équité [article 1.603 colombien ; article 1.519 du code civil guatémaltèque ; article 925 du code civil haïtien ; article 1.546 du code civil hondurien ; articles 6:2 et 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 956 du code civil saint-lucien]. La même règle se trouve aux articles 5:102 (g) PECL, II-8:102 (1) (g) DCFR et 59 CESL. L'équité est aussi le critère qui justifie, plus concrètement, le canon interprétatif présent dans certains codes civils favorables à une interprétation des termes ambigus qui soit plus en adéquation avec la réciprocité des intérêts pour les contrats disproportionnés et avec la moindre transmission de biens ou de droits pour les contrats gratuits (article 1.857 du code civil mexicain ; article 1.585 du code civil hondurien ; article 2.505 du code civil nicaraguayen). La préférence pour un critère objectif, moins axiologique, tel que le « sens commun du commerce », plutôt que le critère de « bonne foi », cherche à s'adapter plus facilement à la difficulté qu'a le droit anglais plus traditionnel à accepter le recours à la bonne foi

pour interpréter et, surtout, pour intégrer les contrats. Cependant, à la lumière de la jurisprudence anglaise plus récente, le « sens commun du commerce » et la « bonne foi » ont tendance à converger. En effet, bien que l'admission de la bonne foi par le droit anglais soit critique en ce qui concerne la phase de négociation du contrat et la responsabilité précontractuelle, il s'agit d'un critère d'interprétation qui génère plus de doutes quant à la détermination du contenu du contrat et des obligations que les parties doivent exécuter. Tandis que l'arrêt de la *High Court* dans l'affaire *Yam Seng Ltd. v. International Trade Corporation Ltd* [2013, EWHC 11 (QB)] et l'arrêt de la *Supreme Court* du Belize dans l'affaire *Bella Vista Development Co Ltd v AG* (Carilaw BZ 2009 SZ 14) semblent admettre le critère de bonne foi afin d'interpréter le contrat, l'arrêt de la *Court of Appeal* dans l'affaire *Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK* [2013 EWCA Civ. 200], sans réprover les précédents susmentionnés, en limite la portée de manière significative. C'est pourquoi il semble plus raisonnable de choisir un critère plus objectif, tel que le « sens commun du commerce » (*business common sense*), lequel étant admissible par toutes les familles juridiques peut en réalité conduire à des résultats voisins. Néanmoins, comme cela peut être déduit de la décision citée, les parties peuvent choisir d'insérer dans le contrat une clause générale de comportement ou d'interprétation du contrat conformément aux standards de bonne foi, dont l'efficacité sera reconnue plus facilement par les tribunaux anglais.

Article 4.1.3 : *Principe contra proferentem*

Les clauses ambiguës s'interprètent en défaveur de la partie qui les a rédigées.

COMMENTAIRE

1. Canons d'interprétation

L'article 4.1.3 initie une série de règles qui contiennent lesdits « canons d'interprétation ». Il s'agit des règles spécifiques qui sont insérées dans les codes civils de tradition romaniste (et non pas dans le BGB et les systèmes germanistes) et qui comportent des principes d'orientation ou *guidelines* pour l'interprétation des termes contractuels ambigus. D'une certaine manière, ces canons d'interprétation objectivent l'interprétation et aident à résoudre la difficulté de déterminer la « véritable intention » des parties, bien qu'ils ne soient pas absolument impératifs pour le juge, car ce dernier, dans les systèmes romano-germaniques, n'a pas à y

recourir s'il décide de les écarter (p. ex. en France, arrêts de la *Cour de Cassation* du 6 mars 1979, du 19 janvier 1981 ou du 19 décembre 1995). En droit anglais et dans les systèmes de la *common law*, ces principes interprétatifs sont également appliqués par les tribunaux et, de la même façon que dans les systèmes continentaux, ils sont considérés comme des principes ou des guides et non comme des *rules of law* à proprement parler.

Les articles 4.1.3 à 4.1.7 comprennent des canons interprétatifs clairement acceptés en droit comparé et en particulier dans les systèmes juridiques des pays caribéens. D'autres canons, dont l'application n'est pas uniforme, semble controversée ou obéit simplement à des critères dépassés dans le commerce actuel, ont été écartés des présents Principes.

Ainsi, le principe du *favor debitoris* est inscrit expressément dans certains codes civils (article 1.624 du code civil colombien et articles 1.602 et 1.603 du code civil guatémaltèque). Il s'agit, cependant, d'un principe interprétatif qui n'est pas repris dans la *common law* et dans plusieurs systèmes romano-germaniques, ni dans la plupart des codifications modernes, nationales et internationales, du droit des contrats. Ce critère ne s'adapte d'ailleurs pas aux besoins du commerce international, puisqu'il introduit un déséquilibre contractuel sans s'appuyer sur des raisons économiques ou juridiques suffisantes.

De même, il a été considéré opportun d'omettre le critère d'interprétation subjectiviste qui restreint la généralité des termes du contrat selon le critère de la véritable intention des parties. En effet, il s'agit d'un critère dépassé en matière de réglementation du droit des contrats qui est propre aux systèmes romano-germaniques et qui peut être résolu à l'aide des critères généraux d'interprétation de l'article 4.1.2.

D'autres canons n'ont pas été retenus, tels que ceux qui traitent du principe « *inclusio unius, exclusio alterius* » et qui sont compris dans certains codes civils romanistes (article 1.623 du code civil colombien ; article 1.164 des codes civils dominicain et français ; article 1.601 du code civil guatémaltèque ; article 954 du code civil haïtien ; article 1.584 du code civil hondurien ; article 2.504 du code civil nicaraguayen ; article 953 du code civil saint-lucien), également tombés en désuétude dans les textes les plus récents.

2. Principe *contra proferentem*

En revanche, l'article 4.1.3 contient l'un des canons d'interprétations les plus consolidés dans le droit contractuel actuel, appliqué à l'unanimité par les ordres

juridiques caribéens et qui obéit à l'ancien aphorisme « *verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem* », présent dans certains codes civils de la Caraïbe (article 1.162 des codes civils dominicain et français ; article 1.600 du code civil guatémaltèque ; article 952 du code civil haïtien ; article 1.583 du code civil hondurien ; article 2.503 du code civil nicaraguayen ; article 1.139 du code civil panaméen ; article 951 du code civil saint-lucien).

Le droit anglais partage aussi l'efficacité du principe [*Hollier v. Rabler Motors (AMC) Ltd.* (1972), 2 WLR 401 ; *Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd* (1997, QB 897) ; *Oxonica Energy Ltd v Neuftec Ltd* (2008, EWHC 2127)]. L'application pratique de cette règle doit cependant surmonter une difficulté conceptuelle dans les systèmes de la *common law*, qui découle de l'incidence de la *parole evidence rule* et qui pourrait restreindre les éléments probatoires nécessaires pour identifier, au moyen de preuves obtenues dès la négociation, l'auteur ou le rédacteur du contrat définitif. C'est pourquoi ces preuves sont admises lorsqu'elles sont fondées sur des faits objectifs connus des parties. L'application de la règle *contra proferentem* est admise dans les territoires qui font partie de la *Commonwealth*, comme en témoigne l'arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque dans l'affaire *Ammar & Azar Ltd v Brinks Jamaica Ltd* (Carilaw JM 1984 SC 35).

En outre, le principe a été inséré avec succès dans les textes plus récents, tels que l'article 101 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013. Il est également inséré dans tous les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [articles 4.6 PU ; 5:103 PECL ; II-8:103 DCFR ; 65 CESL].

Ce principe porte sur l'interprétation des termes ambigus qui ont été rédigés par l'une des parties au contrat seulement. Dans ce cas, ces termes seront interprétés dans le sens plus favorable à la partie qui n'a pas participé à sa rédaction. La finalité de cette disposition est, d'un côté, d'encourager la clarté et la précision dans la rédaction des contrats et, d'un autre côté, de protéger la partie qui n'a pas participé à la rédaction du contrat. Bien qu'il s'agisse d'un principe caractéristique des contrats de consommation ou d'adhésion, il a acquis ses lettres de noblesse dans la pratique commerciale actuelle sans qu'il n'existe de déséquilibre entre la partie responsable de la rédaction et la partie qui y adhère. Bien que ce principe soit caractéristique des contrats conclus par acceptation des conditions générales, il est également applicable dans les cas de contrats négociés individuellement, à condition qu'il soit possible d'identifier la partie qui a rédigé le contrat.

Article 4.1.4 : Favor negotii

Les clauses ambiguës s'interprètent dans le sens qui leur donne effet et qui donne effet à l'ensemble des clauses du contrat.

COMMENTAIRE

Le principe « *favor negotii* » ou d'interprétation « *in favorem negotii* » est un critère d'interprétation du contrat qui jouit d'une reconnaissance générale en droit comparé. Le principe de conservation du contrat emporte que, en cas d'ambiguïté, l'interprétation qui facilite les effets d'un terme contractuel est préférée à celle qui conduirait à son inefficacité. De plus, l'interprétation qui permet de donner la plus grande efficacité au contrat dans son ensemble sera toujours favorisée.

Ce canon interprétatif est expressément reconnu dans la plupart des codes civils caribéens (article 1.620 du code civil colombien ; article 1.157 des codes civils dominicain et français ; article 1.596 du code civil guatémaltèque ; article 947 du code civil haïtien ; article 1.579 du code civil hondurien ; article 1.853 du code civil mexicain ; article 2.499 du code civil nicaraguayen ; article 1.135 du code civil panaméen ; article 1.236 du code civil portoricain ; article 946 du code civil saint-lucien). Il est maintenu dans l'article 100 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013 et est inséré dans tous les textes internationaux récents d'harmonisation du droit des contrats (article 4.5 PU ; article 5:106 PECL ; article II-8:106 DCFR ; article 63 CESL).

En droit anglais, le critère d'interprétation traditionnel dans la jurisprudence vise à ce que l'interprétation ne soit pas influencée par le résultat ou par la conservation du contrat. Néanmoins, ce critère est remis en question à la lumière de précédents récents [*Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd.* (1996) ; *BCCI v Ali* (2002), 1 AC, 251, 269 ; *Financial Ombudsman Service v Heather Moor & Edgcomb Ltd* (2009 1 All ER 328)]. En réalité, la jurisprudence de la *common law* démontre qu'en cas de deux interprétations également plausibles il faut opter pour celle qui favorise la validité du contrat. En outre, le principe de conservation du contrat est évident au vu des critères que la jurisprudence anglaise utilise afin de déduire des « termes contractuels implicites », ce qui renforce l'acceptation du principe « *favor negotii* ». Finalement, il faut rappeler que le rôle des canons d'interprétation n'est pas rigide et que ce principe doit être mis en rapport avec d'autres critères d'interprétation et en particulier avec la règle générale de l'article 4.1.2, si bien qu'il est considéré que ce

canon interprétatif est tout à fait admissible par les systèmes caribéens de la *common law* et par le droit anglais [p. ex. *NV Handel Smits v English Exporters Ltd* (1955, 2 Lloyd's Rep. 517)].

Article 4.1.5 : Interprétation systématique

- 1. Les clauses d'un contrat s'interprètent au regard de l'ensemble du contrat, attribuant aux clauses particulières le sens le plus conforme avec le reste des clauses et des dispositions du contrat.**
- 2. Les clauses d'un contrat qui ont été négociées individuellement prévalent sur celles qui ne l'ont pas été.**

COMMENTAIRE

L'interprétation systématique du contrat, compris comme un ensemble, répond aussi à un canon d'interprétation généralement accepté qui répond aux besoins fondamentaux de cohérence du contrat. Les termes contractuels ne peuvent pas être appréciés hors du contexte du contrat.

Le principe envisagé à l'article 4.1.5 des présents Principes se trouve dans la plupart des codes civils caribéens (article 1.161 des codes civils dominicain et français ; article 1.598 du code civil guatémaltèque ; article 951 du code civil haïtien ; article 1.580 du code civil hondurien ; article 1.854 du code civil mexicain ; article 2.500 du code civil nicaraguayen ; article 1.136 du code civil panaméen ; article 1.237 du code civil portoricain ; article 950 du code civil saint-lucien). De même, il est prévu dans l'article 99 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ainsi que dans les articles 4.4 PU, 5:105 PECL, II-8:105 DCFR et 60 CESL. Le principe est également cohérent avec les principes qui gouvernent le droit des contrats anglais et de la *common law*, car il s'adapte parfaitement à l'interprétation contextuelle des termes contractuels qui prévaut dans la jurisprudence actuelle, sans préjudice de la *parole evidence rule* et des critères interprétatifs idiosyncratiques de la *common law*. En effet, l'interprétation systématique ou du contrat considéré dans son ensemble (*whole contract rule*) est clairement suivie dans de nombreuses décisions après l'affaire *Bettini v Gye* (1876, 1 QBD 183, 188). Parmi les plus récentes, il convient de citer : *Riverside Housing Association Ltd v White* (2007, 4 All ER 97) ; *Bindra v. Chopra*

(2008, 11 ITEL, 312) ; *Multi-Link Leisure Developments Ltd v Lanarkshire Council* (2010, UKSC 47) ; *Re Sigma Finance Corporation* (2010, 1 All ER 571).

Par contre, la règle contenue dans le paragraphe deux de l'article 4.1.5 des présents Principes établit un canon d'interprétation qui n'est pas connu des lois nationales (à l'exception de cas isolés tels que l'article 672.3 du code de commerce guatémaltèque ou de l'article 728 du code de commerce hondurien), mais qui obéit à une claire tendance du droit des contrats actuel, comme le démontrent les articles 5:104 PECL, II-8:104 DCFR et 62 CESL. La règle qui consiste à faire prévaloir les clauses négociées individuellement sur celles standardisées ou contenues dans des conditions générales s'aligne, en réalité, sur le sens de la règle générale de l'article 4.1.2 des présents Principes.

En cas de contradiction entre une clause négociée individuellement et une clause standardisée, la prévalence de la première est fondée sur la véritable intention des parties (critère subjectif), c'est-à-dire conformément aux critères interprétatifs énoncés par Lord Hoffmann dans l'affaire *Investors*. En effet, cette interprétation des termes contractuels implique la compréhension qu'en aurait, à la lumière des circonstances, une personne raisonnable placée dans la même situation que les parties. En effet, les deux parties préféreraient raisonnablement faire prévaloir le sens des clauses individuellement négociées et convenues sur celui des clauses standardisées ou des conditions générales qui n'ont pas été négociées. Le principe a été utilisé dans des décisions telles que *Glynn v Margetson* (1893, AC 531) ou *Taylor v John Lewis Ltd* (1927, SC 891, 898).

Sous certaines circonstances, néanmoins, cette interprétation pourrait comporter une exception à la *last shot rule*, caractéristique du droit anglais, lorsqu'après avoir individuellement négociées les clauses du contrat, une partie aurait remis à l'autre des conditions générales complétives dans certains cas, mais en contradiction dans d'autres cas avec des clauses négociées individuellement.

Article 4.1.6 : Divergences entre les versions linguistiques

Lorsqu'un contrat a été rédigé en deux ou plusieurs langues et que les versions divergent entre elles, la version originale du contrat prévaut si les parties n'ont donné préférence à aucune d'elles.

COMMENTAIRE

L'article 4.1.6 des présents Principes envisage un canon d'interprétation spécifique et particulièrement important pour les contrats internationaux. La diversité de versions linguistiques d'un même contrat entraîne souvent des contradictions entre les différentes versions qui sont propres à toute traduction et surtout à la traduction juridique, qui présente des difficultés particulières.

Les parties peuvent convenir d'une version dominante ou authentique en cas de contradiction entre les différentes versions linguistiques. À défaut d'accord, il convient d'établir des règles raisonnables afin de déterminer de manière objective la version qui prévaut. Le traitement de cette question est habituel dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, qui ont décidé à l'unanimité de faire prévaloir la version linguistique originale dont les autres versions ou traductions découlent (articles 4.7 PU ; 5:107 PECL ; II-8:107 DCFR ; 61 CESL). La règle semble raisonnable et a donc été suivie dans les présents Principes.

Il s'agit en tout cas d'un principe interprétatif que les juges ou les arbitres doivent pondérer en fonction du contexte et des circonstances du contrat. Il ne faut pas non plus exclure l'impossibilité de prouver quelle est la version originale du contrat. Dans ce cas, les restrictions probatoires de la *parole evidence rule* peuvent constituer un obstacle dans la *common law* si elles sont appliquées de manière excessivement restrictive. Si la version originale ne peut être déterminée, le juge et l'arbitre devront résoudre les contradictions linguistiques au moyen d'autres critères d'interprétations contenus dans les présents Principes et, en dernier ressort, les termes contradictoires seront ignorés et leur objet sera déterminé conformément aux règles visant à suppléer les omissions ou lacunes du contrat. Dans certains cas, en particulier quand le contrat n'a pas encore été exécuté, l'impossibilité d'intégrer les lacunes qui affectent une partie substantielle du contrat pourra justifier l'annulation du contrat ou des obligations en question.

Section 2 : Contenu du contrat

Article 4.2.1 : Intégration du contrat

- 1. Le contenu du contrat résulte exclusivement de l'accord des parties.**

2. Si les parties n'ont pas expressément convenu une clause contractuelle qui est déterminante de leurs obligations respectives, cette clause peut être déduite de manière implicite au regard de son caractère objectivement raisonnable et de la finalité du contrat.

COMMENTAIRE

1. Options de réglementation des instruments régissant les omissions du contrat

Le présent article vise à combler les lacunes contractuelles. Cela présuppose que le contrat ait été valablement conclu. Par conséquent, il faudra prendre en considération en particulier les dispositions du chapitre 2 des présents Principes en ce qui concerne les conditions minimales de pour déterminer l'objet du contrat qui sont nécessaires pour établir sa conclusion. Un contrat initialement incomplet ou qui n'est pas suffisamment déterminé peut souvent être considéré comme conclu du simple fait que les parties l'ont exécuté. Dans d'autres cas, indépendamment de ce fait, le contrat sera considéré comme conclu même s'il présente des lacunes concernant des aspects sans influence sur sa conclusion. Dans tous les cas, le juge ou l'arbitre est confronté au besoin de pallier les omissions du contrat en comblant les lacunes de l'engagement des parties.

De même que pour l'interprétation du contrat, il existe deux approches opposées en droit comparé permettant de combler les lacunes du contrat et de permettre son fonctionnement ou sa construction. Les systèmes romano-germaniques partent généralement d'un critère flexible laissant initialement une grande liberté interprétative quant au comblement des lacunes. Ce critère s'inspire parfois d'une règle à texture ouverte qui insère une « clause générale ». La plus répandue dans les codes civils des systèmes caribéens part du postulat que le contrat n'oblige pas seulement à ce que les parties ont expressément stipulé, mais aussi aux exigences découlant de la « bonne foi », de l'« équité » ou de la « nature du contrat » [article 1603 du code civil colombien ; article 1.023 du code civil costaricain ; article 1.135 des codes civils dominicain et français ; article 1.159 du code civil guatémaltèque ; articles 925 et 926 du code civil haïtien ; article 1.546 du code civil hondurien ; articles 6:2 et 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.796 du code civil mexicain ; article 2.480 du code civil nicaraguayen ; article 1.109 du code civil panaméen ; article 1.210 du code civil portoricain ; article 956 du code civil saint-lucien ; 1.160 du code

civil vénézuélien]. Cette tendance est également maintenue dans les articles 3, 11 et 103 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013. Le principe interprétatif souligné est aussi palpable aux États-Unis (sections 1-203 UCC et 205 du *Second Restatement of Contracts*). Les articles 1.621.II du code civil colombien et 1.160 des codes civils dominicain et français va dans le même sens, en prévoyant que les clauses d'usage courant sont présumées même si elles ne sont pas expressément rédigées.

En revanche, le droit anglais utilise la doctrine des dits « termes implicites » afin de combler les lacunes contractuelles. La doctrine anglaise présente une ressemblance remarquable avec les systèmes romano-germaniques sur un point : les dits « *implied-in-law terms* », c'est-à-dire les obligations contractuelles imposées par la loi, la coutume ou la jurisprudence et qui coïncident avec l'exigence générale des systèmes romano-germaniques en ce qui concerne la soumission du contrat aux exigences impératives, en plus des accords entre les parties. La question, cependant, est controversée en ce qui concerne la méthode utilisée pour combler les lacunes dans le domaine plus large des obligations soumises à l'autonomie de la volonté des parties. À cet égard, la jurisprudence anglaise se sert des dits « *implied-in-fact terms* », c'est-à-dire des termes ou des obligations contractuels dont les parties ne sont pas convenues, mais qui sont raisonnables et surtout nécessaires pour que le contrat ait un sens commercial. Les critères traditionnels de la jurisprudence anglaise (*officious bystander test* et *business efficacy test*) sont suivis dans les systèmes caribéens de la *common law*. En témoignent, par exemple, les décisions de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans les affaires *Costa v Murray and Murray* (Carilaw TT 1977 HC 82) et *Pierre v Port Authority of Trinidad y Tobago* (Carilaw TT 1969 HC 23), cette dernière se rapportant à l'obligation de transporter les marchandises de manière sûre et appropriée en tant que terme implicite dont les parties n'ont pas à convenir expressément.

La différence entre les clauses générales des systèmes romano-germaniques et les obligations implicites du droit anglais réside dans les critères qui permettent de déduire une obligation dont les parties ne sont pas convenues. Tandis que les premiers s'orientent vers des critères de justice (bonne foi) ou d'équité, le droit anglais se base de préférence sur des critères de simple efficacité économique du contrat, reconnaissant les obligations implicites qui sont indispensables pour que le contrat fonctionne ou ait un sens commercial (caractère raisonnable), mais indépendamment de toute considération quant à leur caractère juste ou équitable et à l'exclusion de toute bonté axiologique. Cette tendance est visible, par exemple, dans la décision du

Privy Council (Sainte-Lucie) dans l'affaire *Marcus v Lawaetz* (Carilaw LC 1986 PC 2). Néanmoins, comme cela a été souligné dans le commentaire à l'article 4.1.2, bien que récemment en droit anglais une tendance à considérer la bonne foi comme élément interprétatif et correctif puisse être observée, cette tendance reste controversée.

Les deux formules mentionnées semblent se combiner, mais seulement en apparence, dans les projets de codification les plus récents du droit international des contrats. Dans certains cas, ces approches sont toutes deux reflétées, de manière confuse. Par exemple, les PU ont introduit une règle spécifique (article 4.8) qui vise à offrir une solution adéquate en ajoutant à l'intention des parties et à la nature et finalité du contrat des critères généraux tels que la bonne foi et la loyauté contractuelle, voire le plus simple « sens commun ». Il est important de remarquer, cependant, que les mêmes critères sont employés à l'article 5.2 PU afin de définir les « obligations implicites ». Une comparaison des exemples et des commentaires aux deux articles met en évidence qu'il n'existe pas de réelle distinction entre une lacune comblée en utilisant les critères interprétatifs de l'article 4.8 et une obligation implicite déduite conformément à l'article 5.2 avec les mêmes critères. Mais il est certain que s'il y a obligation implicite, il ne convient donc pas de parler de lacunes, si bien que l'article 4.8 ne serait jamais appliqué.

Dans ce sens, la réglementation proposée dans l'article 6:102 PECL semble plus cohérente. Sous la rubrique « obligations implicites », les PECL établissent un seul critère en cas d'omission du contrat. D'une certaine manière, la terminologie s'approche du droit anglais, bien qu'il existe toujours une différence essentielle concernant les sources de ces obligations implicites : l'intention des parties, la nature et l'objet du contrat ainsi que la bonne foi. Avec de légers changements, le modèle de réglementation des PECL est conservé dans les articles II-9:101 DCFR et 68 CESL, qui introduisent la particularité notable d'exclure un tel instrument si les parties ont assumé volontairement les risques de la lacune, donnant priorité dans ce cas-là à la littéralité du contrat.

2. Règle du minimum

Aujourd'hui, il paraît impossible de rédiger une règle convergente en matière d'omission du contrat dans les systèmes romano-germaniques et dans les modèles caribéens de la *common law*.

La formulation proposée est consciemment vague et ouverte afin de permettre d'incorporer les deux cultures dominantes. Ainsi, elle n'empêche ni n'exige d'insérer une obligation dont les parties sont convenues et s'inspirant de l'équité ou de la bonne

foi afin de déterminer le caractère raisonnable d'un terme à la lumière de la finalité du contrat. Il faut remarquer, d'un côté, que nombre de systèmes romano-germaniques ont une pratique contraire *de facto* à la modification des obligations des parties en vertu de critères de justice matérielle, en particulier dans des branches commerciales spécialisées. D'un autre côté, il faut prendre en considération que la règle contenue à l'article 4.1.1 empêche l'altération du contrat si ses clauses sont claires. En réalité, la règle proposée, sans forcer la résistance du droit anglais à la notion de bonne foi, n'empêche pas non plus de la prendre en considération, de sorte qu'elle peut être acceptée par tous les systèmes concernés sans prendre le risque que la divergence de solutions n'augmente de manière remarquable, étant donné la diversité de critères que l'intégration du contrat provoque dans les jurisprudences nationales elles-mêmes.

En outre, si les parties souhaitent insérer expressément un critère équitable pour pallier les omissions du contrat, s'inspirant des critères de bonne foi, elles peuvent décider d'insérer dans le contrat une clause spécifique, dont les effets seront admis par les tribunaux ou les arbitres appartenant aux systèmes issus du droit anglais.

CLAUSE DE BONNE FOI

« Ce contrat doit être interprété conformément à la bonne foi. Chaque partie doit observer les exigences de bonne foi et par conséquent garantir que, dans le cadre des accords conclus avec l'autre partie, elle ne commettra pas d'actes ou d'omissions susceptibles de porter atteinte ou de réduire les droits, les biens ou les intérêts de l'autre partie. Chaque partie doit collaborer le plus possible avec l'autre afin de s'assister mutuellement ».

Article 4.2.2 : Modification sous une forme convenue

- 1. Lorsque les parties sont convenues de la forme sous laquelle le contrat peut être modifié ou révoqué, la modification ou la révocation du contrat ne peut se faire sous une autre forme.**
- 2. Toutefois, une partie qui par ses déclarations ou son comportement a conduit l'autre partie à agir raisonnablement en conséquence restera obligée en**

raison de ses actes et ne pourra pas invoquer cette clause.

COMMENTAIRE

Par une clause de ce type, les parties cherchent à éviter que les déclarations ou les actes effectués pendant l'exécution du contrat puissent être entendus comme une modification des obligations contractuelles, à moins qu'ils ne prennent une forme donnée. L'emploi de ces clauses est particulièrement opportun quand le contrat est régi par des systèmes romano-germaniques qui permettent plus facilement de déduire des obligations n'étant pas contenues dans le contrat ou d'en modifier le contenu à partir de la véritable intention des parties, qui peut s'apprécier selon leur comportement ultérieur. La règle proposée dans cet article est semblable aux règles contenues aux articles 29.2 CVIM et 2.1.18 PU. La réglementation des PECL (article 2:106) et du DCFR (article II-4:105) l'envisage d'une manière plus faible.

L'exception contenue au paragraphe deux vise à éviter les effets déraisonnables de la clause lorsque l'une des parties, à travers ses propres actes, fait des déclarations ou exécute des actes qui conduisent l'autre partie à assumer ou à agir raisonnablement en conséquence d'un tel comportement, ce qui implique une modification des conditions établies au contrat.

Exemple 1 : L'entreprise A, dont le siège est situé à San Juan, Porto Rico, conclut un contrat avec l'entreprise B, dont le siège est situé en Guadeloupe, pour la construction et livraison clé en main d'une installation industrielle. Le contrat, en plus d'une clause de non modification orale, comprend une obligation d'assistance technique fournie par B pour former les travailleurs de l'entreprise A au fonctionnement de l'installation. Le contrat a prévu que cette formation aurait lieu dans les installations de A. Postérieurement, A écrit un message à B lui indiquant qu'elle considère plus opportun que l'enseignement ait lieu dans les installations de B en Guadeloupe. Conformément à cette déclaration, B prépare dans ses installations tout le processus et le nécessaire pour dispenser la formation. Deux jours avant la date fixée, A demande à B que la formation soit dispensée conformément aux clauses du contrat. B peut invoquer le comportement de A pour ne pas exécuter l'obligation dans les installations de A et dispenser la formation en Guadeloupe.

La limite est connue dans les systèmes romano-germaniques sur la base de la doctrine de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, et aux États-Unis grâce à la doctrine du *promissory estoppel* (section 90 du *Second Restatement of Contracts*).

L'approche du droit anglais, par contre, est plus restrictive [*Hughes v Metropolitan Rly* (1877), 2 AC 439, 448 ; *Esso Petroleum Co Ltd v Altonbridge Properties Ltd* (1975), WLR 1474]. Il est considéré que l'institution de l'estoppel peut être invoquée, par exemple, pour être exonéré d'une obligation établie dans le contrat, mais non pour exiger une obligation non accordée dans le contrat.

Exemple 2 : L'entreprise A, dont le siège est situé au Mexique, conclut un contrat de fourniture de produits alimentaires avec l'entreprise B, dont le siège est situé à La Havane, qui comprend une clause de non modification orale. Le contrat prévoit que la livraison doit se faire FOB à La Havane. L'entreprise B demande à A la possibilité de livrer un envoi spécifique au Port de Santiago de Cuba. A accepte, et la même demande est réitérée pour les deux envois suivants. La quatrième demande à ce propos est refusée par A, qui considère que la livraison dans un port différent de celui dont elles ont convenu soulève des inconvénients supplémentaires et des coûts exceptionnels. Selon le droit anglais, B ne peut pas invoquer une obligation contre A dont elles n'avaient pas convenu. En principe, cela serait possible conformément à d'autres systèmes, y compris la règle des présents Principes, mais dans ce cas il semble improbable qu'il puisse être déduit des actes de A que B aurait pu être raisonnablement poussé à croire à une modification du lieu de livraison pour tous les envois futurs.

En tout cas, cette règle ne peut pas se détacher des règles générales relatives à l'interprétation du contrat qui se trouvent dans la section première du chapitre 4 des présents Principes, et qui permettent inévitablement une certaine marge de fluctuation selon la culture juridique du tribunal appelé à interpréter.

Article 4.2.3 : *Clause d'intégralité*

Le contenu du contrat ne peut être complété ou modifié par les déclarations ou accords antérieurs des parties si le contrat contient une clause stipulant que le contrat renferme tous les accords entre les parties. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du contenu du contrat.

COMMENTAIRE

Les clauses d'intégralité sont régulièrement utilisées dans les contrats internationaux afin d'éviter que les déclarations des parties pendant les pourparlers, lorsqu'elles échangent des propositions, brouillons ou projets, soient invoquées pour déduire du contrat des obligations qui ne font pas partie du document final ou pour modifier le contenu du contrat tel qu'il a été finalement rédigé. Ces clauses sont recommandées en particulier dans les cas de contrats qui exigent une longue et complexe période de négociation, pendant laquelle les parties échangent des messages, brouillons, lettres d'intention, etc. Ces clauses d'intégralité sont nécessaires en particulier quand le contrat est régi par un droit de tradition romano-germanique ou par le droit nord-américain, étant donné que ces systèmes admettent plus facilement la possibilité de déduire des obligations en vertu de déclarations hors du texte du contrat. En effet, l'intention des parties peut être déterminée par les tribunaux à partir de documents écrits ainsi que d'autres preuves extérieures [section 209 (3) du *Restatement Second of Contracts*]. Quand les parties insèrent une clause d'intégralité, les effets des déclarations hors du contrat formel peuvent entraîner la modification des obligations des parties consignées dans le texte du contrat de manière restreinte.

Les clauses d'intégralité sont également importantes dans le droit anglais, même si une large marge de reconnaissance est reconnue à la *parole evidence rule*. Bien que ce principe parte du présupposé que les documents écrits contiennent tous les termes du contrat, cette présomption peut être réfutée s'il est prouvé que les parties ne cherchaient pas à ce que le document écrit soit la seule source d'obligation des parties, pouvant ainsi avoir également recours aux déclarations orales. Le droit anglais n'empêche pas que, en marge du contrat, les parties aient pu convenir d'obligations accessoires ou supplémentaires, même oralement. Cependant, dans la mesure où il existe une tension entre les approches formalistes et contextualistes concernant l'interprétation du contrat et où les tribunaux peuvent appliquer cette règle de différentes manières, l'insertion d'une telle clause est recommandée. La clause d'intégralité sert donc d'instrument de refus des obligations accessoires différentes de celles du contrat écrit [*J Evans & Son (Portsmouth) Ltd v Andrea Mezarzio Ltd* (1976), 2 All ER 930].

L'éventuelle ambiguïté du contrat peut être appréciée différemment par les tribunaux. La clause d'intégralité empêche la reconnaissance du caractère obligatoire ou contractuel des déclarations des parties, des offres et des propositions qui ne figurent pas dans le texte du contrat final, mais elle ne limite pas l'effet interprétatif de ces déclarations comme des éléments contextuels qui peuvent être pris en considération conformément à l'article 4.1.2 des présents Principes. En effet, quand les obligations

contenues dans le contrat final posent des problèmes d'interprétation du fait qu'elles sont ambiguës ou obscures, les déclarations des parties faites en marge du contrat formel peuvent être prises en considération, non pas pour ajouter de nouvelles obligations, mais pour interpréter le sens des obligations insérées dans le contrat. Cela est reconnu, par exemple, dans la section 217 du *Restatement Second of Contracts*, dans la section 2-202 UCC, dans l'article 2.1.17 PU, dans l'article 72 CESL et a été maintenu dans l'article 8 CVIM.

Les articles 2:105 PECL et II-4:104 DCFR exigent que la clause d'intégralité ait été individuellement négociée comme condition d'efficacité, si les parties souhaitent empêcher que les accords préalables produisent des obligations non insérées dans le contrat écrit ainsi que si leur objectif est de priver ces accords ou déclarations d'un pouvoir interprétatif. Il n'a pas été considéré opportun d'insérer cette règle spéciale dans les Principes OHADAC, de sorte que si la clause d'intégralité est insérée dans le contrat comme une clause-type, sa validité sera déterminée conformément aux conditions prévues à l'article 2.1.9 des présents Principes. En effet, afin de privilégier l'efficacité de ces clauses, il est recommandé de ne pas insérer les clauses d'intégralité à travers des clauses standardisées, mais en tant que clauses négociées individuellement, étant donné que leur portée les rend susceptibles d'être considérées comme déraisonnables en tant que clauses-types.

Section 3 : Obligations contractuelles

Article 4.3.1 : Obligations de résultat et obligations de moyens

- 1. Lorsqu'une partie s'engage à fournir le résultat promis, elle est tenue de parvenir à ce résultat.**
- 2. Lorsqu'une partie s'engage seulement à déployer ses meilleurs efforts en vue d'atteindre un certain résultat sans promettre l'obtention de celui-ci, cette partie est tenue d'apporter à l'exécution de sa prestation la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.**

COMMENTAIRE

1. La distinction faite entre les systèmes nationaux de l'OHADAC

La distinction qui est faite entre les obligations « de moyens » et « de résultat » se fonde sur le contenu et la portée des engagements pris par le débiteur au contrat, selon qu'il correspond uniquement à s'obliger à adopter un comportement diligent ou à obtenir un résultat concret. Cette classification est une constante. D'origine doctrinale française ayant ensuite été accueillie par la jurisprudence, elle apparaît d'une manière ou d'une autre dans les droits européens continentaux, bien qu'ils ne contiennent pas formellement cette même dénomination.

Dans les droits européens continentaux, la distinction présente un versant important au regard du critère général d'imputation de la responsabilité contractuelle fondée sur la faute. Le droit européen continental a été construit sur la base de la faute comme critère d'appréciation de la portée des obligations du débiteur et l'inaccomplissement ou sur l'imputabilité de la responsabilité (article 1.147 du code civil français). Dans le cas des obligations de moyens, le comportement diligent qui est exigible au débiteur relève du contenu de l'obligation, de sorte que la preuve du défaut de diligence établit, en soi, l'inaccomplissement de l'obligation. Concernant l'obligation de résultat, la « faute » revêt toute son importance en tant qu'élément autonome : elle se matérialise généralement comme étant une circonstance « externe » au contenu même de l'obligation en introduisant une cause d'exonération de responsabilité comprise dans les cas où l'inaccomplissement a été démontré (c'est-à-dire la non-obtention du résultat). Il est évident que les différents droits nationaux ont progressivement tendu vers une objectivation de la responsabilité (en marge des critères d'imputation subjective) au moyen des présomptions de faute en matière d'obligation de résultat qui, dans la pratique, obligent le débiteur à prouver qu'il a fait diligence afin d'être exonéré de sa responsabilité.

Au contraire, la catégorie « obligation de moyens » était inconnue dans les systèmes de *common law*. Une obligation de moyens implique une analyse du comportement du débiteur au regard de critères, plus ou moins stricts, d'appréciation de son comportement diligent. Cela n'est pas étranger aux droits de tradition civiliste continentale, fondés sur l'exigence d'une faute comme critère d'inexécution du contrat ou, le cas échéant, de responsabilité pour inexécution. Cela suppose, cependant, une innovation dans les systèmes de *common law* qui sont fondés sur une responsabilité étroitement liée à l'obtention d'un résultat dans le contrat. Son point de départ relève de l'engagement absolu qui est assumé par les parties contractantes sur l'exécution du contrat (*strict liability*). De ce fait, la non obtention du résultat fixé sera considérée comme une inexécution du contrat et entraînera la responsabilité du débiteur, fondée sur des critères purement objectifs. Dans ce type de cas, la teneur du

contrat est essentielle afin de déterminer la portée des obligations du débiteur, obligeant à délimiter précisément et *ex ante* les engagements assumés ainsi que les causes d'exonération réciproquement acceptées. En prenant en compte ses conséquences ultimes, l'établissement d'une obligation de résultat, outre la diligence prêté par le débiteur, peut constituer une charge excessive pour lui, notamment dans les cas où il s'avère difficile de préciser le résultat à atteindre ou si ce résultat n'est pas directement sous le contrôle exclusif du débiteur. Sur cette base, la jurisprudence a introduit des variantes à la « responsabilité stricte » en utilisant la technique des *implied terms* et en admettant les cas où l'engagement assumé ne permet pas d'assurer le résultat mais oblige seulement aux *best efforts*. Or, sa non-obtention ne signifie pas inexécution par le débiteur.

Cela démontre que les clauses de *best efforts* invoquent le poids de l'obligation qui pèse sur le débiteur par l'introduction d'un critère d'analyse de l'exécution subjective, traditionnellement étranger aux systèmes anglo-saxons. Il en résulte donc une dualité du système de responsabilité : la stricte responsabilité et celle fondée sur les *best efforts* qui s'approche du modèle de droit continental dans sa distinction entre les obligations de résultat et celles de moyens. De ce fait, le *Supply of Goods and Services Act* de 1982 contient des dispositions du contrat de vente qui, en tant qu'exemple de contrat de résultat, entrent dans le champ des contrats commerciaux et supposent que les marchandises soient livrées dans un état de qualité satisfaisant (section 14 de la Partie I). Pour sa part, dans le contrat de service, le débiteur doit seulement fournir un service correspondant à une diligence raisonnable mais ne s'engage pas, d'une façon générale, à un résultat (section 13 de la Partie II). Dans le droit nord-américain, les sections 2-306 UCC et 379 du *Restatement Second of Agency* prévoient des obligations qui ne sont pas de résultat, mais qui déterminent seulement l'acceptation d'un engagement à agir avec une certaine diligence.

De ce point de vue, les obligations de moyens qui pèsent sur le débiteur dans les droits continentaux et les obligations de *best efforts* anglo-saxons ont une portée pratiquement identique. Dans la mesure où les droits continentaux intègrent progressivement le caractère unitaire du concept de l'inexécution et la tendance à l'objectivation de la responsabilité, la responsabilité dans l'obligation de résultat est identique également. Dans les deux cas, l'inexécution se produit dès lors que le résultat ne satisfait pas l'une quelconque des obligations découlant du contrat. Avec l'introduction de la faute dans l'inexécution, la qualification initiale de la faute comme élément de responsabilité contractuelle a perdu progressivement du sens, ce critère étant davantage relié à la responsabilité par *tort*. De ce point de vue, les *best efforts*

anglo-saxons et les obligations de diligence dans les droits continentaux sont pratiquement équivalents. Toutefois, des différences subsistent entre les deux puisque les systèmes romano-germaniques maintiennent, pour les obligations de résultat, la diligence du débiteur comme critère d'imputation de la responsabilité contractuelle.

C'est essentiellement dans le champ des droits des territoires de l'OHADAC que nous rencontrons un schéma similaire. D'une part, les droits basés sur le modèle romano-germanique ne possèdent pas spécifiquement de classification et de définition générale des obligations de moyens et de résultat. Une telle distinction n'apparaît que par l'analyse des diverses modalités contractuelles contenues dans la majeure partie des codes civils et dans ceux qui définissent les obligations susceptibles d'engager à atteindre un résultat déterminé, notamment les obligations où le débiteur s'engage à un comportement diligent. À partir de là, il peut être effectué une classification selon les types de contrats, l'obligation de résultat illustre le contrat de vente (la transmission de la propriété du bien) et l'obligation de moyens illustre quant à elle le contrat de mandat ou de commission (la gestion d'affaires confiée). Le code civil le plus clair dans ce sens est le code guatémaltèque qui distingue le contrat d'œuvre et de services (article 2.000, 2.031 et 2.033 du code civil), qui établit une obligation de résultat pour le premier et de diligence pour le second. De façon identique, les contrats de service sont régis par l'article 2.615 du code civil mexicain, dont l'exécution se mesure selon le degré de diligence déployé par le débiteur. Toutefois, il est davantage habituel que des obligations de l'une et de l'autre catégorie se retrouvent dans le même contrat. Cela est visible, par exemple, dans un contrat de dépôt qui contient à la fois une obligation de restitution (obligation de résultat) et une obligation de garde et de conservation de la chose avec la diligence d'un bon père de famille (voir dans ce sens, entre autres, l'article 1928 du code civil dominicain).

Pour sa part le droit de la *Commonwealth* caribéenne inclut, de la même façon que le droit anglais, une délimitation des obligations selon les modèles contractuels de vente et d'agence qui correspondent, particulièrement, à l'obligation de parvenir à un résultat ou au pur engagement à une obligation de diligence de la part du débiteur. Concernant les premiers, sont prévus les cas où la règle fixe des *implied conditions* quant à l'adéquation du produit à la finalité poursuivie par le contrat, qui dépendra de l'exécution de certaines conditions [section 16 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 16 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 15 du *Sale of Goods Act* de la Barbade ; section 16 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 15 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 16 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 16 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago]. Au contraire, dans le cadre des contrats

d'agence, les obligations à la charge de l'agent sont soumises à une diligence et une compétence raisonnables, qui déterminent la responsabilité d'indemnisation en cas de non-respect de ces obligations.

2. La distinction dans les textes d'harmonisation contractuelle

Les différents textes d'harmonisation contractuelle font la distinction entre les obligations de moyens et de résultat. L'article 5.1.4 PU met en évidence l'idée d'une « transposition » des institutions fondées sur l'équivalence entre le *duty of best efforts* anglo-saxons et l'obligation de moyens continentale, par opposition à celle de résultat. La révision des PECL proposée par l'Association Henri Capitant comprend la distinction entre les obligations de résultat et les obligations de *best efforts*, tout en introduisant dans le nouvel article 6:103 une règle similaire aux PU.

Cependant, c'est dans le DCFR que la distinction prend toute son importance spécifique au moment de déterminer la portée des obligations dans le cadre des contrats de services. Pour ces contrats, sont visées à titre général et en marge de réalisations postérieures en fonction des modalités contractuelles spécifiques, les obligations de diligence (article IV.C.-2:105) et de résultat (article IV.C.-2:106). Ces dernières apparaissent si elles sont définies ainsi dans le contrat ou s'il s'agit d'un résultat que le client peut raisonnablement attendre du contrat ou s'il n'a pas de raison de croire qu'il existe un risque substantiel susceptible de compromettre l'obtention de ce résultat avec le service convenu. L'importance du modèle prévu dans le DCFR découle de la nouvelle conception des contrats de services, avec une approche similaire à celle établie dans les Principes européens relatifs aux contrats de services (*Principles of European Law: Service Contracts*) (articles 1:107 et 1:108). En effet, dans ces modèles, la distinction « radicale », et sous-jacente dans les droits nationaux, entre les contrats d'ouvrage (généralement liés au contrat de résultat) et ceux de services à proprement parler (généralement liés au contrat de moyens) est bouleversée. Les contrats de services sont conçus dans le DCFR de manière large et transversale, intégrant en eux des contrats très différents comme ceux de construction, de maintenance, de dépôt, de conception, d'information et d'assistance et de traitement médical. Il résulte de cet éventail et de sa transversalité qu'il n'est pas possible d'associer directement et automatiquement le contrat de services à une simple obligation de moyens. En outre, il est non seulement prévu, comme règle générale, qu'un contrat de services puisse aller de pair avec un résultat, mais également qu'il établisse un résultat présumé pour des contrats de services spécifiques, comme il en résulte du paragraphe 1 de l'article IV.C.-2:106 mentionné.

La CESL part d'une conception différente par rapport au DCFR pour les contrats de services se rapportant à la vente [article 2 (m) de la Proposition]. De tels contrats sont présumés être des obligations de moyens de sorte que, à moins qu'ils ne stipulent un résultat concret, soit comme conséquence d'une obligation expresse ou implicite, le prestataire de services reste lié uniquement à une obligation de diligence et de compétence. Une telle disposition a déjà fait l'objet de critiques en introduisant un régime clairement favorable au prestataire de service dans une large typologie contractuelle (contrats d'installation, de maintenance et de réparation, entre autres), face à un modèle de responsabilité contractuelle plus stricte. Or, la position du client, sur lequel pèse la charge de la preuve du défaut de diligence du débiteur pour chaque cas, est affaiblie. Toutefois, il convient de souligner que la CESL nuance partiellement la qualification du contrat en fonction des relations entre les professionnels ou avec les consommateurs, tout en imposant des obligations de résultat dans le second cas. Ainsi, par exemple, les contrats d'installation seront considérés comme étant de résultat (article 148.4 en lien avec l'article 101 CESL).

3. Importance de la distinction et de la position des Principes OHADAC

La caractérisation d'une obligation de moyens ou de résultat est essentielle pour déterminer la portée des obligations du débiteur et, de ce fait, pour identifier les cas d'inexécution contractuelle. Cette caractérisation peut émaner du contrat dans son ensemble ou de l'obligation principale qu'il comprend (le résultat de la remise de la chose de la transmission de la propriété dans la vente) ou le respect de certaines de ses obligations (par exemple, l'obligation de délivrance « dans un délai raisonnable », qui transforme le temps d'exécution en une obligation de moyens). Il est important de relier cette configuration des obligations de moyens et de résultat avec les critères d'imputabilité de la responsabilité par dommages et intérêts. Dans le cadre des PU, toute inexécution génère le droit à indemnisation pour le créancier, sauf si l'inexécution s'avère inexcusable conformément aux propres Principes (article 7.4.1). Les causes d'exonération de responsabilité sont celles prévues dans le contrat (article 7.1.6) et la force majeure (article 7.1.7), institution à mi-chemin entre la *frustration* du droit anglo-saxon et la force majeure des systèmes de droit civil. L'intérêt de la construction consiste à introduire un système d'objectivation de la responsabilité (en marge du critère de faute du débiteur) qui répond principalement au schéma de la *common law*. Hors du cadre contractuel, seule la force majeure permettra d'excuser l'inexécution contractuelle, comme quelque chose d'extérieur au propre contrat et au pouvoir de contrôle des parties. Il s'ensuit un modèle similaire dans l'article 9:101 des PECL, dans leur version révisée par l'Association Henri Capitant.

De même, la qualification de l'obligation influe directement sur l'objet et la charge de la preuve de l'inexécution contractuelle. Au sens strict, toute inexécution (qu'elle résulte d'une obligation de moyens ou de résultat) doit être prouvée par le créancier, et encore plus si conformément aux tendances actuelles en matière contractuelle tout peut être ramené au défaut de conformité. Il arrive, toutefois, que la présence de l'une ou l'autre obligation entraîne une plus ou moins grande difficulté probatoire : pour les obligations de résultat, il suffit que le créancier démontre que le résultat n'a pas été atteint dans le délai convenu ; pour les obligations de moyens, il faut prouver que le débiteur n'a pas agi avec la diligence raisonnable. Une telle différence entre la preuve de l'inexécution est expressément visée par l'article 6:103 de la version révisée des PECL par l'Association Henri Capitant.

Il est évident que les intérêts du créancier sont davantage protégés dans les obligations de résultat et que la preuve de l'inexécution est plus simple à apporter, en se référant aux paramètres objectifs établis dans le contrat sur le contenu de l'exécution convenue. Là réside toute la différence entre les systèmes continentaux européens et la *common law* : les premiers observent le comportement du débiteur ; les seconds la satisfaction du créancier. Il est certain, toutefois, que la conception traditionnelle des droits civils qui sont fondés sur la faute, dans les termes déjà mentionnés, exige la preuve additionnelle du défaut de diligence du débiteur également pour les obligations de résultat. Cependant, c'est précisément dans ce contexte où la tendance à l'objectivation de la responsabilité contractuelle fondée sur la présomption *iuris tantum* de la faute prend toute son importance et que, de ce fait, par le renversement de la charge de la preuve, il appartient au débiteur de prouver son comportement diligent. Ces obligations dénommées « obligation de résultat atténuées » sont des obligations de résultat parce que la faute est présumée, mais elles sont atténuées parce que le débiteur peut se libérer s'il démontre qu'il a opéré avec la diligence requise. Par ce biais, de véritables présomptions *iuris* et de *iure* ont été établies pour les obligations de résultat qui dans la pratique reviennent à éliminer la faute comme critère d'imputation de la responsabilité et empêchent que le débiteur puisse s'exonérer de ses engagements y compris en démontrant qu'il a opéré avec diligence.

Pour les obligations de moyens, l'absence de résultat n'est pas importante et l'objet de la preuve doit se concentrer sur le défaut de diligence du débiteur dans l'exécution du contrat. Dans ce cas, la position du créancier se trouve fragilisée et il doit procéder à un effort plus important et plus complexe pour prouver que le créancier ne s'est pas

conformé au standard requis et par la suite il devra démontrer l'inexécution du débiteur, sauf s'il est procédé à un renversement de la charge de la preuve.

Dans ce contexte, les codes civils de l'OHADAC s'articulent, d'une façon générale, autour de deux règles : d'une part, l'exigence d'une faute présentant un lien avec l'inexécution (propre aux obligations de moyens) et d'autre part, la présomption de cette faute (qui génère des obligations de moyens renforcées ou des obligations de résultat atténuées).

La règle de base est que la responsabilité du débiteur n'est retenue que si sa faute est rapportée en fonction de critères de diligence plus ou moins exigeants. Il existe une interaction entre la responsabilité pour inexécution et les causes d'exonération de la responsabilité : la force majeure ainsi que le cas fortuit. De ce fait, il n'existera pas, d'une façon générale, une responsabilité objective pour inexécution. De cette façon dans la majorité des cas, il existera des obligations de moyens qui limiteront la responsabilité du débiteur aux cas de défaut de diligence à exécuter l'obligation (article 1.604 du code civil colombien ; article 702 et 703 du code civil costaricain ; article 293 et 298 du code civil cubain ; article 1.147 des codes civils dominicain et français ; article 1.426 du code civil guatémaltèque ; article 6:74 et 6:75 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1360 du code civil hondurien ; article 1.852 et 1.864 du code civil nicaraguayen ; article 990 du code civil panaméen ; article 1.054 et 1.056 du code civil portoricain ; article 1.003 du code civil saint-lucien). Seul le code civil vénézuélien se présente comme un système de responsabilité plus strict (article 1.264 du code civil), proche des modèles de *common law*, le débiteur pouvant s'exonérer de sa responsabilité seulement s'il démontre que l'inexécution émane d'une cause qui ne lui est pas imputable, alors qu'il n'y a pas eu mauvaise foi (article 1.271 du code civil).

Cependant, les obligations de moyens paraissent renforcées dans de nombreux cas par la règle de la présomption de culpabilité qui, dans la pratique, oblige le débiteur à prouver sa propre diligence dans l'exécution de son obligation. Dans ce système se profile une certaine tendance à l'objectivation de la responsabilité, qui se rapproche des obligations de résultat, même atténuées, dans la mesure où la preuve de l'absence de faute et de la présence d'un cas fortuit pourra dégager la responsabilité du débiteur (article 1.733 du code civil colombien ; article 1.171 du code de commerce colombien ; article 298.2 du code civil cubain ; article 1.423 du code civil guatémaltèque ; article 1.461 du code civil hondurien ; article 2.647 et suivant du code civil mexicain ; article 1.271 du code civil vénézuélien).

L'énoncé de l'article 4.3.1 des Principes OHADAC reprend la distinction entre les obligations de moyens et de résultat dans la ligne établie dans les PU. L'insertion des

contrats dans l'une ou l'autre catégorie dépendra essentiellement de la portée des obligations mentionnées par les parties et, subsidiairement, elles pourront être considérées comme des critères prévus par l'article 4.3.2 des présents Principes. Il n'est pas possible, ni souhaitable d'établir *a priori* un catalogue des figures contractuelles et de procéder à une qualification des obligations qu'il contient. Aux fins des Principes OHADAC, il n'existe pas une pression particulière pour se détacher des obligations de résultat qui, par définition, sont plus protectrices des intérêts du créancier. L'option équivalente entre l'un et l'autre modèle des obligations est légitime dans le domaine des relations entre commerçants et permet, sans contrainte, de concilier les systèmes romano-germaniques avec la *common law* des territoires de l'OHADAC.

L'article 4.3.1 ne fait aucune référence à la preuve de l'inexécution. Celle-ci est, toutefois, est régie par l'article 6:103 PECL révisé par l'Association Henri Capitant, qui établit pour les obligations de résultat, que le seul fait de ne pas atteindre le résultat convenu suffit à démontrer l'inexécution, alors que, pour les obligations de moyens, l'inexécution devra être prouvée. Cette différenciation dans le régime des preuves découle de la distinction entre les deux types d'obligations, mais sa projection dans les Principes OHADAC pourrait constituer une ingérence dans les codes civils qui renversent la charge de la preuve en établissant une présomption de culpabilité et, de ce fait, une présomption d'inexécution du contrat. Cela suppose, par nature, que si le débiteur ne prouve pas qu'il a fait diligence, sa responsabilité pour inexécution est présumée. Autrement dit, dans ces cas, il faudra prouver l'exécution (et non l'inexécution). Introduire dans les Principes OHADAC la même règle que dans les PECL impliquerait, de fait et bien que l'article ne dise rien sur la charge de la preuve, d'exiger du créancier la preuve de l'inexécution (à savoir le défaut de diligence du débiteur). Ainsi, le silence de l'article 4.3.1 sur ce point évite des distorsions entre les droits nationaux qui inversent la charge de la preuve dans l'exécution du contrat.

Article 4.3.2 : Critères de qualification de l'obligation

Afin de déterminer si une obligation est de résultat ou de moyens, doivent être pris en compte, notamment :

- a) Les clauses expresses et implicites du contrat.**
- b) La nature et la finalité du contrat.**
- c) Le degré d'incertitude normal dans l'obtention du résultat espéré.**

d) L'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation.

COMMENTAIRE

1. Les clauses expresses et implicites du contrat

De la forme, expresse ou implicite, prise par le contrat il découlera clairement si nous sommes en présence d'obligations de moyens ou de résultat, et cela apparaît dans différents textes [article 5.1.5 PU ; article 6:103 (3) (a)]. L'article 4.3.2 des Principes OHADAC comprend ici, comme premier critère, les obligations expresses et implicites découlant du contrat. La référence aux obligations implicites doit s'entendre conformément aux critères d'intégration du contrat prévus à l'article 4.2.1 des présents Principes.

Les termes qui sont utilisés pour décrire la prestation constituent le premier critère essentiel permettant d'identifier si, par exemple, le débiteur s'engage à livrer le bien ou s'il s'engage à faire tout son possible pour livrer le bien. Il existe des types de contrats qui sont habituellement conçus comme des contrats de résultat, comme par exemple, le contrat de vente, selon lequel la marchandise devra être livrée dans les conditions convenues contractuellement. Il faut comprendre également comme étant des obligations de résultat les obligations qui découlent du contrat de prêt. Il existe aussi d'autres modèles de contrats qui sont habituellement conçus comme des obligations de moyens. C'est le cas des contrats d'expansion commerciale (comme les contrats de franchise, de distribution ou d'agence) qui, sauf dispositions contraires, sont habituellement identifiés comme étant des contrats de moyens avec des clauses d'obligations de diligence du franchisé, du distributeur ou de l'agent dans l'accomplissement de ses obligations. Dans le champ du droit caribéen, entrent comme obligations de moyens les différentes formes revêtues par les contrats de mandat ou de commission commerciale ou les contrats d'agence (article 255 du code de commerce cubain ; article 1.705 du code civil guatémaltèque ; article 1.898 du code civil hondurien ; article 3.309 du code civil nicaraguayen ; article 1.410 du code civil panaméen ; article 1.610 du code civil portoricain ; article 1.692 du code civil vénézuélien). En tout cas, la pratique des contrats met au jour un système hybride des obligations de résultat atténuées et des obligations de moyens renforcées, outre le fait qu'il est fréquent que les contrats insèrent des obligations des deux types.

Exemple 1 : L'entreprise A vend des marchandises à l'entreprise B, qui devront être livrées le 1^{er} août 2014 (il s'agit d'une obligation de résultat pure). De même, il pourra

être convenu que les marchandises devront être livrées « dans un délai raisonnable » (dans ce cas, il s'agirait d'une obligation de résultat atténuée).

Exemple 2 : A souscrit les services de l'avocat B afin qu'il le conseille pour créer une entreprise (il s'agit d'une obligation de moyens pure). Dans un autre cas, l'entreprise de fabrication A passe contrat avec l'entreprise de distribution B qui s'engage à faire tous les investissements précis nécessaires pour augmenter les ventes du produit de A (il s'agit d'une obligation de moyens renforcée).

L'introduction d'une règle spécifique dans les Principes OHADAC qui opère une distinction entre les obligations de résultat et de moyens oblige à être particulièrement prudent dans la rédaction des contrats, surtout concernant le comportement du débiteur dans l'exécution de son obligation. Les clauses contractuelles qui seront particulièrement importantes dans la délimitation de la responsabilité du débiteur seront celles qui serviront à préciser exactement la portée des obligations du débiteur, à savoir les clauses qui étendront le champ de responsabilité du débiteur, celles qui mettront en garde le créancier des risques inhérents à l'opération.

Selon le type de contrat, il pourra être utile d'insérer des clauses expresses dans le contrat qui prévoient la portée exacte de la responsabilité du débiteur. Une telle inclusion est particulièrement pertinente dans ce type de cas, comme ceux relatifs au transport, qui peuvent prendre, selon la règle applicable au contrat, la forme d'obligation de moyens ou de résultat, par exemple quant aux dommages occasionnés à des personnes ou des biens. Dans ce contexte, l'article 982 du code de commerce colombien présume une obligation de résultat. Toutefois, l'article 362 du code de commerce cubain présume une obligation de moyens, dans la mesure où la responsabilité du transporteur dépend de la preuve de sa négligence.

Peuvent également être incluses, les clauses qui étendent la responsabilité du débiteur aux cas de force majeure, ce qui convertira l'obligation en une obligation de résultat dans la mesure où le comportement diligent du débiteur ne présentera pas d'importance pour déterminer sa responsabilité. Cette possibilité est, par exemple, expressément visée par l'article 1732 du code civil colombien, l'article 703 du code civil costaricain et l'article 1928 des codes civils dominicain et français.

Finalement, l'introduction de clauses de conformité dans le contrat tout comme la mise en garde et l'information effectuée par la partie prestataire de services envers son client permet aussi de délimiter la portée des obligations et les cas d'inexécution

contractuelle, vu les risques assumés par le destinataire de la prestation de service, le cas échéant.

À côté des clauses expresses du contrat, il existe un autre facteur qui influe dans la qualification du type d'obligation, à savoir les obligations implicites qui peuvent découler du contrat. Ainsi, elles sont particulièrement importantes dans le champ des obligations de sécurité ou des obligations pour l'obtention de licence d'exportation ou d'importation rattachées aux contrats de vente ou de distribution. De même, la jurisprudence américaine est passée de *implied terms* à *best efforts*, dans les cas d'absence de clause expresse, dans le contrat de vente ou de distribution exclusive. Dans d'autres cas, la jurisprudence a utilisé les *implied terms* pour démontrer l'existence d'un véritable lien et d'un engagement obligatoire pour les parties. Entre autres, l'emploi des *implied terms* a servi pour moduler la portée de l'engagement souscrit, bien que partant toujours d'une analyse dans une perspective d'un contrat concret et en tentant de rechercher l'intention réelle des parties. L'affaire *Wood v Lucy, Lady Duff-Gordon* (1917, 222 NY CA 88, 118, NE214) constitue en ce sens un paradigme dans la jurisprudence américaine. En l'espèce, Lucy avait confié la distribution de vêtements de haute couture à Wood. Quand Lucy a souhaité commercialiser elle-même ses vêtements, Wood l'a assignée considérant qu'il était porté atteinte à ses droits d'exclusivité, ce que la défenderesse a contesté puisqu'il n'existait aucun engagement. Le juge n'a pas accédé à la demande du demandeur, qui devait payer un pourcentage sur les ventes à la défenderesse, pour établir un véritable lien contractuel et une obligation de produire les *best efforts* pour rentabiliser la commercialisation.

Du DCFR découle également des obligations implicites portant sur des pratiques contractuelles spécifiques selon lesquelles le client peut « raisonnablement s'attendre » à un résultat. Concrètement, la teneur de ces différentes pratiques contractuelles laisse entendre une « attente raisonnable » pour les contrats de construction, de conception, de dépôt ou les contrats de fourniture d'information. Une telle présomption ne s'établit pas, en principe, pour les contrats de maintenance, les contrats de conseil qui insèrent des recommandations, ou des contrats de traitement médical. Dans le contexte des Principes OHADAC une telle « attente raisonnable » peut être comprise comme appartenant au « sens commun commercial » comme source d'obligations implicites.

En arrière-plan, une nouvelle conception du type d'inexécution contractuelle se profile, qui découle non seulement de la vision unitaire déjà présente dans les PU et les PECL, mais qui ajoute le critère de « conformité » comme facteur déterminant de

l'inexécution de tout contrat. Et, dans cette mesure, tout contrat serait susceptible de se convertir en un contrat de résultat. Or, des raisons pratiques évidentes sur la viabilité même des contrats de service empêchent de les rattacher en tout cas au succès de leur exécution. Pour cette raison, le « résultat » doit être « raisonnablement attendu » par l'autre partie qui, en outre, ne doit pas avoir accepté ces risques sous la forme d'un consentement éclairé. De ce point de vu, la présence des « risques » et le devoir d'information et de mise en garde qui pèse sur le prestataire sont les deux paramètres qui modulent finalement l'intensité et la portée des obligations assumées par ce dernier.

2. La nature et la finalité du contrat

À défaut d'accord entre les parties, la qualification globale posée par les droits nationaux sur les contrats d'entreprise ou de service a servi, traditionnellement, de critère d'orientation pour placer respectivement les obligations de résultat et de moyens. De ce point de vue, s'est instauré un certain consensus qui pouvait être à la fois assumé par le droit romano-germanique et par la *common law*, sur le fait que certains types de contrats de services professionnels (de médecins, d'avocats...) devaient être considérés comme des obligations de moyens, alors que le type d'obligation reposant sur les architectes ou les ingénieurs a été plus discuté.

La configuration contractuelle qui a été adoptée dans les dispositions du DCFR permet d'identifier, en tout cas, la portée des obligations assumées par chacune des parties et de déterminer si elles comprennent ou non l'obtention d'un résultat. Dans la mesure où aucune obligation de diligence n'est établie pour les contrats de vente ou de prêt à usage, les obligations sont considérées comme étant de résultat, dès lors que le vendeur ou le cédant s'engage à transmettre la propriété des biens ou à céder leur utilisation temporairement. De même, sont considérés comme étant des obligations de résultat, les contrats de prêt (partie F), les garanties personnelles (partie G) et les donations (partie H). Pour leur part, sont clairement des obligations de moyens, relevant de la diligence du débiteur, les contrats de mandat (article IV.D.-3:103) ou les contrats d'agence, de franchise et de distribution (article IV.E.-1:101).

Dans le cadre des pays de la zone Caraïbe, les obligations considérées comme étant de résultat sont celles qui découlent de la vente, du contrat de prêt, de la remise dans le contrat de dépôt ou du contrat de fourniture. Toutefois, les obligations considérées comme étant de moyens, sont celles qui portent sur la conservation de la chose dans les contrats de dépôt, les différentes formes de mandat commercial (à travers les commissionnaires, facteurs, vendeur) ou les agents commerciaux, dont les obligations sont généralement rattachées aux instructions du mandant ou, en tout cas, à

l'exécution de la due diligence. Des questions subsistent, comme cela a déjà été mentionné, quant au contrat de transport qui adopte différentes configurations dans les droits nationaux.

Exemple : Si le transporteur A doit se porter responsable vis-à-vis du chargeur B de tout dommage causé à la marchandise lors de son transport, il s'agit alors d'une obligation de résultat. Cependant, si A peut s'exonérer de sa responsabilité pour les dommages causés en prouvant qu'il a agi avec diligence, il s'agira alors d'une obligation de moyens.

Les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, présentes dans divers droits nationaux, ne peuvent pas servir de critère définitif de classification. Ces types d'obligations figurent dans l'article 629 du code civil costaricain ; les articles 234 et 298 du code civil cubain ; les articles 1.136 et 1.142 des codes civils dominicain et français ; l'article 1.319 du code civil guatémaltèque ; l'article 927 et s. du code civil haïtien ; les articles 1.351, 1.357 et 1.359 du code civil hondurien ; les articles 2.011, 2.027 et 2.028 du code civil mexicain ; les articles 1.845 et s. du code civil nicaraguayen ; article 973 du code civil panaméen ; article 1.041 du code civil portoricain ; article 995 du code civil saint-lucien. Une obligation de ne pas faire sera généralement de résultat. Cependant, une obligation de donner, même si elle est habituellement de résultat peut être définie comme une obligation de moyens. Quant aux obligations de faire contenues dans les contrats de louage ou de services, elles peuvent comprendre à la fois une obligation de diligence et une obligation de résultat. Sont par exemple des contrats de prestation de services avec obligation de résultat, les contrats d'ingénierie, de réparation d'automobiles, de teinturerie de vêtements ou les contrats de construction. Toutefois, en règle générale, les contrats de conseil ou d'assistance comptable n'assument qu'une obligation de diligence.

Il existe d'autres termes du contrat dont découle l'obligation de moyens ou de résultat. C'est le cas, par exemple, du prix convenu, dont le montant ou la forme de règlement peut constituer une obligation relevant de l'une ou de l'autre catégorie. C'est précisément l'un des critères employés expressément dans l'article 5.1.5 PU et visé également par l'article 6:103 (3) PECL dans la Proposition de l'Association Henri Capitant. L'insertion dans le contrat d'une clause de *hardship* peut également conduire à considérer que l'obligation est de moyens car elle permet d'adapter les engagements aux circonstances.

Dans la *common law*, le fondement de la responsabilité dans la *strict liability* conseille d'insérer une clause expresse de *best efforts* dans le contrat afin de limiter les obligations assumées par le débiteur. C'est seulement dans les cas où la garantie de

résultat est clairement mise hors de portée du débiteur ou ne dépend pas exclusivement de lui, concernant des prestations de service spécifiques, que la jurisprudence a établi un système de présomption relatif aux obligations de moyens.

3. L'importance du risque

La jurisprudence et les textes d'harmonisation contractuelle reprennent le point de vue partagé quant à l'importance du risque (entendu comme l'absence de contrôle exclusif par le débiteur) pour la qualification des obligations comme obligations de moyens [article 5.1.5 (c) PU ; article 6:103 (3) (b) PECL révisés par l'Association Henri Capitant ; article IV.C.-2:106 DCFR]. Or, ce qui compte pour qualifier une obligation n'est pas tant la présence de risque susceptible de compromettre l'obtention du résultat mais la détermination de la partie qui assume le risque (ou qui doit l'assumer). Différents facteurs entrent ici en ligne de compte et leur combinaison conduit à l'une ou l'autre qualification : la qualité ou l'expertise du débiteur, qui peut avoir été un facteur déterminant dans la conclusion du contrat, la condition du créancier, commerçant ou consommateur et les besoins qu'il prévoit d'assouvir grâce au contrat ; et la portée des obligations d'informations et de mise en garde sur les risques ou les possibilités de ne pas parvenir à obtenir le résultat escompté.

Exemple : Si A conclut un contrat avec une clinique B pour se soumettre à une opération de stérilisation et si aucune mise en garde ne figure dans le contrat, A peut légitimement penser que l'engagement de B est d'atteindre dans tous les cas ce résultat, de la sorte qu'une grossesse postérieure sera une cause d'inexécution contractuelle. Or, si lors de la conclusion du contrat, B apporte à A l'information éclairée sur les possibilités d'échec de l'intervention et que A accepte, ce consentement éclairé de la patiente vaut acceptation des risques et, par conséquent, l'obligation de B devient clairement une obligation de moyens.

Le devoir d'information et de mise en garde sur les risques qui pèse sur le débiteur revêt, par conséquent, une importance particulière car son inaccomplissement est susceptible de convertir une obligation de moyens en une obligation de résultat. À l'inverse, une obligation de résultat, mais pour laquelle le destinataire de la prestation de service est informé de l'éventualité de son échec, se convertit en une obligation de moyens. Tout cela est rattaché évidemment aux attentes « raisonnables et prévisibles » que peut avoir le créancier au regard de l'exécution du contrat, qui se convertit en une donnée essentielle en vue de contrôler la portée des obligations assumées par le débiteur et, par conséquent, un paramètre d'évaluation de l'exécution contractuelle.

Concernant le droit caribéen, l'avènement d'un cas fortuit dans l'exécution du contrat peut jouer ici un rôle essentiel. Cela est prévu, entre autres, dans l'article 1.732 du code civil colombien. De ce fait, le débiteur assume la responsabilité face à des circonstances extérieures et imprévisibles qui peuvent conduire à l'inexécution de son obligation. Cela compromettrait son engagement à remplir une véritable obligation de résultat.

4. L'influence du créancier dans l'accomplissement de l'obligation

Finalement, l'action du créancier dans l'exécution de l'obligation, sous forme d'assistance technique ou de direction ou de conseil, peut également influencer sur la qualification d'obligation de moyens, dans la mesure où son propre comportement aura été important pour atteindre ou non le résultat escompté [article 5.1.5 (d) PU ; article 6:103 (3) (b) PECL dans la proposition de l'Association Henri Capitant].

Dans les droits des pays de l'OHADAC, cette influence directe du créancier dans l'exécution du contrat est clairement interprétée au regard des instructions que le mandant ou le commettant a données. Dans la mesure où le mandataire, le commissionnaire ou l'agent se limite à accomplir les instructions qu'il a reçues, aucune responsabilité ne peut lui être imputée en lien avec le succès ou non des diligences. Ce que, par exemple, l'article 254 du code de commerce cubain prévoit.

Les effets des obligations qui incombent au créancier dans le contrat et qui conditionnent son exécution, comme cela est le cas de la remise du matériel dans le contrat de construction ou la transmission du *know-how* relativement à l'objet du contrat.

Exemple : L'entreprise A s'engage envers B à construire un entrepôt industriel. Si A se charge non seulement de la construction mais également de fournir tous les matériaux, il sera responsable de tous les défauts et les dommages de la construction. Par contre, si A se charge de la construction mais avec les matériaux fournis par B, l'engagement de A se limite à l'utilisation adéquate des matériaux pour la construction, mais ne sera pas responsable du résultat final.

Article 4.3.3 : Qualité de la prestation

Lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur est tenu de fournir une prestation de qualité raisonnable et au moins égale à la moyenne, eu égard aux circonstances.

COMMENTAIRE

Il est habituel en matière contractuelle de déterminer la qualité de la prestation qui constitue l'objet du contrat, et plus particulièrement les caractéristiques des choses objet de la livraison ou les instructions ou le niveau de diligence précis pour l'exécution des obligations convenues. Cependant, il sera également fréquent de partir de contrats dans lesquels une obligation est convenue sans en fixer de qualité particulière. C'est le cas des contrats de livraison de choses indéterminées et génériques. Pour couvrir ces situations, il est utile d'établir une règle subsidiaire qui parte d'un standard de qualité moyenne ou « raisonnable ».

L'article 5.1.6 PU reprend une formulation semblable à celle de l'article 4.3.3 des présents Principes, fixant comme critère une qualité « raisonnable » et au moins égale à la moyenne. Dans les commentaires, il est précisé qu'en réalité il existe un double critère : d'une part, l'exécution doit être de qualité moyenne, ce qui doit être atteint au regard des circonstances du marché pertinent et au moment de l'accomplissement. D'autre part, s'ajoute le critère de la qualité dite « raisonnable » afin de justifier, au regard de l'espèce, l'exécution en fonction des circonstances convenues au contrat.

L'article 6:104 des PECL révisés par l'Association Henri Capitant se réfère également à la qualité moyenne qui est requise selon la nature du contrat en question (*general economy*). Le standard de qualité moyenne n'est pas abstrait, mais se fonde sur les circonstances du contrat et la qualité des parties intervenantes et de l'intérêt particulier prêté. Cela détermine l'évaluation des critères de qualité à partir d'obligations implicites découlant du contrat.

De façon similaire, l'article II-9:108 DCFR part du critère de la qualité que le destinataire peut raisonnablement attendre dans des circonstances concrètes. Une telle qualité est facilement vérifiable quand il existe des standards prévus dans le secteur commercial correspondant. À défaut, les critères qui s'appliquent portent sur la nature de la prestation qui est fournie et les circonstances dans lesquelles le contrat est conclu (si l'urgence prime ou si c'est la qualité de la prestation qui prime, même avec un retard). Dernièrement, le critère des « attentes raisonnables » issu du contrat est davantage rattaché à l'idée d'obligations implicites que le critère de qualité moyenne (qui en soi pourrait être compris comme une catégorie générale et détachée du modèle contractuel *in casu*).

Pour sa part, l'article 35.2 (a) CVIM établit que le critère minimum de conformité des marchandises contenu dans le contrat est atteint, si les marchandises sont propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type.

Le droit caribéen reprend, dans des termes similaires, le standard de la qualité moyenne de la prestation pour l'exécution du contrat [article 914 du code de commerce colombien ; article 245 du code civil cubain ; article 1.246 des codes civils français et dominicain et article 74 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations français de 2013 ; article 6:28 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.432 du code civil hondurien ; article 2.016 du code civil mexicain ; articles 1.922 et 2.020 du code civil nicaraguayen ; article 1.054 du code civil panaméen ; article 1.121 du code civil portoricain ; article 1.082 du code civil saint-lucien ; section 14 (2) à (2c) du *Sale of Goods Act* de 1979 (modifiée en 1994) anglaise ; dans le domaine des contrats de services, section 13 du *Supply of Goods and Services Act*]. D'autres établissent que si le contrat se réfère à l'usage, le bien devra dès lors s'y ajuster (article 1.801 du code civil guatémaltèque ; article 1.426 du code civil haïtien ; article 773 du code de commerce hondurien). *A sensu contrario*, les règles établies dans les *Sales of Goods Acts* de la *Commonwealth* caribéenne peuvent être entendues dans le même sens, dans la mesure où elles exigent l'adéquation du produit à la finalité particulière qui a pu être établie dans le cas concret. Les modèles de la *common law* résolvent habituellement cette question par la voie des obligations implicites, au regard à l'adéquation du bien à la finalité particulière du contrat selon que les intentions ou les déclarations de l'acheteur y ont ou non été rapportées [section 16 du *Sale of Goods Act* d'Antigua et Barbuda ; section 16 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 15 du *Sale of Goods Act* de la Barbade ; section 16 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 15 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 16 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 16 du *Sale of Goods Act* de Trinidad et Tobago]

La rédaction de l'article 4.3.3 des Principes OHADAC répond, d'une part, à une cohérence systématique interne des présents Principes mêmes et, d'autre part, à un dénominateur commun entre les droits caribéens.

La qualité peut être déterminée expressément ou être déduite des termes du contrat c'est-à-dire comme conséquence des obligations expresses ou implicites de celui-ci, de son objet et de sa finalité, de l'intention des parties, du sens commun commercial ou de la qualification professionnelle des parties. Cela arrive, par exemple, avec les obligations de garantie et de sécurité inhérentes à l'exercice d'activités déterminées ou à la réalisation de prestations spécifiques.

Exemple : Si A conclut un contrat avec B par lequel B doit transporter un chargement de viande, bien que le contrat ne stipule pas expressément, il découle du contrat que le camion devra être pourvu de la réfrigération adéquate pour que le produit parvienne à destination dans de bonnes conditions.

Figure également comme obligation implicite, l'ajustement entre la prestation de service ou la remise du bien à la finalité ou à l'usage qui en est prévu au contrat : cela sous-entend que, au minimum, la prestation du contrat doit être conforme à l'objet et à la finalité correspondant à la nature du contrat ou à la destination expressément convenue entre les parties. Dans ce cadre, il convient de prendre en compte les usages spécifiques qui ont été communiqués expressément ou tacitement au vendeur lors de la conclusion du contrat comme cela est mentionné dans l'article 35.2 (b) CVIM. De ce point de vue, les critères employés pour l'insertion du contrat (article 4.2.1) qui permettent de déduire les obligations implicites du contrat sont spécialement utiles pour évaluer le caractère « raisonnable » de la qualité de la prestation et les attentes qui sont « raisonnables » pour ce contrat.

La règle de la qualité de la prestation établie par le présent article 4.3.3 des présents Principes doit être entendue comme se référant tant aux contrats qui comprennent une obligation de donner ou de remettre une chose, qu'aux contrats de services, définis par une obligation de faire. Le premier cas s'applique aux contrats de remise de choses de qualité indéterminée ou générique. Le second cas s'applique aux contrats qui engendrent des obligations de moyens et qui n'ont pas inséré d'instructions spécifiques pour l'exécution de l'obligation ou de critères spécifiques de diligence à la charge du débiteur.

Établir une qualité moyenne ou une diligence raisonnable est simple quand il existe des règles de qualité minimales quant aux biens objet du contrat ou si des prescriptions techniques s'appliquent à des secteurs professionnels déterminés et engagent le débiteur comme, par exemple, dans les secteurs de la construction ou de l'ingénierie (l'article 2.033 du code civil guatémaltèque le prévoit expressément). Dans les autres cas, il est habituel de recourir à des paramètres prédéterminés ou des critères techniques d'évaluation qui, même s'ils ne sont pas matérialisés dans des textes normatifs, peuvent quand même configurer la pratique professionnelle à travers des protocoles d'action comme, par exemple, les règles de la *lex artis* dans le domaine médical. Dans ce cas, il convient de se demander si le standard établi par le droit matériel est ou non susceptible de s'universaliser. La réponse dépendra de chaque secteur professionnel. Ainsi, il peut sembler raisonnable de se référer au standard local ou régional dès lors qu'il s'agit d'examiner le degré de diligence assumé par l'agent,

l'exploitant d'une licence ou le distributeur afin de déterminer la zone [p. ex. section 379 (1) du *Restatement Second of Agency*]. Une réponse différente sera apportée pour mesurer la diligence médicale, dont les standards doivent être plus ou moins les mêmes, tout en tenant compte des moyens techniques disponibles dans chaque État ou région.

Quoiqu'il en soit, en dehors des prescriptions sectorielles qui peuvent exister, il est fondamental de mesurer la qualité moyenne ou raisonnable « au regard des circonstances », tel que le mentionne l'article 4.3.3 des Principes OHADAC. Cela oblige à adapter et assouplir les critères de qualité pour chaque contrat en fonction des différents paramètres. Ainsi, les critères prévus à l'article IV.C-:2105 DCFR fixent comme standards de diligence exigibles au prestataire de service la nature, la fréquence et la prévisibilité des risques dans la prestation du service ; les coûts des mesures de prévention afin d'éviter le dommage ; si le prestataire de service intervient dans son propre contexte professionnel ; les modalités de règlement du prix et son montant ; et le délai d'exécution du contrat. Pour leur part, les codes civils des pays de l'OHADAC posent également différents critères afin de mesurer la diligence du débiteur au regard de la nature de l'obligation (article 1425 du code civil guatémaltèque ; article 1.362 du code civil hondurien ; article 1.863 du code civil nicaraguayen ; article 1.057 du code civil portoricain), le caractère rémunérateur ou non de la prestation du débiteur (en lien avec le mandat, article 1992 des codes civils dominicain et français ; article 1.756 du code civil haïtien) et l'intérêt des parties contractantes dans l'exécution de l'obligation. Ainsi, si la prestation relève seulement de l'intérêt du créancier, la faute exigible sera la faute lourde, alors qu'à l'opposé, si la prestation relève de l'intérêt du débiteur, la faute exigible sera la faute légère (article 1.604 du code civil colombien ; article 1.928 des codes civils dominicain et français ; article 1.363 du code civil hondurien). De tels critères, établis dans le domaine civil, peuvent être transposés dans le domaine des contrats commerciaux moyennant quelque adaptation. Dans ce sens, dans le domaine commercial il est habituel que les contrats soient rémunérés et qu'ils soient conclus dans l'intérêt de toutes les parties.

Finalement, il convient de souligner que l'article 4.3.3 des Principes OHADAC établit la qualité moyenne ou raisonnable avec laquelle, comme minimum, le débiteur doit prêter sa prestation si rien ne figure au contrat. Cela n'empêche pas, logiquement, le débiteur de prêter sa prestation avec une qualité supérieure, mais celle-ci ne sera en aucun cas exigible si aucune stipulation ne figure au contrat sur ce point.

Article 4.3.4 : Détermination du prix

- 1. Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.**
- 2. Le prix ne peut pas être déterminé arbitrairement par une seule des parties.**
- 3. Lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix n'y procède pas ou ne veut le faire, sauf stipulation contraire, le prix sera fixé par référence au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré et dans des circonstances comparables et, à défaut, à un prix raisonnable.**
- 4. Lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus.**

COMMENTAIRE

1. Règle supplétive de détermination du prix

Dans la pratique contractuelle, surtout dans le domaine commercial, il s'avère que le prix de la marchandise ou de la prestation à prêter n'est pas systématiquement mentionné dans le contrat. Plus précisément, le défaut de détermination du prix est l'habituel et explique la réglementation spécifique posée par l'article 55 CVIM, et qui a été inséré, en substance, aux PU (article 5.1.7), au DCFR (article II-9:104) et aux PECL (article 6:104).

Il importe, dans ce cas, de prendre en compte la spécialité que suppose cette règle au regard de la pratique contractuelle dans les relations avec les consommateurs. Dans ce contexte, la sécurité juridique et la protection du client consommateur semblent être guidées par la nécessité de fixer initialement le prix, qu'il soit certain ou déterminable conformément aux critères ou indices prévus dans le contrat. Toutefois, de telles

réerves n'existent pas, en matière de contrats commerciaux, pour lesquels le défaut de détermination d'un prix initial peut s'avérer plus habituel dans certains secteurs d'activité.

Il est vrai que pour quelques pays relevant du droit romano-germanique le défaut de détermination du prix peut constituer une lacune essentielle rendant le contrat nul pour absence d'objet, mais ce principe rigide ne trouve pas d'application significative dans le contexte des relations commerciales.

L'article 4.3.4 des Principes OHADAC introduit un élément de flexibilité dans les relations entre les commerçants, en établissant des règles subsidiaires fondées sur la pratique générale et sur les usages du commerce, pour les cas où les parties n'ont pas convenu de prix ni établi de critères pour sa détermination. Cet élément de flexibilité s'ajuste à l'idée d'une position paritaire des parties contractantes et du respect de leur volonté, tant si elles ont convenu d'un prix que si elles pouvaient le faire mais qu'elles ont souhaité ne pas le fixer. Le plus important dans ce cas est, au moins, de pouvoir déterminer que cela émane des négociations et que le contrat en soi existe et qu'il a été conclu. Autrement dit, l'inexistence d'un accord sur le prix n'est pas la résultante de l'absence de conclusion du contrat. Cette situation pourra seulement être révélée eu égard aux circonstances précises, aux négociations et aux déclarations des parties avant la conclusion du contrat.

Exemple : Les entreprises A et B débutent des négociations dans l'objectif de conclure un contrat de vente, et le prix est l'un des éléments qui est discuté. Si par la suite, A assigne B pour défaut de remise de la marchandise dans le délai convenu, B pourra alléguer le défaut de contrat entre eux. Toutefois, si durant les négociations entre A et B le prix n'a, à aucun moment, été discuté et que seule la livraison de la marchandise dans un délai déterminé s'est avérée être le point important, il sera considéré que le contrat était déjà conclu même si le prix n'avait pas été fixé. Dans ce cas, le prix sera déterminé conformément à la règle subsidiaire applicable.

La fixation d'un critère subsidiaire pour déterminer le prix peut s'avérer spécialement utile du fait que les contrats concernés peuvent être tant de livraison de biens que de prestation de services, et pour lesquels il est davantage commun que le prix ne soit pas fixé au départ, mais qu'il soit reporté au moment où la prestation s'exécutera ou se sera exécutée. Dans ce sens, il convient de noter que nombre de dispositions nationales considèrent que le défaut d'accord sur le prix entrainera l'inexistence du contrat de vente, sans tenir compte du fait que la marchandise ait déjà été livrée. Dans ce cas, le prix habituel au moment de la passation du contrat s'appliquera (article 749 du code de commerce panaméen).

comme le mandat ou la commission, ces mêmes dispositions nationales posent des règles subsidiaires fondées sur les usages dans le commerce (article 582 du code de commerce panaméen). En tout cas, l'intérêt d'établir une règle subsidiaire relative au paiement du prix, à défaut d'accord entre les parties, est évidente pour couvrir tous les cas où la marchandise a été livrée ou le service a été prêté, et ce afin d'éviter les cas d'enrichissement sans cause.

Un principe de sécurité juridique minimum sera toujours préservé à partir du moment où le prix de référence, qui sera considéré comme étant en vigueur au moment de la conclusion du contrat, est un critère partagé par les textes d'harmonisation contractuelle (article 5.1.7 PU ; article 6:104 PECL ; article II-9:104 DCFR).

L'introduction subsidiaire de la règle du « raisonnable » dans les cas où le prix de référence ne pourrait pas découler de la pratique commerciale habituelle, est une concession au profit des systèmes de *common law* qui ont l'habitude de fixer un critère de façon supplétive [section 10 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 10 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 10 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 9 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 10 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 10 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago]. Il est certain que cela apporte une flexibilité importante qui, en principe, n'existe pas dans les droits relevant du modèle romano-germanique, mais le critère ne contrevient à aucun principe essentiel de ces systèmes et est totalement conciliable avec le principe général de préservation des contrats.

2. Interdiction de fixer unilatéralement le prix

Le paragraphe deux de l'article 4.3.4 constitue une disposition particulière dans les Principes OHADAC et qui répond à la tradition majoritaire des codes civils caribéens, qui interdisent que le prix puisse être unilatéralement déterminé par l'une des parties contractantes (article 1.865 du code civil colombien ; article 1.609 du code civil hondurien ; article 2.254 du code civil mexicain ; article 2.539 du code civil nicaraguayen ; article 1.219 du code civil panaméen ; article 1.338 du code civil portoricain). Le reste des codes civils, même s'ils ne l'interdisent pas expressément, se réfèrent essentiellement à la détermination du prix par les parties et par les tiers, mais n'indiquent rien quant à la fixation du prix par l'une des parties au contrat (articles 1.056 et 1.057 du code civil costaricain ; article 1.591 des codes civils dominicain et français ; article 1.796 du code civil guatémaltèque ; article 1.376 du code civil haïtien ; article 1.479 du code civil vénézuélien). Il se passe la même chose dans les dispositions du *Sales of Goods Act* de la *Commonwealth* caribéenne.

Les textes d'harmonisation dans le cadre d'UNIDROIT [article 5.1.7 (2)], DCFR (article II-9:105) et PECL [article 6:105] prévoient bien la possibilité pour l'une de parties de fixer le prix, concernant surtout les contrats de prestation de services pour lesquels, souvent, le prix n'a pas été établi au départ. Il est fréquent que ces dispositions remplacent la détermination unilatérale du prix par l'une des parties contractantes, si le prix fixé ainsi s'avère manifestement disproportionné, et de le remplacer par un prix raisonnable.

Dans le cadre de l'OHADAC, l'insertion d'une disposition de ce type supposerait une atteinte substantielle aux droits nationaux dont la pertinence devrait être démontrée. Il ne faut pas considérer que de ce fait il existe une lacune dans la réglementation, mais que tout simplement les critères généraux de la règle subsidiaire s'appliquent conformément au premier paragraphe du présent article.

3. Détermination du prix par un tiers

Excepté l'interdiction de fixation unilatérale du prix par l'une des parties contractantes, le paragraphe trois de l'article 4.3.4 des présents Principes admet la possibilité qu'un tiers puisse déterminer le prix. Cela peut présenter un intérêt particulier dans les contextes tels que le commerce d'œuvre d'art ou de bijoux, par exemple. Ce système est clairement permis dans les pays civilistes européens (article 1.592 du code civil français ; section 9.1 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1979). De même dans les territoires de l'OHADAC, les réglementations nationales ont pour habitude de fixer des règles supplétives pour les cas où un tiers aurait été désigné pour fixer le prix et que celui-ci ne l'a pas fait, soit par impossibilité, soit par absence de volonté. Sur ce point, il peut exister des solutions différentes entre les dispositions des codes civils et des codes de commerce. Alors que dans le domaine civil, la solution retenue considère que la vente est inexistante (article 1.057 du code civil costaricain ; article 1.592 des codes civils dominicain et français ; article 1.796 du code civil guatémaltèque, qui prévoit une exception uniquement si la chose a été remise ; article 2.253 du code civil mexicain ; article 2.537 du code civil nicaraguayen ; article 1.217 du code civil panaméen ; article 1.338 du code civil portoricain ; article 1.479 du code civil vénézuélien), la solution retenue par les codes de commerce témoigne d'une plus grande flexibilité, en admettant la possibilité de recourir à de nouvelles désignations de tiers ou y compris de faire intervenir l'autorité judiciaire afin de désigner un expert. Dans certains cas, le prix est fixé directement (article 750 du code de commerce panaméen), et dans d'autres cas il est permis que les parties ou le juge désignent un représentant (article 134 du code de commerce vénézuélien). Dans les cas où la détermination du prix par un tiers n'a pas pu aboutir, la solution retenue par la *common law* est la nullité du

contrat [section 11 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 11 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 11 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 10 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 11 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 11 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago].

Dans les textes d'harmonisation contractuelle se dégagent de légères variantes dans la détermination subsidiaire du prix : alors que dans les PU [5.1.7 (3)], le défaut de détermination du prix par le tiers suppose, directement, de retenir le prix « raisonnable », dans le cas du DCFR (article II-9:106) et des PECL (6:106), il est prévu, si cela n'est pas contraire au contrat, que le juge peut désigner un autre tiers et c'est seulement si celui-ci fixe un prix clairement déraisonnable qu'il sera remplacé par un prix raisonnable. La présente disposition vise à laisser le maximum d'autonomie de volonté aux parties (pour qu'un tiers détermine le prix) et, dans le même temps, à garantir l'efficacité contractuelle en établissant, comme ultime recours, le critère du « prix raisonnable ».

Le paragraphe trois de l'article 4.3.4 des Principes OHADAC pose une règle intermédiaire par rapport à celle retenue par les différents modèles de textes d'harmonisation contractuelle et qui se trouve également à mi-chemin entre les différentes options offertes par les droits nationaux caribéens. Si le tiers ne fixe pas le prix, la règle générale supplétive du paragraphe premier du présent article s'applique. Cela signifie de prendre en compte, directement, le prix moyen du secteur correspondant et, à défaut, un prix raisonnable. Comme cela a déjà été indiqué, la détermination du prix raisonnable, comme critère subsidiaire, peut être insérée dans le champ du droit caribéen pour la pratique commerciale. La règle proposée, est simple, conformément au principe général de préservation des contrats (de sorte que la nullité du contrat ne sera pas acquise, *ab initio*, si la détermination du prix échoue), et elle respecte l'autonomie de la volonté des parties ce qui est totalement cohérent avec le paragraphe premier de ce même article 4.3.4. En ce sens, si le tiers désigné ne fixe pas le prix (quel qu'en soit le motif, impossibilité ou absence de volonté) et, à défaut de critères prévus dans le contrat sur de nouvelles désignations ou de saisine des tribunaux, il sera procédé directement à la détermination du prix en application des règles générales.

L'article 4.3.4 des Principes OHADAC prévoit la mise en place d'un système plus souple que celui prévu dans le DCRF et dans les PECL, en tentant d'éviter les retards provoqués par la nouvelle désignation d'un tiers comme préalable à l'application du critère de prix raisonnable. De même, il se différencie des PU en ne passant pas directement au prix « raisonnable » qui, en tant que tel, ne remplit qu'une fonction

résiduelle dans le système, quand il ne sera pas possible de déterminer le prix en application de critères généraux dans le secteur commercial en question. Il n'existe aucune raison justifiant de différencier l'application de critères subsidiaires distincts si ce sont les parties ou les tiers qui ont établi le prix du contrat.

Il est important, en tout cas, de respecter l'autonomie de la volonté des parties, dans la mesure où la détermination du prix par un tiers peut avoir été déterminante pour la conclusion du contrat. Si cela découle des déclarations des parties dans le contrat même ou des conséquences de son interprétation, l'absence de détermination du prix peut être considérée comme un motif d'inefficacité contractuelle.

4. Détermination du prix par indices de références

Finalement, pour établir le prix il est habituel dans des secteurs spécifiques de s'en remettre à des indices propres ou des facteurs de référence qui, le cas échéant, pourront être modifiés ou cesser d'exister. Ainsi, cela peut être pertinent pour des contrats de construction (en lien avec le prix des matériaux) ou dans le cadre des contrats de fourniture (par exemple, les prix en référence à l'énergie) dont le caractère continu, combiné à l'impact de l'inflation, peut justifier que le contrat se réfère à des facteurs externes. Il est également fréquent d'utiliser de tels indices pour le calcul des intérêts dans les contrats de prêt. Dans ce cas, il est pertinent et également conforme au principe de préservation du contrat de remplacer le facteur ayant cessé d'exister par celui qui s'avère le plus proche. C'est ce que retiennent les PU [article 5.1.7 (4)], les PECL (article 6:107) et également le DCFR (article II-9:107) qui ajoute une limite dans le cas où le prix serait irraisonnable, en permettant qu'il soit remplacé par un prix raisonnable (II-9:107 DCFR). Le paragraphe quatre de l'article 4.3.4 des Principes OHADAC ne prévoit pas, dans ce cas, la substitution du prix raisonnable si un indice de référence proche n'est pas trouvé. Si un tel cas venait à se produire, les règles générales de fixation du prix établies au paragraphe premier de ce même article s'appliqueraient.

Article 4.3.5 : *Obligation conditionnelle*

Une obligation est conditionnelle si elle dépend d'un événement futur et incertain.

COMMENTAIRE

1. Configuration de la condition

L'insertion de conditions dans les contrats constitue une pratique habituelle et pose de nombreuses questions quant à l'efficacité des obligations souscrites, à la situation juridique durant laquelle doit se réaliser la condition et les conséquences de sa non-réalisation sur l'efficacité des obligations réciproques souscrites. De telles clauses sont largement connues dans la pratique commerciale et ont fait l'objet d'une réglementation très minutieuse et prolixe dans les régimes de droits romano-germaniques de l'OHADAC. Les systèmes de *common law* connaissent également les conditions dans le sens entendu ici, toutefois le concept doit être précisé et différencié des autres acceptions prises par le même terme dans lesdits systèmes. Plus précisément, il faut distinguer les *conditions* dans le sens entendu ici des *conditions* par opposition aux *warranties*, les deux appartenant aux termes utilisés dans le contrat et définissant le contenu des obligations souscrites, mais ayant des conséquences diverses selon l'exécution des unes ou des autres. L'attention que portent les divers instruments d'harmonisation aux conditions dans le régime des obligations va croissant : ainsi le démontre sa nouvelle insertion aux PU, dans la version de 2010 (article 5.3.1), la réglementation précise posée dans la version des PECL proposée par l'Association Henri Capitant (article 8:101 PECL) et l'attention portée au DCFR (article III-1:106).

La réglementation sur les conditions contenue dans les Principes OHADAC se réfère aux conditions librement convenues entre les parties au contrat et écarte les conditions provenant d'autres sources. Le modèle posé par les PECL dans la proposition révisée par l'Association Henri Capitant [article 8:101(2)] inclut, dans le même régime, les conditions légales ou judiciaires, de façon similaire la section 226 du *Restatement (Second) of Contracts* se réfère expressément aux conditions incluses par le juge. Pour les Principes OHADAC, seules les conditions « contractuelles », c'est-à-dire celles qui seront librement accordées par les parties et insérées au contrat, seront considérées comme étant des conditions et permettront de déterminer le degré de rattachement et la portée des obligations respectives.

Exemple 1 : Les entreprises A (vendeur) et B (acheteur) concluent un contrat de vente de marchandises qui requièrent une licence d'exportation. Si dans le contrat aucune clause spécifique n'est insérée, le vendeur assume l'obligation absolue (de résultat,) de sorte qu'à défaut de livraison de marchandises, pour non obtention de la licence d'exportation (condition légale de ladite vente), il sera considéré qu'il n'a pas exécuté son obligation. Par contre, si le contrat prévoit une clause qui stipule que « la marchandise sera livrée dès lors que la licence d'exportation aura été obtenue », cela correspond à insérer une clause par référence à une condition légale. Cette

« contractualisation » de la condition nuance les obligations de A, de sorte que si la livraison des marchandises ne se produit pas faute d'obtention de la licence, cela ne correspondra pas automatiquement à une inexécution contractuelle.

La définition de la condition dans les présents Principes répond à un dénominateur commun, admis par les législations des pays de l'OHADAC et qui se réfère à la réalisation d'un évènement ou de circonstances dont la survenance même doit être incertaine, et pas seulement quant au moment de sa survenance. C'est ce qui fait la différence avec le « terme » auquel, le cas échéant, l'obligation demeure également subordonnée.

Outre le fait que la survenance de l'évènement en tant que condition doit avoir un caractère incertain, il faut également que cet évènement soit futur. Cette caractéristique est largement admise dans les pays de droit civil de l'OHADAC (article 1.530 du code civil colombien ; article 53.1 du code civil cubain ; article 958 du code civil haïtien ; article 1.938 du code civil mexicain ; article 1.878 du code civil nicaraguayen ; article 1.010 du code civil saint-lucien ; article 1.191 du code civil vénézuélien). Il y a unanimité des différents textes d'harmonisation contractuelle dans la configuration de la condition comme évènements futurs et incertains. Ce n'est qu'exceptionnellement que la réglementation, le droit français plus particulièrement (article 1.181 du code civil) permettent d'insérer comme condition des évènements déjà survenus mais non connus des parties. Dans cette ligne il est question de faits passés que les intéressés ignoraient dans les codes civils dominicain et français (article 1.1.81), hondurien (article 1.375), panaméen (article 998) et portoricain (article 1.066).

Les Principes OHADAC partent de la règle généralement admise et, de ce fait, excluent de la condition les évènements écoulés. En outre, le choix exclusif pour les évènements futurs favorise la sécurité juridique et la transparence des contrats, sans avoir à recourir à des référents cognitifs qui imposent une pratique probatoire additionnelle pour déterminer le contenu et l'exigibilité des prestations promises dans le contrat.

Exemple 2 : Les contrats de vente à l'essai constitue un cas habituel de contrat soumis à condition. L'entreprise A vend une machine à l'entreprise B, il est prévu au contrat une période d'essai d'un mois, dont la finalité est de contrôler la qualité du produit et son adéquation à la finalité attendue (clause résolutoire). Si, à l'issue de la période d'un mois, il s'avère que la machine ne correspond pas aux attentes de l'acheteur, le contrat sera résolu.

Exemple 3 : L'entreprise A conclut un contrat de vente de marchandises avec l'entreprise B, il est convenu que la remise se produira quand le prix des marchandises aura atteint sur le marché un prix de référence déterminé (conclusion suspensive). Jusqu'à ce que le prix ne soit pas atteint, le contrat ne produira pas d'effet.

À cet effet, peu importe que le fait dont relève la condition soit un acte juridique, un phénomène naturel ou une activité dépendant d'une tierce personne, peu importe également que l'évènement doive se produire (le produit doit atteindre un prix déterminé sur le marché) ou qu'il ne doive pas se produire (le produit ne doit pas atteindre un prix déterminé sur le marché).

Il existe de multiples critères permettant d'effectuer des classifications par types de conditions, comme c'est le cas des codes civils des territoires de l'OHADAC. Ainsi, peuvent figurer des références à des conditions positives ou négatives, selon qu'elles sont subordonnées à la survenance ou non d'un évènement, l'on parle également de conditions causales (quand elles dépendent d'un tiers ou d'une éventualité), potestatives (quand elles dépendent de la volonté de l'une des parties contractantes) et mixtes (quand elles dépendent en même temps de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers ou d'une éventualité). Aucune classification générale des conditions, qui aurait un caractère purement descriptif et susceptibles de provoquer des problèmes inutiles d'interprétation, ne figure dans les présents Principes. La distinction entre les conditions suspensive et résolutoire demeure la seule importante au regard de leurs conséquences directes dans le régime des obligations, et méritent à ce titre un régime et un traitement spécifique dans les présents Principes. De même, la réglementation des conditions potestatives, entre celles qui sont impossibles et celles qui sont illicites, est nécessaire quant à la détermination de la nullité des obligations conditionnelles.

2. Délimitation au regard d'autre type de clauses contractuelles

Les caractères communs partagés sur le concept de condition offrent une vision consensuelle de la qualification et de la délimitation des clauses du contrat dans lesquelles sous des apparences formelles de conditions se cachent, en réalité, de véritables obligations contractuelles.

N'est pas considérée comme une condition, l'obligation qui se rattache à la réalisation d'un évènement futur qui se produira de toute façon. De telles circonstances comprennent des obligations soumises à un terme (terme incertain), et qui méritent un traitement spécifique.

Exemple 1 : A conclut un contrat de location d'un local commercial avec B. il est prévu que le contrat prendra fin si B décède. Le décès de B est un évènement certain mais également incertain quant à sa survenance dans le temps.

Ne seront pas non plus considérées comme des conditions les obligations contractuelles assumées par les parties dans le champ des contrats synallagmatiques, qui sont reliées et réciproquement subordonnées entre elles (par exemple à l'obligation de livraison de la marchandise comme obligation préalable de l'obligation de paiement du prix). Nombre de codes civils de la zone OHADAC sous-entendent dans ces cas qu'il existe une condition résolutoire « pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas ses obligations » et incluent systématiquement une règle y afférent à la section correspondant aux conditions (article 1.546 du code civil colombien ; article 1.184 des codes civils dominicain et français ; article 1.386 du code civil hondurien). Cependant, en marge des questions terminologiques, il est certain que le fonctionnement et les conséquences qui découlent de ces prévisions normatives n'est pas le propre des conditions résolutoires mais du régime d'inexécution contractuelle, conférant à la partie lésée le choix de demander l'exécution forcée de l'obligation ou la résolution du contrat avec obtention de dommages et intérêts (sections 1 et 3 du chapitre 7 des présents Principes). De ce fait, les principes OHADAC ne comprennent pas une pareille disposition vu qu'il en découle que les clauses qui contiennent des obligations synallagmatiques constituent une véritable obligation contractuelle mais non un évènement incertain.

Exemple 2 : L'entreprise A conclut un contrat de vente de marchandises avec l'entreprise B, et prévoit comme terme essentiel le délai de livraison de la marchandise (le 1^{er} mars) et le paiement du prix postérieur à cette date. Si A ne livre pas la marchandise à la date convenue, B pourra résoudre le contrat pour inexécution essentielle conformément à l'article 7.3.1. (1) des Principes OHADAC et sera libéré du paiement du prix. Dans cette hypothèse, la livraison de la marchandise fait partie des obligations de A et ne doit pas être considérée comme une condition.

La définition des circonstances appartenant aux conditions permet également de distinguer correctement les conditions des autres obligations qui peuvent figurer comme références génériques prévues dans des clauses contractuelles-types (*closing dates*). Ces clauses établissent la nécessité pour les parties d'accomplir une série de « conditions » à une date déterminée dans le contrat et parmi elles figurent de véritables conditions, dans le sens ici mentionné, en plus d'autres circonstances qui constituent de véritables obligations assumées par les parties.

Exemple 3 : Dans un contrat, il est convenu que l'obligation de l'acheteur d'acheter les marchandises le 1^{er} juin sera soumise à la réalisation à cette date des « conditions » suivantes : 1) que la marchandise ait atteint à la dite date un prix déterminé (clause qui comprend une véritable condition, pour son caractère incertain) ; 2) que le vendeur se soit préalablement acquitté des impôts correspondants (clause qui constitue une obligation contractuelle et non un événement incertain).

Article 4.3.6 : *Obligations conditionnelles nulles*

Une obligation conditionnelle est nulle, si

- a) l'exécution de la condition relève de la seule discrétion du débiteur ; ou**
- b) l'événement érigé en condition est impossible, prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs.**

COMMENTAIRE

1. Conditions potestatives pour le débiteur

Une position différente est retenue par les législations des territoires OHADAC quant aux conditions potestatives dans les cas où leur exécution relève uniquement de la volonté du débiteur. Hormis le silence du code civil cubain, la position commune du reste des codes civils dans cette matière est de considérer comme nulle l'obligation qui dépend d'une telle condition, dans la mesure où elle laisse paraître une pratique de l'inexistence d'un engagement réel de la part du débiteur et, de ce fait, l'inexistence d'une véritable volonté contractuelle. Cela est repris expressément dans la proposition de révision des PECL par l'Association Henri Capitant (article 8:103) et dans les commentaires des PU et du DCFR.

La réglementation souligne une certaine idée de protection de l'équilibre contractuel des parties, vu que toute obligation qui comprend une condition potestative (c'est-à-dire qui dépend de la volonté des contractants) n'est pas sanctionnée par la nullité mais uniquement celle qui relève de la seule discrétion du débiteur. En outre, la nullité d'une telle condition et de l'obligation correspondante se produira dès lors que son exécution dépendra en exclusivité de la volonté et de la discrétion du débiteur, sans nécessiter d'autres types de facteurs. Cela dissocie les conditions potestatives des autres hypothèses dans lesquelles, même si la réalisation de la condition est

subordonnée au comportement du débiteur, ce comportement peut être influencé par des circonstances extérieures à sa volonté.

Exemple : L'entreprise A (acheteur) conclut un contrat de vente de marchandises avec l'entreprise B (distributeur), la vente est subordonnée à ce que B veuille acheter les marchandises à l'entreprise C (fabricant), et cet achat est totalement mis à la discrétion du distributeur. Dans ce cas, il existe une condition potestative au profit du débiteur (l'entreprise B) qui rend nul le contrat de vente conclu entre A et B. La question serait différente si la condition de vente des marchandises au fabricant dépendait, par exemple, de ce que le prix des marchandises n'atteigne pas à un certain montant. Dans ce cas, le facteur serait extérieur à la volonté de B et l'obligation serait valide.

2. Conditions impossibles ou illicites

L'établissement d'une règle spécifique sur les conditions impossibles ou illicites présente une importance dans la mesure où la règle vise une conséquence particulière quant à l'obligation dont dépend, précisément, sa nullité. La majorité des droits civils européens et également ceux de la zone OHADAC contiennent des dispositions similaires. Les différences entre les réglementations résident, sur ce point, dans la portée de ladite nullité. La majorité des systèmes partent du principe que la nullité des conditions illicites ou impossibles annule l'obligation dont elle dépend, et la nullité n'entachera le reste du contrat que dans la mesure où cette condition était un élément déterminant à la conclusion du contrat. Toutefois, dans d'autres droits, comme le code civil français, l'existence du contrat est directement relevée quand des conditions de ce type existent. Nonobstant, la ligne que poursuit le projet de 2013 de réforme du droit français des obligations (article 154) consiste à la nullité de l'obligation conditionnelle, plus adaptée à la tendance générale à la préservation des contrats.

Les codes civils des territoires OHADAC, à l'exception du code civil cubain, régissent de manière suffisamment minutieuses les conditions impossibles et les conditions illicites, allant jusqu'à établir des règles spécifiques selon qu'ils portent sur des conditions suspensives ou résolutoires (articles 679 et 680 du code civil costaricain ; articles 1.200 et 1.201 du code civil vénézuélien) ou sur des conditions positives ou négatives (articles 1.532 et 1.533 du code civil colombien ; articles 1.172 et 1.173 des codes civils dominicain et français ; article 1.378 du code civil hondurien ; article 1.943 du code civil mexicain ; article 1.201 du code civil vénézuélien ; article 678 du code civil costaricain ; article 1.001 du code civil panaméen). La différence la plus importante parmi ces dispositions porte sur la conséquence que l'insertion d'une condition de ce type a sur l'obligation. Parfois, la conséquence consiste à ne pas prendre en compte la

condition, ce qui supposerait de considérer l'obligation à laquelle elle est rattachée comme une simple obligation. Pour tout type de conditions, voir l'article 1.271 du code civil guatémaltèque et l'article 1.880 du code civil nicaraguayen. Concernant les conditions impossibles négatives, la condition est considérée comme inexistante dans les codes suivants : article 1.533 du code civil colombien ; article 1.172 des codes civils dominicain et français ; article 963 du code civil haïtien ; article 1.378 du code civil hondurien ; article 1.943 du code civil mexicain ; article 1.001 du code civil panaméen ; article 1.069 du code civil portoricain ; article 1.201 du code civil vénézuélien. Quant au reste des cas, c'est-à-dire, quand il s'agit de conditions impossibles positives ou de conditions illicites, la solution de ces codes civils est la nullité de l'obligation conditionnelle. La nullité, comme sanction générale applicable à tout type de condition impossible ou illicite, est la solution retenue par l'article 1.011 du code civil saint-lucien.

Des textes d'harmonisation contractuelle de caractère anational, seuls les PECL révisés par l'Association Henri Capitant visent expressément ces conditions, tandis que les PU et le DCFR restent silencieux sur ce point. Dans la proposition de l'Association Henri Capitant, les Principes européens, à l'article 8:102, prévoient l'inexistence de la condition liée à un événement impossible ou illégal, ce qui entraînera l'inexistence du contrat qui en dépend, à moins que la loi n'établisse autre chose, si la condition a été déterminante pour obtenir le consentement de l'une des parties.

Les Principes OHADAC établissent une règle unitaire qui comprend les différents cas de conditions impossibles et illicites, qu'ils portent sur des conditions suspensives ou résolutoires, et qu'ils consistent en des conditions de faire ou de ne pas faire quelque chose. Il s'agit, d'une façon générale, d'éviter de faire exister le contrat de la réalisation de tout événement qui ne peut pas avoir lieu (s'il est impossible) ou qui ne doit pas avoir lieu (s'il est illégal). Ce sera la dynamique même de la condition qui déterminera son incidence sur l'obligation.

Exemple 1 : L'entreprise A conclut un contrat avec l'entreprise B pour la maintenance d'équipements informatiques et contient comme condition que B procède à toutes les mises à jour des applications et des logiciels de l'ordinateur de A susceptibles d'intervenir dans le futur, sans avoir à payer le prix des licences correspondant à ses titulaires. Une telle condition est illicite dans la mesure où elle contrevient au droit de la propriété intellectuelle légalement protégée.

Exemple 2 : Dans un contrat de transport maritime conclu entre A et B, figure comme condition que B réalisera seul le transport alors qu'il n'existe aucun risque de tempête durant le trajet. Une telle condition est impossible à réaliser, dans la mesure où les

prévisions météorologiques ne parviendront jamais à déterminer avec certitude une telle situation.

Le présent article prévoit le cas des conditions impossibles. À la différence des conditions illicites, cette référence expresse pourrait être discutable et paraître superflue dans la mesure où une condition impossible ne sera pas, dans la majorité des cas, incertaine. En effet, généralement les conditions impossibles présentent une certitude dans leur inexécution, et de ce fait, sont dépourvues des attributs propres à une condition. Ces caractères peuvent parfaitement justifier que l'insertion de « conditions » de ce type sont simplement inutile et, de ce fait, n'aura aucune incidence sur le devenir du contrat ni sur le comportement des parties. Toutefois, elle présente une importance et les conséquences qui peuvent découler sur l'obligation, à laquelle elle est rattachée, méritent à ce titre une attention particulière. Si la conséquence consiste à considérer la condition inexistante, l'obligation sera simple et, de ce fait, elle entraînera tous ses effets. Si la conséquence est que l'obligation est considérée nulle, cela ne parviendra pas à la rendre effective. Évidemment, chaque critère change radicalement la perspective quant au débiteur engagé, en particulier, dès lors qu'elles sont incluses comme des conditions suspensives : si l'annulation se produit, le débiteur sera libéré de son obligation ; si l'inexistence est retenue, le débiteur devra exécuter l'obligation qu'il aura souscrite en marge de la condition.

Les Principes OHADAC se déterminent par la nullité de l'obligation dont dépend la condition impossible parce qu'elle garantit de façon plus adéquate la protection de la volonté des parties et, en particulier, la volonté du créancier dans le cas de conditions suspensives.

Exemple 3 : Dans le cas de l'exemple 2, il est clair que si A a conclu un contrat de transport avec B, c'est pour qu'il produise des effets et, en toute cohérence, il ne l'aurait pas souscrit s'il avait su par avance que la condition dont dépend la prestation de service s'avérerait impossible à exécuter.

Dans un cas où les parties contractantes sont dûment informées et ont émis un échange de consentement non vicié (par erreur, intimidation...), il est clair que l'insertion d'une condition impossible serait superflue et ne produira tout simplement aucun effet, ni ne pourra être considérée comme déterminante pour l'obtention du consentement de l'une des parties. De ce fait, il n'y aurait aucun obstacle à considérer que la condition n'existe pas. Toutefois, la question se poserait de façon différente si les parties, ou l'une d'elles, méconnaît l'impossibilité de la condition : dans ce cas, considérer que l'obligation est simple déformerait la volonté exprimée par les parties. De ce fait, considérer que l'obligation liée à la condition impossible est nulle s'avèrerait

plus cohérent et présenterait moins de difficultés pour valider la portée du consentement contractuel émis.

La nullité de l'obligation qui dépend d'une condition illicite, également contenue dans le présent article des Principes OHADAC, résulte de l'adéquation nécessaire du contrat aux prescriptions légales du droit qui la régit ou à la loi nationale impérative applicable dans le sens de l'article 3.3.1 des présents Principes. Le caractère illicite de l'évènement stipulé comme incertain ne devrait pas influencer sur l'exécution des obligations des parties. Aussi, dans ce cas, il s'avère raisonnable de conférer à l'illégalité de la condition la nullité de l'obligation qui s'y rattache. Les Principes OHADAC considère qu'est une cause illicite non seulement le non-respect des règles légales mais également des bonnes mœurs, dans la lignée des codes civils de la zone OHADAC. Cette disposition qui est, logiquement, plus ample que la simple référence aux lois, couvre une importance spéciale dans le domaine des relations commerciales, au sein desquelles les Principes OHADAC sont destinés à déployer leur entière efficacité et permet, de fait, de prendre comme paramètre la transgression des usages et des pratiques commerciales.

Concernant la portée de cette nullité, les Principes OHADAC établissent la nullité de l'obligation conditionnelle, mais pas celle de tout le contrat. Il suit en ce sens la tendance des codes civils caribéens. Cela est la conséquence directe du principe de préservation du contrat au titre duquel la nullité de l'ensemble du contrat se produira seulement si l'obligation est essentielle, et dans ce cas les règles générales en matière de nullité s'appliqueront.

En outre, la nullité sera automatique, sans savoir si telle ou telle condition a été déterminante ou non pour le consentement, ce qui élimine d'importants inconvénients de nature probatoire en relation avec la portée du consentement. Cette solution n'est toutefois pas unanimement partagée. En effet, dans la zone de l'OHADAC, l'article 1.200 du code civil vénézuélien établit que la condition résolutoire illicite « rend nulle l'obligation dont elle est la cause déterminante ». L'article 8:102 des PECL révisés par l'Association Henri Capitant reprend la même idée, qui s'inspire clairement du principe de la conservation des relations contractuelles.

La formulation de l'article ici commenté vise à éviter l'approche casuistique différenciée selon que les conditions revêtent un caractère suspensif ou résolutoire. D'une façon générale, la relation de dépendance sera préconisée pour les conditions suspensives, vu que les obligations soumises à condition résolutoire ne dépendent pas de celle-ci pour exister, mais précisément pour cesser de produire leurs effets. La « dépendance » de l'obligation de la condition stipulée pourrait servir, en plus, pour

conférer un effet de « nullité » à l'obligation dans la mesure où cette dépendance met réellement en évidence que celle-ci aura été déterminante pour l'obligation contractée, et non un simple élément accessoire.

Article 4.3.7 : Effets des conditions

- 1. Une condition est suspensive dès lors que l'obligation prend effet au moment de la réalisation de l'événement.**
- 2. Une condition est résolutoire dès lors que la réalisation de l'événement emporte extinction des effets de l'obligation.**
- 3. Lorsque la condition suspensive est pendante, les règles suivantes s'appliquent :**
 - a) Si la chose objet du contrat est perdue en l'absence de faute du débiteur, l'obligation s'éteint. Si la chose est perdue par la faute du débiteur, celui-ci devra verser des dommages-intérêts.**
 - b) Si la chose objet du contrat s'est détériorée en l'absence de faute du débiteur, celui-ci se libère en délivrant la chose dans son état actuel. Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier peut opter pour la résolution ou l'exécution du contrat, sans préjudice de réclamer des dommages-intérêts dans les deux cas.**
 - c) Le créancier peut accomplir tout acte de conservation de ses droits.**
- 4. Lorsque la condition est réalisée, les effets d'une obligation conditionnelle rétroagissent au jour où elle a été conclue, à moins que ces effets doivent être reportés à une autre date en raison de l'accord des parties ou de la nature de l'événement ou du contrat.**

COMMENTAIRE

1. Les modèles de rétroactivité ou de non-rétroactivité des conditions

La distinction entre conditions suspensives et résolutoires est solidement posée en droit comparé quant à leur typologie et à leur définition, selon que la survenance de l'évènement détermine le début de l'effet de l'obligation du contrat (condition suspensive) ou la fin de ses effets (condition résolutoire). Dans le contexte européen, de telles conditions existent dans les différents droits civils : espagnol (article 1.113), néerlandais (article 6:22) et français (articles 1.181 et s.). Ces concepts sont principalement équivalents aux *conditions precedents* et *conditions subsequent* de la *common law*. De même, les PU, le DCFR et les PECL dans la proposition de l'Association Henri Capitant reconnaissent cette qualification.

Dans le droit de la zone OHADAC, la majorité des codes civils reconnaissent également cette distinction : c'est le cas du droit colombien (article 1.536), cubain (article 53), dominicain et français (article 1.168), mexicain (articles 1.939 et 1.940), nicaraguayen (article 1.878), panaméen (article 998), saint-lucien (articles 1.018 et 1.019) et vénézuélien (article 1.198). Aucune mention sur ce point n'existe dans le code civil guatémaltèque, ni n'est expressément cité dans le code hondurien (bien qu'il soit induit dans l'article 1.376 du code civil) et, dans une rédaction identique, dans le code portoricain (article 1.066 du code civil). De même cette distinction est implicite dans les codes civils panaméen et costaricain.

Les divergences entre les dispositions portent sur le caractère rétroactif ou non des conditions. Ce point est essentiel car il a une incidence directe sur la dynamique de l'obligation.

Un modèle rétroactif suppose que dès lors que l'évènement prévu se réalise comme condition suspensive le contrat sera considéré comme produisant ses effets dès la conclusion du contrat. Si au contraire, la condition résolutoire se réalise, l'extinction des effets du contrat *ab initio* impliquera la restitution des prestations réalisées.

Dans un modèle de non-rétroactivité, l'efficacité de l'obligation qui dépend de la condition restera en attente de la réalisation (dans le cas de la condition suspensive) ou l'effet de l'obligation demeurera intact jusqu'à la réalisation (dans le cas de la condition résolutoire), de sorte que les prestations effectivement accomplies ne seront pas affectées jusqu'à ce moment-là.

Le choix pour l'un ou l'autre de ces deux modèles constitue l'un des points essentiels de divergence entre les différents droits nationaux européens. Les droits civils français (article 1.179 du code civil) et néerlandais (article 6:24 du code civil) sont des illustrations de la rétroactivité des conditions. L'avant-projet de réforme du code civil

français de 2013 prévoit un système dual : la non rétroactivité des conditions suspensives et la rétroactivité des conditions résolutoires (articles 160-161).

Pour leur part, les différents instruments d'harmonisation contractuelle partent de la non-rétroactivité comme règle générale. Elle apparaît ainsi dans les articles 8:301 et 8:302 des PECL révisés par l'Association Henri Capitant, qui prévoient que l'obligation ne produira d'effet qu'à compter de la date de la réalisation de l'évènement conditionnel à effet suspensif et que l'obligation sera maintenue jusqu'à ce que se produise le fait conditionnel qui y mettra fin, à moins que les parties n'aient convenue d'autre chose. L'article 5.3.2 PU et les paragraphes (2) et (3) de l'article III-1:106 DCFR sont rédigés dans des termes identiques.

Du point de vue des pays de la zone OHADAC, le système majoritaire est le régime de la rétroactivité tant de la condition suspensive que de la condition résolutoire. Sont dans ce cas, entre autres, les codes civils hondurien (articles 1.382 et 1.385), mexicain (article 1.941), nicaraguayen (articles 1.883 et 1.890), panaméen (article 1.005), portoricain (article 1.073), saint-lucien (article 1.016) et vénézuélien (articles 1.204 et 1.209). Concernant les conditions résolutoires, la rétroactivité est établie dans l'article 1.544 du code civil colombien, l'article 690 du code civil costaricain et l'article 1.183 des codes civils dominicain et français. L'article 53.2 et 4 du code civil cubain s'écarte de ce régime et insère une solution clairement fondée sur la non rétroactivité des conditions. Dans le même sens, mais sans mention expresse, doit être interprété l'article 1.270 du code civil guatémaltèque qui dispose que « la condition produit ses effets à partir de la réalisation de la condition sauf stipulation contraire ». Toutefois, il permet que le créancier, avant la réalisation de la condition, puisse exercer des actions conduisant à la conservation de son droit (article 1.276). Pour sa part, la pratique de la *common law* laisse une large marge au principe dispositif des parties, de sorte que celles-ci puissent configurer et adapter au cas d'espèce les effets découlant de l'exécution des conditions.

Nonobstant, les exceptions respectives qui existent dans les modèles ayant opté pour la rétroactivité et ceux qui optent pour la non-rétroactivité atténuent les différences théoriques qu'ils présentent entre eux. Cela peut être constaté dans l'article 8:205 des PECL révisés par l'Association Henri Capitant en attribuant au créancier conditionnel la faculté de conserver son droit, en particulier en lien avec les actes frauduleux. La même souplesse quant à la non-rétroactivité s'observe également dans l'article 8:206 PECL révisés par l'Association Henri Capitant, dans la mesure où elle permet au créancier conditionnel de transférer son droit en attente à la réalisation de la condition. Dans un sens similaire, l'article 53.2 du code civil cubain établit l'obligation

et la responsabilité pour les actes qui pourraient nuire ou porter atteinte au droit du créancier conditionnel.

Les conditions contractuelles sont un élément dispositif pour les parties, les Principes OHADAC se limitent à en régir, tout en suivant une règle d'ingérence minimum et à titre supplétif de la volonté des parties, les seuls aspects qui s'avèreraient strictement nécessaires. Le reste étant soumis au régime général du contrat. Dans ce contexte, il s'avère pertinent d'introduire et de définir ce que sont les conditions suspensives et résolutoires, les effets qu'elles produisent sur les obligations, les règles indispensables qui sont en attente de la réalisation de la condition et la transmission des risques. Concrètement, la décision sur la rétroactivité/non-rétroactivité dans la réalisation de la condition a des effets sur le moment où le droit est entendu comme acquis pour le créancier conditionnel (dans le cas de condition suspensive) et la portée des obligations de restitutions (dans le cas de condition résolutoire), bien qu'il s'agisse d'une question qui apparaisse dans de nombreux codes civils de la zone OHADAC (article 1.549 du code civil colombien ; article 684 du code civil costaricain ; article 1.890 du code civil nicaraguayen ; article 1.016 du code civil saint-lucien), vu qu'ici seules seront applicables les règles générales sur la transmission des créances dès lors que leur titularité a été déterminée.

2. La rétroactivité des conditions suspensives

Les Principes OHADAC partent de la rétroactivité des conditions suspensives, en suivant la solution majoritairement adoptée dans les droits civils de la zone. D'un point de vue des conditions suspensives, leur incidence se manifeste par l'acquisition du droit et dans les régimes de l'attribution des droits et responsabilités jusqu'à la réalisation de la condition. Qui assume les risques en cas de perte ou de détérioration de la chose liée à la condition ? Qui profite des intérêts et des fruits et qui a l'obligation de conserver la chose ? Ce sont des aspects qui méritent une réglementation plus détaillée dans les Principes OHADAC.

Exemple : Dans un modèle de rétroactivité, face à une condition suspensive du type « le marchand d'art M acquiert un tableau dont P est propriétaire s'il obtient l'autorisation pour son exportation », une fois la condition réalisée (l'obtention de l'autorisation d'exportation), il est entendu que le marchand aura acquis la propriété du tableau à partir du moment de la conclusion du contrat. Cela suppose, par conséquent : 1) l'inexistence des actes de transmission postérieurs réalisés par P, sauf pour protéger les tiers de bonne foi ; 2) de même M aura la possibilité de faire évaluer le cadre ; 3) si M décède avant que P ait obtenu l'autorisation, dès que l'autorisation sera obtenue, les héritiers de M deviendront propriétaire du tableau ; 4) seront

valables tous les actes de transmission réalisés par le créancier conditionnel (M) à des tiers durant le délai avant que la condition ne se réalise (par exemple, la revente du cadre à un tiers).

Dans un système de rétroactivité, l'attribution de la titularité d'un droit au profit du créancier se produira, une fois que la condition aura été réalisée, à compter du moment de la conclusion du contrat. Les problèmes peuvent se poser quant à l'effet des aliénations et des actes dispositifs que le débiteur aurait pu effectuer dans le délai d'attente de la survenance de la condition. À cet effet, quelques codes civils de la zone OHADAC (parmi lesquels, le code colombien ou nicaraguayen) introduisent des règles spécifiques sur l'incidence de la condition dans de tels actes dispositifs, tout en distinguant l'aliénation des biens meubles et immeubles, dans laquelle est sous-jacente l'idée de la protection des tiers ayant acquis de bonne foi. Toutefois, les Principes OHADAC n'introduisent aucune disposition dans ce domaine, de sorte que les conséquences des conditions dans les actes dispositifs seraient soumises à la solution générale en matière de coopération et de loyauté entre les parties, quant aux obligations conditionnelles. Il existe deux raisons qui expliquent le silence normatif sur ce point. Pour une part, parce que la solution donnée par les codes civils de l'OHADAC n'est pas commune, nombre d'entre eux ne règlent pas cette question. D'autre part, parce que l'incidence de la réalisation de la condition sur l'efficacité des actes juridiques de transmission de la propriété va au-delà de la question simplement contractuelle, avec des conséquences sur le régime juridique réel et sur les conséquences sur les tiers acquéreurs. Ces aspects dépassent évidemment le cadre d'application que se posent les présents Principes.

L'attribution des risques de détérioration ou de perte de la chose objet de l'obligation présente un lien plus grand avec le régime propre aux conditions. Dans le contexte du droit européen, en cas de perte, la règle habituelle est l'extinction de l'obligation, à défaut de faute du débiteur (article 1.122 du code civil espagnol ; article 1.182 des codes civils français et dominicain). Par conséquent, il est clair que les risques de perte sont assumés par le créancier. En cas de détérioration non imputable au débiteur, il existe des divergences entre le modèle espagnol (la règle est que, à défaut de faute du débiteur, c'est le créancier qui l'assume) et le français (le créancier a la possibilité de résoudre le contrat ou de recevoir la chose sans remise de prix), ce qui dans la pratique équivaut sur ce point à une exception à la rétroactivité. Ces règles coïncident essentiellement avec l'article 8:305 des PECL révisés par l'Association Henri Capitant, bien que cet instrument parte de la règle de la non-rétroactivité. Certainement, si le premier cas suppose un modèle de rétroactivité pure, vu que les risques de

détérioration sont assumés par le créancier qui doit accepter la chose dans l'état dans lequel elle se trouvera, le second cas suppose un modèle de rétroactivité tempérée, car en accordant au créancier la possibilité de résoudre le contrat, les risques de détérioration de la chose sont mis à la charge du débiteur qui ne sera pas libéré de la remise de la chose, ni ne recevra la contrepartie, le cas échéant, prévue au contrat. C'est la seconde option qui est suivie par le droit français (article 1.182 du code civil).

Les deux modèles de réglementation apparaissent aussi dans le contexte des pays de l'OHADAC, et la position des codes civils qui optent pour une rétroactivité pure est majoritaire, tout en attribuant les risques de détérioration au créancier, qui reste tenu de recevoir la chose comme elle sera sans rabais sur le prix (article 1.543 du code civil colombien ; article 1.384 du code civil hondurien ; article 1.948.III du code civil mexicain ; article 1.882.3 du code civil nicaraguayen ; article 1.075.3 du code civil portoricain). Face à cette position, se trouvent les codes civils dominicain et costaricain (articles 1.182 et 686, respectivement), qui donnent également au créancier le choix de résoudre le contrat.

La règle générale établie dans les Principes OHADAC part de l'attribution des risques au créancier conformément avec le ressenti général de la rétroactivité de la condition suspensive. Il s'agit de l'option majoritairement acceptée dans les législations nationales et elle s'applique dans tous les cas de façon supplétive aux engagements des parties, qui pourraient s'accorder sur une autre solution en reconnaissant, par exemple, au créancier le droit de résoudre le contrat. Le modèle de rétroactivité présente l'avantage de ne pas requérir de protection légale ultérieure quant à l'obligation de diligence que le débiteur conditionnel doit adopter sur les biens concernés par la condition, dans la mesure où l'instrument de transmission des risques détermine l'imputabilité et la responsabilité du débiteur dans son devoir de conservation de la chose. C'est précisément pour cette raison que les systèmes qui suivent la non-rétroactivité doivent introduire des mesures spécifiques pour garantir le droit de créance conditionnel. La condition en attente de réalisation, les parties assument une obligation de diligence dans leur comportement afin de ne pas nuire aux obligations contractuelles. De ce point de vue, le caractère rétroactif de la condition suspensive permet et confère au créancier une meilleure protection de son droit, puisqu'il peut rechercher la responsabilité du débiteur en cas de perte ou d'atteinte à son droit imputable au débiteur.

3. La rétroactivité des conditions résolutoires

L'effet rétroactif des conditions résolutoires implique fondamentalement la restitution des prestations réalisées à compter de la conclusion du contrat, face à un modèle de

non-rétroactivité pure qui ne concerne que les prestations susceptibles de se réaliser après la réalisation de la condition, mais sans compromettre les prestations antérieures.

Le système de non rétroactivité dont partent, à titre de règle générale, les textes d'harmonisation contractuelle est nuancé précisément sur le régime des conditions résolutoires parce qu'elles établissent des règles sur la restitution des prestations déjà réalisées. Dans ce contexte, le Principe 5.3.2 d'UNIDROIT établit un double système, selon que les parties ont convenu ou non de la rétroactivité de la condition. Si elles ont convenu de la rétroactivité, les règles de restitution applicables en cas de nullité contractuelle s'appliquent. À défaut d'accord, la « non-rétroactivité » de la condition signifie simplement que s'appliqueront les règles générales sur la restitution en cas de résolution contractuelle. De même, l'article III.-1:106 (5) du DCFR établit une obligation de restitution des bénéfices obtenus en appliquant par renvoi à l'article III-3:510, les règles sur la fin contractuelle pour des causes autres que la non-exécution contractuelle.

Dans le contexte de l'OHADAC, la règle générale est la rétroactivité des conditions résolutoires, dont découle l'obligation de restitution qui aurait été reçue sous cette condition, soit parce que c'est la solution générale applicable aux conditions, soit parce que précisément il en est ainsi convenu pour les conditions résolutoires (article 690 du code civil costaricain ; article 1.544 du code civil colombien ; article 1.183 des codes civils dominicain et français). De même un effet rétroactif des *conditions subsequent* est reconnu dans le domaine de la *common law*. Au contraire, le droit cubain opte pour un système de non-rétroactivité pur en établissant que « les effets produits jusqu'alors sont nuls » (article 53.2. du code civil).

Les Principes OHADAC optent pour le modèle de la rétroactivité, en suivant la tendance majoritaire de son droit comparé, en imposant l'obligation de restitution des prestations réalisées, mais avec quelques nuances. La formulation de la règle s'inspire de la rédaction de l'article 1.941 du code civil mexicain. Bien que l'option proposée suppose d'incliner pour le premier système, cela ne doit pas être interprété comme une ingérence intolérable dans l'ensemble des pays de l'OHADAC, y compris le code civil cubain. Il ne faut pas tirer du Principe OHADAC un système de rétroactivité pur et rigide de l'effet résolutoire de la condition, mais une telle situation subordonnée à la volonté des parties et à la nature même de l'obligation.

Les parties peuvent convenir de clauses spécifiques sur la restitution des prestations. En outre, la portée et les conséquences de la résolution contractuelle, bien que cela soit une voie d'exécution d'une condition, doivent se soumettre aux règles de

restitution applicables selon la nature de l'obligation dont il s'agit. Dans ce contexte, des problèmes peuvent se poser quant à la restitution de prestations spécifiques dès lors qu'il s'agit d'obligations de faire ou de ne pas faire. Dans ces cas, il existe des règles qui établissent que les tribunaux détermineront dans tous les cas l'effet rétroactif de la condition réalisée (article 1.385 du code civil hondurien ; article 1.008 du code civil panaméen ; article 1.076 du code civil portoricain). De même, il est important d'identifier si l'obligation concernée est à exécution instantanée ou successive, dans ce dernier cas il s'avèrera plus difficile que cela puisse concerner les prestations déjà accomplies. De même, le régime de restitution aura une incidence, selon si l'obligation concernée est divisible ou indivisible. Dans le premier cas, au regard du critère de préservation du contrat, la rétroactivité stricte de la résolution sur les réalisations partielles déjà accomplies pourrait être nuancée. Dans le second cas, il est raisonnable que la résolution porte sur l'ensemble de l'obligation.

Exemple 1 : Entre les entreprises A et B, il existe un contrat de fourniture d'énergie qui est réglé mensuellement et qui est soumis à la condition résolutoire que l'énergie n'atteigne pas un prix maximum déterminé. La réalisation de la condition (à savoir, le prix maximum fixé par les parties ayant été atteint), le contrat sera résolu mais cela ne pourra pas affecter l'énergie déjà fournie.

Exemple 2 : L'entreprise fabricante A et son distributeur B ont conclu un contrat de vente de marchandises qui sont livrées et payées par lots. Dans ce cas également, il est habituel qu'une fois la condition fixée réalisée, la résolution ne concernera que les remises postérieures et non encore réalisées.

Article 4.3.8 : *Interférence d'une partie dans le jeu de la condition*

- 1. Lorsque la condition est pendante, une partie ne peut pas agir, sans intérêt légitime, en portant atteinte aux droits de l'autre partie dans le cas où la condition se réalise.**
- 2. La partie qui, sans intérêt légitime, empêche l'accomplissement de la condition ne pourra pas en invoquer la défaillance.**
- 3. La partie qui, sans intérêt légitime, provoque l'accomplissement de la condition ne pourra pas en invoquer la réalisation.**

COMMENTAIRE

1. Le principe de coopération dans les conditions

Un autre aspect important dans le domaine des conditions concerne les obligations de comportement que les parties ont avant que ne se réalise l'obligation, tant suspensive que résolutoire, et qui sont la matérialisation des règles générales de coopération et de bonne foi en matière commerciale. Ces principes se manifestent ici sur un plan à la fois positif et négatif. Il se traduit, d'une part, par une obligation de comportement visant la préservation de la relation juridique, et d'autre part, par l'interdiction d'interférence des parties en attente de la réalisation de la condition.

L'aspect positif du principe de coopération et de loyauté entre les contractants se manifeste dans l'obligation qui incombe à chaque partie de faciliter la réalisation de la condition (s'il s'agit d'une condition suspensive) ou d'éviter sa réalisation (s'il s'agit d'une condition résolutoire), en partant du principe de l'intérêt commun des parties dans le maintien de la relation contractuelle et de la réalisation de ses effets. Un tel devoir de coopération apparaît clairement explicité dans les articles 8:202 et 8:203 PECL révisés par l'Association Henri Capitant. Dans tous les cas, la détermination de celui qui doit parvenir à (ou empêcher) la réalisation de la condition (par exemple, l'obtention d'un crédit) dépendra des clauses du contrat et, par conséquent, de celui qui assume les risques inhérents à la condition. De même le contrat établira le niveau d'engagement de la partie pour laquelle la condition est réalisée : si l'engagement est absolu, il assumera les risques en cas de non réalisation de la condition (obligation de résultat), si l'engagement consiste à seulement déployer les efforts pour que la condition se réalise, les risques seront assumés par l'autre partie. De même, il est possible que le contrat inclue une obligation expresse et spécifique pour l'une des parties concernant la non-réalisation de la condition, ce qui conduira à examiner l'inexécution du point de vue de cette condition et non du point de vue de l'obligation principale.

Exemple : L'entreprise venderesse A peut s'être engagée vis-à-vis de l'entreprise acheteuse B à obtenir une licence d'exportation afin de pouvoir livrer la marchandise dans le délai convenu. Si elle ne l'obtient pas, il s'agit d'une inexécution contractuelle. Or, l'entreprise venderesse A peut s'être engagée à « faire tout son possible » pour obtenir la licence correspondante. Dans ce cas, si A a agi avec une diligence raisonnable et malgré cela n'a pas obtenu la licence, il ne s'agira pas d'une inexécution contractuelle.

2. L'interdiction d'interférence dans les conditions

L'aspect négatif du principe général de coopération et de loyauté en matière commerciale suppose, dans tous les cas, l'interdiction d'interférence ou d'intromission dans la réalisation (ou non) des conditions, de sorte que si l'une des parties s'ingère, elle ne pourra plus se prévaloir de la condition dans laquelle elle s'est ingérée pour son propre intérêt, à moins qu'elle ne justifie d'un intérêt légitime. Cela est clairement contenu dans le droit néerlandais (article 6:22 du code civil). De même, la jurisprudence étatsunienne s'est prononcée dans ce sens en utilisant le même fondement de bonne foi et de loyauté en matière commerciale. Le droit anglais parvient à une conclusion similaire en considérant que l'interférence dans les conditions porte atteinte à une obligation implicite (*implied term*) du contrat. Cela sous-tend dans ce cas la protection de la loyauté en matière commerciale et, de ce fait, de couvrir les cas dans lesquels la partie qui s'ingère obtient un avantage dans l'exécution (ou l'inexécution) de la condition. Ces cas s'apprécient de manière analogue dans le droit comparé et dans les instruments d'harmonisation : tous considèreraient de tels comportements comme contraires au devoir général de coopération.

Exemple 1 : A achète une machine à B, qui devra être testée afin de s'assurer de son fonctionnement correct par un expert (condition suspensive). B convainc l'expert de rendre un avis favorable, évitant qu'un rapport négatif ne soit émis quant à la machine. Dans ce cas, la condition ne devra pas être considérée comme réalisée et, de ce fait, aucun effet sur l'obligation de A n'existera.

Exemple 2 : L'assuré A provoque un incendie dans sa maison afin que son assureur B lui paie l'indemnité d'assurance. Ayant été démontré que le sinistre a été provoqué par A ayant eu un comportement contraire à la bonne foi, B ne sera pas obligé de lui verser le montant de l'indemnité correspondante.

Exemple 3 : Interférence dans les conditions résolutoires : A loue un équipement à B à un prix très avantageux jusqu'à ce que B achète son propre équipement. Au bout d'un certain temps, B n'achète aucun équipement malgré les différentes offres qu'il a reçues et ce, afin de continuer de bénéficier des avantages que A lui offre.

Dans la zone OHADAC, les codes civils visent seulement les cas d'exécution fictive, et non pas ceux d'inexécution, comme en témoignent entre autres l'article 53.3 du code civil cubain, l'article 1.178 des codes civils dominicain et français, l'article 1.273 du code civil guatémaltèque, l'article 1.381 du code civil hondurien, l'article 1.944 du code civil mexicain et l'article 1.889 du code civil nicaraguayen. Si l'on prend en compte

l'obligation générale de coopération comme principe commun, rien ne doit empêcher que les deux aspects, relatifs à l'exécution ou non de la condition, apparaissent dans les règles générales formulées. Dans la même ligne, se trouvent les dispositions de l'article 5.3.3 PU, de l'article III-1:106 (4) DCFR et de l'article 8:203 PECL révisés par l'Association Henri Capitant. Pour ce faire, en tenant compte que le critère sous-jacent est le même dans les deux types de cas, l'article des Principes OHADAC contient une formulation générique semblable aux prévisions du reste des textes d'harmonisation contractuelle. L'article couvre, par conséquent, tant l'exécution fictive (si la partie empêche la réalisation de la condition suspensive) que l'inexécution fictive (si la partie provoque indûment l'exécution de la condition résolutoire).

C'est sur les conséquences découlant de cette interférence que les diverses positions se manifestent. Le modèle DCFR établit que la partie lésée peut considérer que la condition est exécutée ou non (article III-1:106). Dans le modèle des PECL de l'Association Henri Capitant il est prévu que la condition sera considérée exécutée ou non selon la partie qui aura commis l'interférence (article 8:203). Dans les PU, il est simplement indiqué que, selon les cas, la partie qui agit sans intérêt légitime ne pourra pas invoquer l'exécution ou non de la condition (article 5.3.3).

Les nuances qui existent quant à la « sanction » face à la « mauvaise foi » de celui qui s'ingère dans la condition ont des conséquences évidentes sur les actions disponibles pour la partie contractante qui a agi de bonne foi mais qui a été lésée du fait de l'exécution ou non de la condition. L'exécution fictive (posée par les PECL), outre le fait qu'elle génère des problèmes pratiques évidents, peut simplement ne pas correspondre à l'intérêt de la partie contractante qui, plus que de considérer la condition comme exécutée, peut prétendre à la résolution du contrat.

Exemple 4 : Dans un contrat de vente de marchandises conclu entre le vendeur A et l'acheteur B, il a été inséré comme condition que A obtienne la licence d'exportation correspondante. Toutefois, A ne l'obtient pas par manque total de diligence de sa part. La question consiste à déterminer ce qui est entendu par exécution de la condition imposée au vendeur A d'obtenir une licence d'exportation dans la mesure où celle-ci existe réellement mais n'a pas été obtenue et ne peut pas être obtenue. Dans les cas de ce type, il apparaît absurde de partir sur l'exécution factice de l'obligation et il s'avère raisonnable de penser que l'acheteur sera libéré de ses obligations contractuelles.

Afin d'éviter ce type d'inconvénients, d'autres schémas s'ajustent davantage aux besoins de la partie innocente. Ils empêchent que la partie, qui a agi de mauvaise foi, puisse se prévaloir de la condition dans laquelle elle s'est elle-même ingérée et, que la

seule solution potestative consiste à laisser à la partie lésée le « choix » de considérer ou non l'obligation comme étant exécutée, si cela lui convient dans le cas concret.

En tout cas, les Principes OHADAC contournent les difficultés d'interprétation que l'établissement de la bonne ou mauvaise foi d'une partie implique, tout en objectivant les effets de l'interférence. Sauf si l'une des parties s'ingère dans la condition sur la base d'un intérêt légitime, par exemple pour protéger le propre objet du contrat, cette interférence dans la condition qui lèsera l'autre partie produira les effets visés aux paragraphes deux et trois du présent article.

Section 4 : Pluralité de parties

Article 4.4.1 : Pluralité de débiteurs

- 1. Lorsque plusieurs débiteurs s'engagent envers un même créancier pour la même obligation, cette obligation est solidaire entre les codébiteurs si chacun est tenu pour le tout, de sorte que le créancier peut demander l'exécution à l'un quelconque des codébiteurs et l'exécution faite par l'un d'entre eux libèrera les autres.**
- 2. Quand les codébiteurs ne se sont engagés que de façon séparée, la part de chacun dans la dette est, à défaut de stipulation contraire, réputée égale.**

COMMENTAIRE

D'un contrat peuvent découler des obligations pour une pluralité de parties qui occupent la même position et, plus concrètement, la même position concomitante (le contrat se réalise conjointement) et non consécutive (pluralité qui dérive, par exemple, de la cession de crédits ou de la succession à cause de mort). Cette pluralité de parties peut être soit passive (de débiteurs) soit active (de créanciers). Il se peut, en outre, qu'il y ait pluralité de débiteurs et de créanciers en même temps. Il s'agit de situations plus fréquentes dans les contrats commerciaux internationaux (en particulier, le cas de la solidarité passive), de ce fait il est conseillé de disposer d'une réglementation spécifique, qui en outre devra couvrir les particularités de chacune d'elles.

En cas de pluralité de débiteurs, il se peut que chacun d'eux soit tenu d'assumer seulement une partie de la dette, de sorte que le créancier n'aura le droit d'exiger de chacun des débiteurs que la part qu'il lui doit. Dans ce cas, l'obligation plurielle est dénommée « partielle » (article 10:101 PECL), séparée (article 11.1.1 PU) ou commune simple (dans la terminologie employée dans les codes civils guatémaltèque, hondurien, mexicain, panaméen et portoricain). Si ce sont les créanciers qui assument une obligation commune simple, ils ont le droit de demander uniquement leur part de la créance et le débiteur ne devra payer à chacun d'eux que la part qui lui revient individuellement. Dans tous les cas, cette division ou fragmentation de la dette ou de la créance entraîne que le régime de l'obligation sera indépendant et propre, de sorte que les actes modificatifs ou extinctifs de l'engagement pourront seulement s'effectuer pour chaque débiteur ou créancier, et n'auront d'effets qu'envers chacun d'eux. Chaque dette ou chaque créance est différente et indépendante à tous les effets. En relation avec ce type d'obligation plurielle, il convient d'introduire une disposition [article 4.4.1 (2)], conformément à laquelle chacun des codébiteurs communs (ou fragmentaires) est tenu à parts égales. Cette règle se trouve dans différents codes (article 246.1 du code civil cubain ; article 1.348 du code civil guatémaltèque ; article 6:6.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.986 du code civil mexicain ; article 1.929 du code civil nicaraguayen ; article 1.024 du code civil panaméen ; article 1.091 du code civil portoricain), ainsi que dans l'article 10:103 PECL.

Dans les contrats commerciaux, il est fréquent que l'obligation souscrite par divers débiteurs soit solidaire. Dans un tel cas, les codébiteurs sont obligés de fournir une seule et même prestation, que le créancier pourra réclamer dans son intégralité et sa totalité à l'un quelconque d'entre eux [article 4.4.1 (1)]. C'est la notion de solidarité entre les débiteurs, qui est largement connue dans les différents codes civils (article 637 du code civil costaricain ; article 1.568 du code civil colombien ; article 248 du code civil cubain ; article 1.200 des codes civils dominicain et français ; article 1.352 du code civil guatémaltèque ; article 987 du code civil haïtien ; article 1.400 du code civil hondurien ; article 6:6.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.987 du code civil mexicain ; article 1.924 du code civil nicaraguayen ; article 1.024 du code civil panaméen ; article 1.090 du code civil portoricain ; article 1.034 du code civil saint-lucien ; article 1.221 du code civil vénézuélien ; article 178 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013), ainsi que dans l'article 11.1.1 PU, l'article 10:101 (3) PECL et l'article III-4:102 (3) DCFR. Dans les systèmes appartenant à la *common law* et, en général, en anglais, la dette solidaire est connue sous le

terme *joint and several*, alors que l'obligation fragmentaire, disjointe ou commune simple, est dénommée *joint*.

Si le codébiteur auquel le créancier s'adresse paie plus de ce qui correspond à sa part dans la dette, il pourra ensuite se retourner contre les autres codébiteurs. Dans cette obligation solidaire, il s'avère important de régir, d'une part, ces relations externes, à savoir, entre les codébiteurs et le créancier (articles 4.4.2-4.4.7), et d'autre part, les relations internes, à savoir, entre les débiteurs solidaires, dès lors que l'un d'eux s'acquitte totalement ou partiellement de l'obligation (articles 4.4.8-4.4.9).

Article 4.4.2 : Source de la solidarité entre les débiteurs

Une obligation souscrite par une pluralité de débiteurs est présumée solidaire, sauf stipulation contraire.

COMMENTAIRE

La première question particulièrement importante relève de la détermination du type d'obligation plurielle qui découle du contrat, dans le cas où les parties ne le spécifient pas expressément. À cet effet, la présomption au profit du caractère solidaire de la dette est la solution retenue majoritairement pour les contrats commerciaux tant dans les règles nationales que dans les autres principes contractuels. En principe, la *favor debitoris* conduit la majorité des codes civils à opter, d'une façon générale, pour une présomption contraire à la solidarité. Mais la présomption s'inverse, également d'une façon générale, en matière de contrats commerciaux, pour lesquels prévaut la *favor creditoris*. En effet, la grande majorité des codes civils et des textes d'harmonisation considère que la dette contractuelle, souscrite par une pluralité de sujets, n'est solidaire que si cela relève d'une stipulation expresse du contrat, de la loi ou d'un usage (article 1,568.3 du code civil colombien ; article 638 du code civil costaricain ; article 248.4 du code civil cubain ; article 1.202 des codes civils dominicain et français ; article 1.353 du code civil guatémaltèque ; article 989 du code civil haïtien ; article 6:6.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.400 du code civil hondurien ; article 1.988 du code civil mexicain ; article 1.924 du code civil nicaraguayen ; article 1.025 du code civil panaméen ; article 1.090 du code civil portoricain ; article 1.299 de l'ancien code civil surinamais ; article 176 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations). De même, en droit anglais, la dette sera considérée comme *joint and several* seulement si cela a été expressément stipulé [*Levi v Sale* (1877), 37LT 709 ;

White v Tyndall (1888), 13 App. Cas. 263 ; *The Argo Hellas* (1984), 1 Lloyd's Rep.296]. Nonobstant, cette règle a été étendue aux contrats commerciaux dans la majeure partie des systèmes juridiques, soit par la jurisprudence (par application d'un usage commercial, comme en France et à Porto Rico), soit par une règle spécifique (article 825 du code de commerce colombien ; article 432 du code de commerce costaricain ; article 674 du code de commerce guatémaltèque ; article 711 du code de commerce hondurien ; article 102 du code de commerce nicaraguayen ; article 221 du code de commerce panaméen ; article 1.036 du code civil saint-lucien ; article 11.1.2 PU ; article 10:102 PECL ; article III-4:103 (2) DCFR). Cela explique qu'une règle spécifique pour les contrats commerciaux internationaux dispose directement de la présomption de la solidarité des obligations souscrites par une pluralité de débiteurs.

Article 4.4.3 : Solidarité variable entre débiteurs

L'obligation peut être solidaire entre certains débiteurs seulement et non entre tous.

COMMENTAIRE

La solidarité ne perd pas son caractère par le fait que la relation obligatoire contient diverses modalités relatives aux différents débiteurs. Chacun d'eux, en effet, pourrait être soumis à des conditions ou des différents, ou être tenu au paiement dans un lieu différent. Il est fait mention expresse quant à cette possibilité de « solidarité variable » en suivant la tradition de nombreux codes [article 1.569 du code civil colombien ; article 639 du code civil costaricain ; article 1.201 des codes civils dominicain et français ; article 1.353 du code civil guatémaltèque ; article 988 du code civil haïtien ; article 1.401 du code civil hondurien ; article 1.925 du code civil nicaraguayen ; article 1.027 du code civil panaméen ; article 1.093 du code civil portoricain ; article 1.035 du code civil saint-lucien ; article 1.222 du code civil vénézuélien ; article 10:102 (3) PECL].

Article 4.4.4 : Droits du créancier

Le créancier peut réclamer à un ou plusieurs des codébiteurs de son choix l'exécution totale ou partielle de l'obligation.

COMMENTAIRE

En matière de dette solidaire, l'un quelconque des codébiteurs peut effectuer le paiement, sans que le créancier ne puisse s'opposer à ce que ce soit ce débiteur en particulier qui s'exécute, ni demander que ce soit un autre. En contrepartie, le créancier a le droit de choisir le débiteur ou les débiteurs à qui il va s'adresser pour réclamer le paiement de la dette, que ce soit totalement, ou partiellement. Évidemment, en droit anglais ce *ius electionis* se limite à la possibilité de réclamer l'exécution à un débiteur en particulier (celui que le créancier choisira), ou à tous à la fois, de sorte qu'il ne permet pas de demander uniquement à plusieurs d'entre eux et non à un autre ou à d'autres [*Cabell v Vaughan* (1669), 1 Wms. Saund. 291 ; *Richads v Heather* (1817), KB. & Ald. 29]. Toutefois, la solution la plus retenue consiste à ne pas poser de limite sur ce point (article 1.571 du code civil colombien ; article 640 du code civil costaricain ; article 249 du code civil cubain ; article 1.203 des codes civils dominicain et français ; article 1.357.1 du code civil guatémaltèque ; article 990 du code civil haïtien ; article 1.403 du code civil hondurien ; article 6:7.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.989 du code civil mexicain ; article 1.927 du code civil nicaraguayen ; article 1.031 du code civil panaméen ; article 1.097 du code civil portoricain ; article 1.038 du code civil saint-lucien ; article 178 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 11.1.3 PU et, de façon implicite, dans la définition de l'obligation solidaire contenue dans les PECL et le MCR). En contrepartie, le codébiteur à qui le paiement est réclamé ne peut pas renvoyer le créancier vers un autre débiteur, ni payer uniquement « sa part ».

Article 4.4.5 : Effets de l'exécution ou de la réclamation partielles

- 1. L'exécution obtenue par l'un des codébiteurs solidaires n'éteint pas l'obligation solidaire, sauf en ce qui concerne la part qui a été satisfaite par ce codébiteur.**
- 2. Les actions exercées contre l'un des débiteurs solidaires suspendent la prescription à l'égard de l'ensemble des codébiteurs.**

COMMENTAIRE

De nombreux systèmes juridiques de la zone OHADAC retiennent des solutions spécifiques sur les effets d'une réclamation judiciaire. Ainsi, en premier lieu, il est prévu que la demande du créancier contre l'un des débiteurs ne fasse pas obstacle à la réclamation judiciaire ou extrajudiciaire engagée à l'encontre des autres, tant qu'il n'a pas obtenu l'exécution intégrale de la dette [article 1.204 des codes civils dominicain et français ; article 1.357 du code civil guatémaltèque ; article 991 du code civil haïtien ; article 1.404 du code civil hondurien ; article 1.928 du code civil nicaraguayen ; article 1.031 du code civil panaméen ; article 1.097 du code civil portoricain ; article 1.039 du code civil saint-lucien ; article 1.226 du code civil vénézuélien ; *Blyt v. Fladagte* (1891), 1 Ch. 337 ; article 178 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013].

En second lieu, dès lors qu'une demande judiciaire est engagée à l'encontre de l'un des codébiteurs solidaires, la prescription est suspendue. Toutefois, la solution vénézuélienne, selon laquelle les causes d'interruption et de suspension de la prescription qui existe à l'encontre des débiteurs solidaires ne peuvent pas être invoquées contre les autres, s'avère minoritaire (article 1.228 du code civil vénézuélien). C'est l'approche contraire qui prédomine, conformément à laquelle l'action suspend la prescription et ce même envers les autres codébiteurs (article 2.540 du code civil colombien ; article 1.206 du code civil dominicain ; articles 1.206 et 2.245 du code civil français ; article 1.361 et 1.362 du code civil guatémaltèque ; article 993 du code civil haïtien ; article 2.302 du code civil hondurien ; article 2.001 du code civil mexicain ; article 1.028 du code civil panaméen ; article 1.094 du code civil portoricain ; article 2.092 du code civil saint-lucien ; article 11.1.7 PU).

Article 4.4.6 : Moyens de défense opposables

Le codébiteur solidaire peut opposer tous les moyens de défense communs et ceux qui lui sont personnels, mais pas les moyens de défense personnels des autres débiteurs.

COMMENTAIRE

Cette disposition reprend une clause générale qui différencie l'opposabilité des moyens de défense que peut invoquer un codébiteur envers le créancier qui lui réclame le paiement. À cet effet, il est de tradition de distinguer les moyens de défense communs à tous les codébiteurs de ceux qui sont personnels (article 1.577

du code civil colombien ; article 1.208 des codes civils dominicain et français ; article 1.360 du code civil guatémaltèque ; article 6:11 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.410 du code civil hondurien ; article 1.995 du code civil mexicain ; article 1.035 du code civil panaméen ; article 1.101 du code civil portoricain ; article 1.043 du code civil saint-lucien ; article 1.224 du code civil vénézuélien ; article 11.1.4 PU ; article 10:111 PECL ; article II-4:112 DCFR ; article 179 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations). Nonobstant, la portée des moyens de défense communs opposables est, dans les textes ci-dessus mentionnés, dépareillée. Face à la poursuite du créancier, la solution unanimement retenue est que le débiteur solidaire puisse opposer des moyens de défense communs à tous les codébiteurs et des moyens de défense qui lui sont propres. C'est également la règle suivie par la jurisprudence anglaise : le codébiteur peut opposer des moyens de défense communs comme le paiement [*Porter v Harris* (1663), 1 Lev. 63], ou le fait que le contrat ait été falsifié [*Gardener v Walsh* (1885), 5 E&B. 84], ou que le créancier ait agi frauduleusement [*Pirie v Richardson* (1927), 1 KB], ainsi que les moyens de défense personnels propres, mais pas les moyens de défense personnels des autres codébiteurs, comme par exemple, la minorité en âge ou l'insolvabilité [*Burgess v Merrill* (1812), 4 Taunt. 468 ; *Gillow v Lillie* (1835), 1 Bing. No C. 695 ; *Lovell & Christmas v Beauchamp* (1894), AC 607]. Quant aux moyens de défense personnels des autres débiteurs, il existe également des codes qui permettent leur opposabilité, mais seulement pour la partie de la dette correspondant au débiteur concerné par ce moyen de défense (article 1.410 du code civil hondurien ; article 1.931 du code civil nicaraguayen ; article 1.035 du code civil panaméen ; article 1.101 du code civil portoricain). Les présentes dispositions se sont donc alignées sur la solution majoritaire : ne pas permettre d'opposer des moyens de défense qui sont personnels à l'un ou à plusieurs des autres codébiteurs.

Les moyens de défense communs aux débiteurs sont ceux qui font référence à l'obligation, et comprennent les moyens nés du fait juridique et à son déroulement ou aux aléas de la relation contractuelle (p. ex. interdiction légale, irrégularité de forme, illicéité ou absence de cause ou d'objet). Cela explique qu'elles puissent être contraires pour tous les codébiteurs. Cela va plus loin, invoquer ce premier type de moyens de défense pour les débiteurs se conçoit davantage comme un devoir que comme une faculté, à partir du moment où le débiteur poursuivi par le créancier pour exécution n'invoque pas le moyen de défense, il ne récupèrera pas l'excédent qu'il aura payé par un éventuel recours contributoire (article 4.4.9).

Les moyens de défense personnels découlent de la manière particulière dont le débiteur qui est concerné assume le lien obligatoire, tels que l'incapacité, le handicap et les vices de consentement. Cela explique que seuls les débiteurs directement concernés pourront s'opposer au créancier. Quant aux conséquences en cas de non invocation de ces moyens de défense par le débiteur qui a effectué le paiement par recours contributoire, il convient de se référer à l'article 4.4.9.

L'article suivant précise la portée que les moyens d'exécution ou d'extinction de l'obligation ont sur la dette solidaire, vis-à-vis des autres codébiteurs.

Article 4.4.7 : *Extinction d'une obligation solidaire*

- 1. L'exécution de l'obligation ou de la compensation effectuée conformément à la section 2 du chapitre 6 des présents Principes éteint l'obligation, soit totalement soit à concurrence du montant exécuté ou compensé.**
- 2. La remise de dette accordée à un codébiteur solidaire éteint l'obligation solidaire, à moins que le créancier ne déclare expressément qu'elle ne bénéficie qu'à ce codébiteur. Dans ce cas, la remise ne libère les autres débiteurs que pour la seule part du codébiteur libéré.**
- 3. La renonciation à la solidarité accordée par le créancier à l'un des codébiteurs n'emporte pas perte de la solidarité entre les autres codébiteurs lesquels ne sont libérés que pour la part du codébiteur concerné par la renonciation.**
- 4. La confusion des qualités de créancier et de codébiteur d'une même dette éteint l'obligation à concurrence de la part de ce codébiteur.**

COMMENTAIRE

L'extinction de la dette solidaire se produit suite à l'exécution ou au paiement total de celle-ci (ou de tout acte assimilé, tel que la dation en paiement, le paiement par cession de biens, l'offre de paiement et la consignation) par l'un quelconque des débiteurs. Si l'exécution est partielle, l'extinction aura logiquement lieu seulement au regard du montant payé. Il s'agit d'une solution largement connue et expressément contenue dans plusieurs codes (article 251.2 du code civil cubain ; articles 1.358 et

1366 du code civil guatémaltèque ; article 6.7.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; 1.934 du code civil nicaraguayen ; article 1.032 du code civil panaméen ; article 1.098 du code civil portoricain ; indirectement, article 1.577.2 du code civil colombien ; article 11.1.5 PU). La compensation, effectuée conformément aux dispositions de la section 2 du chapitre 6 des présents Principes, produit le même effet que le paiement, dans la mesure où elle est effectuée par le débiteur solidaire qui est à la fois créancier du créancier commun et qui sera invoquée par lui : elle éteint l'obligation pour la part qui lui correspond, à savoir, totalement ou à hauteur de la somme compensée.

Si le créancier remet la dette de tous les codébiteurs et pour la totalité de la dette, il s'avère alors incontestable qu'une telle remise produit l'extinction totale de l'obligation. De même, une donation à l'ensemble des codébiteurs solidaires d'une partie de la dette réduit l'obligation commune pour cette partie, et libère de la totalité du paiement. Le problème se pose dans le cas où la remise est effectuée uniquement au profit de l'un des codébiteurs solidaires. Des réponses existent dans diverses dispositions. Certains systèmes juridiques disposent que cette remise ne concerne pas les droits du créancier vis-à-vis du reste des débiteurs. Cela signifie qu'ils ne considèrent pas qu'il y a « présomption de remise » au profit des autres débiteurs [article 1.366 du code civil guatémaltèque ; article 998 du code civil haïtien ; article 1.408 du code civil hondurien ; article 11.1.6 PU ; article 10:108 (2) PECL ; article 180 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013]. Sauf disposition contraire du créancier, la remise ne libère que le débiteur bénéficiaire de la donation, ainsi que les autres débiteurs, pour la partie qui leur correspond, tel que cela est indiqué *infra*. Toutefois, il convient de retenir la solution favorable à la « présomption de remise », qui existe dans les autres systèmes (article 1.573 du code civil colombien ; article 642 du code civil costaricain ; article 1.285.1 des codes civils dominicain et français ; article 1.940 du code civil nicaraguayen), parce qu'elle s'avère plus adaptée à la solidarité de source contractuelle. Il en découle que si le créancier ne souhaite pas que la remise profite à l'ensemble des débiteurs, mais uniquement à l'un d'entre eux, il doit le mentionner expressément. C'est ainsi également que le conçoivent les juridictions anglaises : si le créancier remet la dette, tous les codébiteurs en bénéficient, mais s'il remet la dette au seul bénéficiaire d'un débiteur et qu'il réserve ses droits face au reste de la dette, il est considéré qu'à ce titre il a procédé à un *convenant not to sue* qui ne profite qu'à un débiteur en particulier [*Hutton v Wyre* (1885), 6 Taunt. 289 ; *Kearsley v Cole* (1846), 16 M & W 128, 136]. Dans tous les cas, il ressort largement que la remise faite au profit d'un des débiteurs entraîne l'extinction de la dette seulement pour la part

correspondant au débiteur qui en bénéficie (article 1.575 du code civil colombien ; article 646 du code civil costaricain ; article 1.366 du code civil guatémaltèque ; article 997 du code civil haïtien ; article 1.408 du code civil hondurien ; article 1.992 du code civil mexicain ; article 1.932 du code civil nicaraguayen ; article 1.030 du code civil panaméen ; article 1.032 du code civil saint-lucien ; article 11.1.6 PU).

D'autre part, de façon expresse et unanime les codes civils disposent que la renonciation à la solidarité à l'égard de l'un de débiteurs n'implique pas la perte de la solidarité avec le reste des débiteurs (article 1.573 du code civil colombien ; article 646 du code civil costaricain ; article 1.210 des codes civils dominicain et français ; article 1.367 du code civil guatémaltèque ; article 997 du code civil haïtien ; article 1.406 du code civil hondurien ; article 1.936 du code civil nicaraguayen ; article 1.045 du code civil saint-lucien ; article 1.233 du code civil vénézuélien). Nonobstant, dans un tel cas, certains systèmes juridiques déclarent que l'obligation qui incombe aux autres codébiteurs est intégrale (article 1.233 du code civil vénézuélien). Toutefois, la solution majoritaire, ici retenue, prévoit l'extinction (diminution) de l'obligation pour la part du débiteur qui bénéficie de la renonciation à la solidarité (article 1.573 du code civil colombien ; article 646 du code civil costaricain ; article 1.210 des codes civils dominicain et français ; article 997 du code civil haïtien ; article 1.406 du code civil hondurien ; article 1.936 du code civil nicaraguayen). Le code civil guatémaltèque pourrait également être rattaché à ce dernier groupe, dans la mesure où la libération de l'un des débiteurs solidaires ne compromet pas les obligations incombant aux autres débiteurs « pour la partie restante de l'obligation » (article 1.367 du code civil guatémaltèque).

Enfin, dès lors qu'un codébiteur réunit les qualités de (co)débiteur et de créancier, l'obligation s'éteint également pour la part correspondant à ce codébiteur vis-à-vis duquel se produit la confusion (article 1.209 des codes civils dominicain et français ; article 1.348 du code civil guatémaltèque ; article 996 du code civil haïtien ; article 1.951 du code civil nicaraguayen ; article 1.232 du code civil vénézuélien).

Article 4.4.8 : *Rapports entre codébiteurs solidaires*

- 1. À défaut de stipulation contraire, les débiteurs solidaires sont tenus par parts égales.**
- 2. À défaut de stipulation contraire et si l'un des codébiteurs devient insolvable, sa part sera partagée au *pro rata* entre les autres débiteurs.**

COMMENTAIRE

L'obligation entre les codébiteurs solidaires n'est pas, en principe, solidaire. Rien n'empêche que les codébiteurs conviennent entre eux d'un régime de solidarité pour gouverner leurs relations internes, toutefois cela s'avère très peu fréquent. À défaut de disposition contraire, il est communément admis que la dette est divisée ou fragmentée : chaque débiteur est responsable seulement de sa part vis-à-vis du débiteur qui paie plus que la part qu'il doit. Cette part du codébiteur solidaire est considérée comme étant divisée en parts égales, tel que cela est prévu dans de nombreux ordres juridiques nationaux [article 1.579 du code civil colombien ; article 649 du code civil costaricain ; article 1.213 des codes civils français et dominicain ; article 1.000 du code civil haïtien ; article 1.999 du code civil mexicain ; article 1.949 du code civil nicaraguayen ; *Sholefield Goodman & Sons Ltd v Zyngier* (1986), AC 562 ; article 11.1.9 PU ; article 10:105 (1) PECL ; article III-4:106 (1) DCFR ; article 181 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations].

En tout cas, pour remédier aux éventuelles situations injustes, il est prévu à titre de garantie une obligation de protection mutuelle du risque en cas d'insolvabilité. Cette obligation de partager entre le reste des codébiteurs (y compris celui qui aura honoré sa dette envers le créancier) la part du débiteur qui ne pourra pas faire face à sa part de la dette, dans la proportion correspondant à chacun des débiteurs selon la quote-part lui incombant dans le remboursement de la dette, est largement reconnue dans les différents codes (article 1.583 du code civil colombien ; article 1.214 des codes civils dominicain et français ; article 1.359 du code civil guatémaltèque ; article 1.001 du code civil haïtien ; article 6:13 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.999 du code civil mexicain ; article 1.945 du code civil nicaraguayen ; article 1.032 du code civil panaméen ; article 1.098 du code civil portoricain ; article 1.049.2 du code civil saint-lucien ; article 1.238 du code civil vénézuélien ; article 10:106 PECL ; article 181 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations). La même solution est également retenue en *equity* [*Lowe v Dixo* (1885), 16 QBD 455, 458], qui sur ce point s'est imposée sur la règle de *common law* selon laquelle la dette se divisait entre tous les débiteurs, indépendamment de leur solvabilité.

Article 4.4.9 : Droit de recours et subrogation

1. Le codébiteur solidaire qui a payé plus que sa part peut exercer un recours pour réclamer la différence

aux autres codébiteurs, seulement à hauteur de la part de chacun.

- 2. Le codébiteur solidaire qui a payé plus que sa part est subrogé dans les droits du créancier.**
- 3. Face à la réclamation du codébiteur solidaire, l'un quelconque des débiteurs peut opposer les moyens de défense communs qui n'auront pas été invoqués par le débiteur ayant payé ainsi que des moyens de défense personnels, mais non les moyens qui seront personnels aux autres débiteurs.**

COMMENTAIRE

Dès lors que la part de chaque codébiteur sera déterminée, si l'un a payé au créancier commun plus que sa part, il peut exercer pour l'excédent un recours contributoire auprès de tout autre codébiteur tel que cela est fréquemment et expressément établi dans les systèmes juridiques nationaux. Tous excluent en outre, comme cela a été indiqué, le caractère solidaire de l'obligation des codébiteurs face au débiteur qui a effectué le paiement : il ne pourra être réclamé à chaque codébiteur que la part qui lui correspondra [article 1.575 du code civil colombien ; article 651 du code civil costaricain ; article 251.3 du code civil cubain ; article 1.214 des codes civils dominicain et français ; article 1358 du code civil guatémaltèque ; article 1.001 du code civil haïtien ; article 6:10 des codes civils néerlandais et surinamais (article 6:12.1 des codes civils des Antilles néerlandaises et d'Aruba) ; article 1.999 du code civil mexicain ; article 1.947 du code civil nicaraguayen ; article 1.032 du code civil panaméen ; article 1.098 du code civil portoricain ; article 1.048 du code civil saint-lucien ; article 1.238 du code civil vénézuélien ; *Davitt v Titcumb* (1989), 3 All ER 417, 422 ; article 11.1.10 PU ; article 10:106 PECL ; article III-4:107 (2) DCFR ; article 181 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations]. En outre, le débiteur qui a effectué le paiement pourra également réclamer le paiement des frais qu'il aura été amené à payer. Il s'agit d'un règlement communément accepté même s'il n'est pas expressément exposé dans certains codes [article 651 du code civil costaricain ; article 1.358 du code civil guatémaltèque ; article 1.032 du code civil panaméen ; article 1.098 du code civil portoricain ; 10:106 (3) PECL ; article III-4:107 (3) DCFR]. Évidemment, ce recours contributoire n'est pas absolu : si l'obligation a été contractée uniquement dans l'intérêt d'un ou de plusieurs débiteurs, il est d'usage

d'insérer l'obligation des autres débiteurs dans les rapports internes entre débiteurs (article 2.000 du code civil mexicain).

À côté du recours contributoire, il est reconnu au débiteur solidaire qui a payé plus que sa part, la possibilité de se subroger aux droits du créancier (article 1.579 du code civil colombien ; article 1.251.3 des codes civils français et dominicain ; article 1.412 du code civil hondurien ; article 1.999 du code civil mexicain ; article 10:106 (2) PECL ; article III-4:107 (2) du DCFR). Cette précision est importante, dans la mesure où elle constitue un moyen supplémentaire, qui en quelque sorte contribue à pallier la rigueur de l'obligation solidaire face aux codébiteurs. Comme cela a été mentionné, quand un codébiteur est poursuivi par le créancier pour payer la totalité de la dette ou plus que sa part, il ne peut pas opposer la division de la dette. Pour que le codébiteur puisse récupérer les sommes d'argent qu'il n'était pas tenu de payer, il dispose non seulement du recours contributoire mais il a également la possibilité d'exercer une action en subrogation. Dans ce cas et contrairement à ce qui se passe pour le recours contributoire, l'ancienneté de l'obligation sera à la source. La subrogation, en tout cas, n'est pas absolue, dans la mesure où elle ne permet de s'adresser à chaque codébiteur que pour la part de la dette qui lui échoit (article 1.049 du code civil saint-lucien).

Tout débiteur solidaire est responsable envers ses coobligés d'opposer face à la réclamation du créancier les moyens de défense communs. Comme cela a été mentionné *supra*, les moyens de défense communs doivent obligatoirement être allégués si le créancier poursuit l'exécution de l'obligation auprès de l'un des débiteurs, de sorte que si le débiteur n'invoque pas le moyen de défense à ce moment-là, il ne pourra pas récupérer l'excédent qu'il aura payé dans le cadre d'un éventuel recours contributoire. Le reste des codébiteurs pourra opposer au codébiteur qui aura payé plus que sa part, cette exception commune (article 1.208 des codes civils dominicain et français ; article 1.360 du code civil guatémaltèque ; article 11.1.12 PU). C'est seulement pour des motifs impératifs de bonne foi qu'une telle possibilité pourra être tempérée : si le débiteur à qui le paiement est réclamé par le créancier en informe les autres et n'est pas avisé de l'existence de moyens de défense par les autres, ceux-ci ne pourront pas par la suite arguer de ces moyens dans leurs rapports entre eux, sauf si celui-ci en avait eu connaissance.

Les moyens personnels du codébiteur, qui est poursuivi d'un recours contributoire par le débiteur qui a payé plus que sa part, ne peuvent pas être opposés par celui-ci au créancier, mais peuvent être invoqués dans cette voie.

Article 4.4.10 : Solidarité de créanciers

Lorsqu'un même débiteur s'engage envers plusieurs créanciers pour une même obligation, cette obligation est solidaire entre les cocréanciers si chaque cocréancier peut réclamer au débiteur l'exécution totale de l'obligation et si le paiement fait à l'un quelconque d'entre eux libère le débiteur.

COMMENTAIRE

Quand la pluralité des parties se trouve du côté des créanciers, c'est-à-dire, quand il existe plusieurs créanciers pour un débiteur commun, la créance, d'une façon générale, est de nature divisée ou séparée : chaque créancier va seulement pouvoir réclamer au débiteur la seule part qui lui correspond dans la créance. La solidarité entre les créanciers ou solidarité active occupe une place très résiduelle, à partir du moment où elle ne présente pas d'avantage substantiel pour le débiteur, alors que les cocréanciers peuvent être fortement lésés. En effet, chaque créancier solidaire peut exiger du débiteur qu'il exécute entièrement l'obligation et le paiement effectué par le débiteur à l'un quelconque d'entre eux le libère de son obligation. C'est ainsi qu'elle est conçue dans les différents textes [article 1.568 du code civil colombien ; article 248.2 du code civil cubain ; article 1.197 des codes civils dominicain et français ; article 1.352 du code civil guatémaltèque ; article 985 du code civil haïtien ; article 6:16 codes civils néerlandais et surinamais (article 6:15 des codes civils des Antilles néerlandaises et d'Aruba) ; article 1.400 du code civil hondurien ; article 1.987 du code civil mexicain ; article 1.924 du code civil nicaraguayen ; article 1.024 du code civil panaméen ; article 1.090 du code civil portoricain ; article 1.221 du code civil vénézuélien ; article 11.2.1 PU ; article 10:201 (1) PECL ; article III-4:202 (1) DCFR ; article 248 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations].

La solidarité entre les créanciers, comme cela a été mentionné, n'est pas courante. De ce fait, l'accord exprès sur une telle solidarité n'apparaît que dans certains contrats bancaires, comme dans les contrats de dépôt ou les comptes courants entre détenteurs communs. Les détenteurs communs d'un compte de dépôt ou d'un compte courant (cocréanciers) attendent que l'établissement bancaire (débiteur) réponde aux demandes de chacun d'eux, indépendamment de qui est le propriétaire des fonds. Cette question sera déterminée entre eux au travers de leurs rapports internes. Ainsi, les risques qui sont assumés par les codétenteurs avec le régime de la

solidarité sont évidents : n'importe lequel d'entre eux peut demander le remboursement de la totalité des fonds existants, ou même provoquer un découvert, si cela a été négocié avec l'établissement bancaire, et celui-ci devra accéder à une telle demande.

De la définition de la solidarité entre créanciers se dégage l'un des deux effets fondamentaux de cette solidarité : permettre aux cocréanciers de s'adresser au débiteur commun pour exiger le paiement de la totalité de l'obligation, sans que le débiteur ne puisse prétexter qu'il ne représente pas la totalité des créanciers. Sans nier la possibilité que le débiteur éteigne son obligation *motu proprio* (article 4.4.14), ce qui nous intéresse fondamentalement c'est les droits des cocréanciers face au débiteur commun. Si les comptes bancaires des détenteurs communs en sont le cadre habituel, il s'agit de relations qui ne portent pas sur une dette permanente dont le débiteur veut se libérer et que les créanciers cherchent à liquider, par conséquent le *ius electionis* du débiteur n'a pas beaucoup de sens. Toutefois, l'on sait également qu'il y a solidarité entre les créanciers dans d'autres relations commerciales (*joint-ventures*, assurances, etc.), de ce fait la réglementation qui est proposée ne s'applique pas strictement aux particularités des comptes courants entre détenteurs communs.

L'autre effet que reprend la définition porte sur l'extinction de l'obligation dès lors que le débiteur s'acquitte de la totalité de son obligation au profit de l'un des créanciers solidaires. Cet effet étant énoncé dans cette première disposition relative à la solidarité entre créanciers, il n'est pas nécessaire d'adopter une règle spécifique, comme celle prévue à l'article 1.990 du code civil mexicain ou à l'article 11.2.2 PU.

Article 4.4.11 : Source de la solidarité entre créanciers

La solidarité entre créanciers ne se présume pas et doit être expresse.

COMMENTAIRE

Dans la mesure où la solidarité entre créanciers ne peut exister que sur la base d'une étroite confiance entre les cocréanciers, il convient d'exiger que la source de cette solidarité soit contractuelle. Par conséquent, le caractère solidaire d'une créance ne peut pas se présumer (comme c'est le cas des dettes, tel que cela a été vu *supra*). Pour qu'une solidarité active existe, il doit être signé un accord exprès entre les

créanciers et le débiteur. Cela est prévu expressément dans la majorité des codes [article 1.568 du code civil colombien ; article 248.4 du code civil cubain ; article 1.197 des codes civils dominicain et français ; article 1.353 du code civil guatémaltèque ; article 985 du code civil haïtien ; article 6:16 des codes civils néerlandais et surinamais (article 6:15 des codes civils des Antilles néerlandaises et d'Aruba) ; article 1.400.3 du code civil hondurien ; article 1.988 du code civil mexicain ; article 1.924.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.024 du code civil panaméen ; article 1.090 du code civil portoricain ; article 1.223 du code civil vénézuélien ; *Thompson v Hakewill* (1865), 19 CNBS, 713, 726 ; article III-4:203 (2) DCFR]. Bien que cette disposition ne figure pas dans les PECL, ce serait tout de même la solution retenue par ce texte, car dans le commentaire qui l'accompagne il est indiqué que la solidarité active ne peut être présumée. À noter qu'il n'est pas nécessaire d'opter pour une position plus radicale face à ce type d'obligation, qui exclurait même qu'elle puisse exister : l'article 636 du code civil costaricain dispose que la solidarité entre créanciers n'est pas possible et renvoie à l'institution du pouvoir.

Article 4.4.12 : Solidarité variable entre créanciers

La créance peut être solidaire entre certains créanciers seulement et non entre tous.

COMMENTAIRE

De la même manière que la solidarité passive peut être variable, la solidarité active admet la possibilité de s'accorder sur des conditions, délais ou modalités de réclamation divers, pour chaque créancier, quant à l'exécution de l'obligation du débiteur. Cela est habituel dans les contrats de compte courant entre détenteurs communs. Cela est expressément prévu dans l'article 1.353 du code civil guatémaltèque, l'article 1.925 du code civil nicaraguayen, l'article 1.027 du code civil panaméen et l'article 1.093 du code civil portoricain.

Article 4.4.13 : Droits du débiteur

Pour exécuter son obligation ou réaliser le paiement, le débiteur peut s'adresser à l'un quelconque des cocréanciers.

COMMENTAIRE

Les différents codes civils reconnaissent habituellement un *ius electionis* dans le domaine aussi de la solidarité active. Le débiteur se voit reconnaître la possibilité de choisir le créancier solidaire auprès duquel il va se libérer de son obligation (article 1.570 du code civil colombien ; article 251.1 du code civil cubain ; article 1.198 des codes civils dominicain et français ; article 1.355 du code civil guatémaltèque ; article 985 du code civil haïtien ; article 1.402 du code civil hondurien ; article 1.926 du code civil nicaraguayen ; article 1.029 du code civil panaméen ; article 1.095 du code civil portoricain ; article 1.241 du code civil vénézuélien ; article 248 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). À cette règle s'en ajoute une autre qui exclut ce choix si le débiteur est poursuivi par l'un des créanciers en particulier, dans ce cas il devra effectuer le paiement au créancier qui le poursuit. Cette règle n'est pas prévue dans les PU, mais le serait implicitement à l'article 10:201 PECL.

Article 4.4.14 : Moyens de défense et extinction de l'obligation du débiteur

- 1. Le débiteur peut opposer au créancier, qui le poursuit en exécution, tous les moyens de défense communs aux cocréanciers et tous les moyens personnels de ce créancier, mais non les moyens de défense personnels des autres créanciers.**
- 2. L'exécution de l'obligation et de la compensation effectuée conformément à la section 2 du chapitre 6 des présents Principes éteignent l'obligation à concurrence de la part exécutée ou compensée.**
- 3. La remise de dette ou la confusion n'éteignent l'obligation qu'à concurrence de la part du créancier qui procède à la remise ou en la personne duquel s'opère la confusion comme créancier et débiteur.**

COMMENTAIRE

À l'instar du régime de la solidarité passive, il convient d'établir une disposition qui précise les exceptions que le débiteur peut opposer à celui qui lui réclame l'exécution de l'obligation en tant que créancier solidaire (article 11.2.3 PU). Ainsi, il est prévu

que le débiteur qui est enjoint par l'un quelconque des créanciers peut opposer tous les moyens de défense communs, et tous les moyens de défense personnels dont il dispose à l'égard du créancier qui le poursuit. Il ne pourra toutefois pas invoquer les moyens qui sont personnels à d'autres créanciers. Pour ce qui concerne les types de moyens de défense, voir le commentaire de l'article 4.4.6.

La compensation, à l'instar de la solidarité entre les débiteurs, équivaut au paiement, si elle intervient conformément aux dispositions légales (article 1.570 du code civil colombien ; article 1.402 du code civil hondurien ; article 1.926 du code civil nicaraguayen ; article 1.991 du code civil mexicain ; article 1.030 du code civil panaméen ; article 1.096 du code civil portoricain). Quant aux dettes concernées par la compensation et aux exigences ainsi qu'aux effets de la compensation, l'on s'en tiendra aux dispositions de la section 2 du chapitre 6 des présents Principes. Par conséquent, si le paiement ou la compensation sont effectués intégralement, la créance s'éteint. S'ils ne sont que partiels, l'extinction s'effectuera uniquement à hauteur de la somme payée ou compensée. Bien que certains systèmes juridiques optent pour attribuer des effets extinctifs à la remise uniquement à l'égard du créancier qui compense (article 1.244 du code civil vénézuélien), cette solution s'avère toutefois majoritaire. Il en est de même pour la solution retenue dans les PU, à travers le renvoi effectué par l'article 11.2.3 (2) à la disposition correspondant au régime de la solidarité passive.

Bien que la remise de la créance reçoive un traitement identique au paiement et à la compensation dans la majeure partie des codes civils (article 1.570 du code civil colombien ; article 1.402 du code civil hondurien ; article 1.926 du code civil nicaraguayen ; article 1.990 du code civil mexicain ; article 1.030 du code civil panaméen ; article 1.096 du code civil portoricain), la réglementation alternative s'avère dans cette situation davantage appropriée. Il convient de stipuler que la remise n'éteint que la dette à l'égard du créancier qui procède à la remise, tel que cela est prévu à l'article 986.2 du code civil haïtien, l'article 1.198 des codes civils dominicain et français, l'article 1.366 du code civil guatémaltèque, l'article 1.244 du code civil vénézuélien et l'article 10:205 (1) PECL. Les PU optent pour une solution contraire : la remise de la dette par l'un des créanciers solidaires affecte le reste des cocréanciers conformément à l'article 11.1.6. Et même si cette solution peut correspondre aux comptes ou dépôts bancaires de détenteurs communs, cette solution ne semble pas du tout logique, à partir du moment où les cocréanciers ne peuvent pas être lésés par une remise qui ne couvre que la partie du créancier qui procède à la remise.

Article 4.4.15 : Recours entre créanciers

- 1. À défaut de stipulation contraire, les parts des cocréanciers sont présumées égales.**
- 2. Le créancier solidaire qui a reçu plus que sa part doit rembourser l'excédent à ses cocréanciers, chacun pour sa part.**

COMMENTAIRE

Dans le cas où la part de la dette de chacun des créanciers n'aura pas été expressément déterminée, il convient de procéder à la division de la dette par parts égales. Cette solution est expressément retenue dans certaines législations [article 1.030 du code civil panaméen ; article 1.096 du code civil portoricain ; article 10:204 (1) PECL].

La quote-part de chaque créancier solidaire, une fois déterminée (conformément aux rapports internes ou à la disposition précédente), doit protéger le créancier qui n'a pas obtenu du débiteur la part de la créance qui lui revenait, et qui a été réclamée par ce même débiteur à l'autre cocréancier. Autrement dit, le créancier qui a obtenu plus que sa part dans la créance, doit la restituer au reste, c'est-à-dire à chacun en fonction de ce qui lui revient [article 250 du code civil cubain ; article 1.992 du code civil mexicain ; article 11.2.4 (2) PU ; article 10:204 (2) PECL ; article III-4:206 (2) DCFR].

CLAUSES DE SOLIDARITÉ

Solidarité passive (des débiteurs)

« L'obligation des débiteurs (locataires / cocontractants...) est solidaire. Tous les débiteurs (locataires / cocontractants...) sont tenus à part égale au paiement de la dette, et le créancier peut poursuivre l'un quelconque d'entre eux jusqu'à extinction complète de la dette. »

Solidarité active (des créanciers)

« La créance est solidaire. N'importe lequel des créanciers a le droit d'exiger du débiteur qu'il exécute la totalité de l'obligation, et ce dernier peut s'acquitter de la totalité de sa dette au profit de l'un quelconque de ses créancier. »

CHAPITRE 5

EFFETS DU CONTRAT

Section 1 : Durée du contrat

Article 5.1.1 : Contrats à durée indéterminée

- 1. Une partie peut, unilatéralement et à tout moment, résilier un contrat à exécution successive et à durée indéterminée sans besoin d'invoquer une cause, pourvu qu'elle le notifie moyennant un préavis raisonnable.**
- 2. Pourvu qu'un délai de préavis raisonnable soit respecté, la partie qui décide de résilier le contrat doit uniquement compenser l'autre partie pour les dépenses raisonnables engagées en vue de l'exécution du contrat.**

COMMENTAIRE

Les systèmes juridiques sanctionnent par la nullité les obligations *sine die*. Historiquement, les codes civils inséraient habituellement un article relatif au louage de services, par lequel était prohibé le contrat pour la vie, et dont certains d'entre eux subsistent encore aujourd'hui (article 1.780 des codes civils français et dominicain ; article 1.550 du code civil haïtien ; article 1.754 du code civil hondurien ; article 2.995 du code civil nicaraguayen ; article 1.335 du code civil panaméen ; article 1.569 du code civil saint-lucien).

Nonobstant, il est généralement admis que les parties concluent un contrat dans lequel la durée n'est pas prévue à l'avance, ni ne peut non plus l'être du fait de la nature de l'engagement ou des circonstances, ou dans lequel il est expressément établi que le contrat est conclu pour une durée indéterminée. La validité de ces contrats est subordonnée, de manière générale, dans les systèmes romano-germaniques comme dans ceux de *common law*, au fait que les parties puissent se libérer unilatéralement (avec ou sans délai de préavis). Ainsi, par exemple, le code civil français établit expressément dans son article 1.780 qu'il n'est possible d'engager ses services qu'à

temps. Par conséquent, le louage de services non limité dans le temps pourra prendre fin par la volonté de l'une quelconque des parties contractantes. Et une disposition similaire existe dans l'article 1.755 du code civil hondurien.

Cette possibilité de résilier unilatéralement le contrat est une exception aux principes du respect et de l'irrévocabilité des contrats (article 1.2 des Principes OHADAC et son commentaire), pour les contrats à durée indéterminée.

Les systèmes juridiques de la zone OHADAC, sans contenir une règle générale sur la résiliation des contrats hors du champ du droit de la consommation, contiennent en effet des dispositions pour les contrats à durée déterminée qui naissent pour durer comme, par exemple, le contrat de construction (article 1.794 des codes civils français et dominicain ; article 2.011 du code civil guatémaltèque ; article 7:764 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.346 du code civil panaméen ; article 1.639 du code civil vénézuélien), la société (article 1.246 du code civil costaricain ; article 1.865 du code civil dominicain ; articles 1.844.7 du code civil français ; article 1.634 du code civil haïtien ; article 1.879 du code civil hondurien ; article 2.720 du code civil mexicain ; article 3.285 du code civil nicaraguayen ; article 1.391 du code civil panaméen ; 1.591 du code civil portoricain ; 1.673 du code civil vénézuélien), le contrat de représentation (article 2.189 du code civil colombien ; article 1.278 du code civil costaricain ; article 409 du code civil cubain ; article 2.003 des codes civils français et dominicain ; article 1.717 du code civil guatémaltèque ; article 1.767 du code civil haïtien ; article 1.911 du code civil hondurien ; article 2.595 du code civil mexicain ; article 3.345 du code civil nicaraguayen ; article 1.423 du code civil panaméen ; article 1.623 du code civil portoricain ; article 1.655 du code civil saint-lucien ; article 1.704 du code civil vénézuélien) ; le contrat de services en général (article 7:408 des codes civils néerlandais et surinamais), et la commission ou la représentation commerciale (article 1.279 du code de commerce colombien ; article 197 du code de commerce portoricain).

Les codes des pays de la Caraïbe issus du droit romano-germaniques prévoient habituellement que dès lors que les parties n'ont pas convenu d'une date précise d'expiration du contrat à durée indéterminée, les parties pourront y mettre fin par notification et moyennant un préavis suffisant. Une disposition qui figure, pour le contrat de louage de choses, dans les articles 1.151 du code civil costaricain, 7:228.2 des codes civils néerlandais et surinamais, 1.717 du code civil hondurien, 2.478 du code civil mexicain, 1.322 du code civil panaméen, 1.560 du code civil saint-lucien et article 1.615 du code civil vénézuélien ; pour le contrat commercial d'approvisionnement, dans les articles 977 du code de commerce colombien et 802 du

code de commerce hondurien ; pour l'hébergement commercial, dans les articles 1.197.2 du code de commerce colombien et 871 du code de commerce guatémaltèque ; et pour le contrat d'agence, dans l'article 7:437 des codes civils néerlandais et surinamais.

De la même manière, le droit anglo-américain permet aux parties de se libérer d'un contrat à durée indéterminée (prestation de services de conseil, approvisionnement, licence...), en leur concédant la possibilité de mettre fin unilatéralement au contrat, sans être tenues d'invoquer une cause quelconque et sans nécessité, non plus, de préavis si celui-ci n'a pas été prévu au contrat [*Baird Textile Holdings Ltd v Mark & Spencer* (2001), EWCA Civ 274 ; *Crediton Gas Co v Crediton Urban Council* (1928), Ch. 147 44 ; *Jani King (GB) Ltd v Pula Enterprises Ltd* (2007), EWHC 2433 QB (2008) ; *Servicepower Asia Pacific Pty Ltd v Service-power Business Solutions Ltd* (2009) EWHC 179 (2010) ; sections 3:06 (5) et 3:10 du *Restatement Third of Agency* ; section 118 du *Restatement Second of Agency*]. Toutefois, la jurisprudence anglaise a considéré que si l'accord ne contient pas de clause prévoyant expressément aux parties la faculté de résilier, elle ne figurera pas systématiquement comme *implied term*, mais il sera possible d'appliquer la « *presumption of perpetual duration* » dans les contrats dans lesquels aucune durée déterminée n'est prévue [*Llanelly Ry & Dock Co v L & NW Ry* (1875), LR 7 HL 550].

Les articles 5.1.8 PU, 6:109 PECL et III-1:109 (2) DCFR retiennent la possibilité de résilier les contrats à durée indéterminée, à condition de l'assortir d'une obligation de donner un préavis dans un délai raisonnable.

En écho à ce qui a été mentionné précédemment, le paragraphe premier de l'article proposé par les Principes OHADAC régit la résiliation, comme étant la manière la plus habituelle de mettre fin au contrat à durée indéterminée, sans avoir besoin d'invoquer un motif légitime et qui est soumise à un délai de préavis raisonnable afin d'éviter les préjudices découlant de l'exercice de cette faculté. La résiliation adressée dans un délai raisonnable a pour but d'équilibrer les intérêts des deux parties au contrat : l'intérêt de celui qui souhaite se dégager du contrat et l'intérêt de celui qui préfère poursuivre le contrat, car il a effectué des investissements en vue de son exécution, qui ne seront rentables que dans le cas où le contrat dure pendant un temps déterminé, ou car cela va être compliqué pour lui de conclure immédiatement un contrat similaire avec une autre personne.

La présente disposition vient « combler une lacune » des systèmes de *common law* qui, hormis concernant le contrat d'agence, ne contiennent aucune disposition

imposant un préavis, ni ne permettent de déduire une durée implicite du contrat [*Baird Textile Holdings Ltd v Mark & Spencer* (2001), EWCA Civ 274].

Le caractère raisonnable du préavis dépendra de multiples facteurs, parmi lesquels se trouvent la nature et l'objet du contrat, le temps qu'il a duré, les investissements raisonnables qui ont été réalisés et les circonstances économiques ainsi que de tout autre type de situations déterminant le moment où la résiliation peut être effectuée, etc. Toutefois, compte tenu de la variété des situations susceptibles de se produire, il est préférable pour certains contrats que les parties s'accordent sur un délai par une clause spécifique au contrat et ce afin d'éviter tout problème d'interprétation.

Exemple 1 : La société financière A conclut un contrat avec les services juridiques de la société professionnelle d'avocats B pour une durée indéterminée. Chacune des parties peut résilier unilatéralement le contrat en le notifiant à l'autre moyennant un préavis raisonnable.

Le préavis constitue en droit une charge, qui donne lieu à indemnisation en cas d'inexécution. En effet, comme l'énonce le paragraphe deux de la présente disposition, la partie qui résilie le contrat en respectant le délai de préavis convenu devra seulement compenser les frais raisonnables qui auraient été engagés par l'autre partie contractante en vue de l'exécution du contrat, et qui ne pouvaient être évités malgré le dépôt du préavis (étant des investissements réalisés antérieurement).

Toutefois, la partie qui ne respecte pas le délai de préavis nuit aux intérêts de l'autre partie et est tenue de l'indemniser pour inexécution du contrat, conformément aux dispositions de la section 4 du chapitre 7 des présents Principes.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, si l'entreprise de construction décide de mettre fin au contrat avec la société professionnelle d'avocats B, sans l'en informer suffisamment à l'avance, elle devra l'indemniser non seulement pour les investissements raisonnables que B aura réalisés en vue de l'exécution du contrat mais également pour le manque à gagner, par exemple, du fait du refus de se charger d'autres clients, et en outre pour les frais découlant de l'inexécution susceptibles d'être indemnisés conformément aux présents Principes.

Enfin il ne faut pas confondre la résiliation unilatérale comme mode ordinaire de mettre un terme à un contrat à durée indéterminée, avec le cas d'exécution plus onéreuse (*hardship*) prévue à l'article 6.3.1 des présents Principes. Dans le *hardship*, des circonstances imprévues rendent la prestation excessivement onéreuse pour l'une des parties, qui pourra résilier le contrat sans préavis (ou le renégocier si les parties en conviennent ainsi). La présente disposition, quant à elle, ne nécessite pas un

changement de circonstances, car il s'agit d'une résiliation *ad nutum* dont l'unique condition porte sur l'existence d'un contrat à durée indéterminée et sur le respect d'un délai de préavis.

CLAUSES DE FIXATION DU DÉLAI DE PRÉAVIS

Tel que cela a été indiqué, parfois, il s'avère opportun d'insérer dans le contrat une clause par laquelle les parties déterminent le délai de préavis adéquat, afin d'éviter le préjudice inhérent à la confiance que les parties ont dans l'exécution du contrat.

Option A : Clause avec un délai fixe de préavis

« Les parties pourront mettre fin au présent contrat, par résiliation unilatérale et sans avoir à invoquer un quelconque motif, moyennant un préavis écrit d'un délai de (...). »

Clause B : Clause avec un délai de préavis variable

« Pendant la durée du contrat, à tout moment et sans avoir à invoquer un quelconque motif, les parties peuvent unilatéralement résilier le contrat, moyennant un préavis écrit d'un délai d'un mois par année de contrat sans pouvoir dépasser six mois. »

Article 5.1.2 : Contrats à durée déterminée

- 1. Les contrats à exécution successive à durée déterminée prennent fin à l'expiration de la durée prévue au contrat.**
- 2. Toutefois, si une partie notifie à l'autre sa volonté de renouveler le contrat, la partie qui s'oppose à son renouvellement doit le notifier dans un délai raisonnable avant l'expiration du contrat.**

3. Le contrat à durée déterminée qui se poursuit au-delà de la date d'expiration devient un contrat à durée indéterminée.

COMMENTAIRE

La présente disposition s'applique au contrat à exécution successive dont la durée a été déterminée par les parties et qui, passé le délai, s'éteint.

La fin d'exécution du contrat arrivé à son terme est une règle générale dans les systèmes de la zone OHADAC (pour le louage de choses, elle est contenue dans les articles 2.008 du code civil colombien, 1.737 des codes civils français et dominicain, 1.928 du code civil guatémaltèque, 1.508 du code civil haïtien, 7:228.1 des codes civils néerlandais et surinamais, 1.716 du code civil hondurien, 2.483 du code civil mexicain, 1.455 du code civil portoricain, 1.561 du code civil saint-lucien et 1.599 du code civil vénézuélien ; pour le contrat de société elle est contenue dans les articles 1.237 du code civil costaricain, 1.865 du code civil dominicain, 1.844.7 du code civil français, 1.634 du code civil haïtien, 1.879 du code civil hondurien, 2.685 et 2.720 du code civil mexicain, 1.391 du code civil panaméen, 1.591 du code civil portoricain et 1.673 du code civil vénézuélien ; pour le mandat, dans les articles 2.189 du code civil colombien, 1.278 du code civil costaricain, 2.003 des codes civils français et dominicain, 1.717 du code civil guatémaltèque, 1.767 du code civil haïtien, 2.595 du code civil mexicain, 1.423 du code civil panaméen, 1.623 du code civil portoricain et 1.704 du code civil vénézuélien ; pour l'hébergement commercial, voir les articles 1.197 du code de commerce colombien et 871 du code de commerce guatémaltèque).

Toutefois, quelques codes prévoient pour le contrat de louage que si, à l'expiration de la durée, le locataire demeure en possession de la chose avec l'accord du loueur, le contrat sera reconduit pour se transformer en contrat à durée indéterminée, conformément aux règles applicables en la matière (article 1.738 des codes civils français et dominicain ; article 1.507 du code civil haïtien ; article 7:230 des codes civils néerlandais et surinamais). La tacite reconduction est également régie à l'expiration du délai fixé pour le louage par les articles 392.1 du code civil cubain, 1.888 du code civil guatémaltèque, 1.456 du code civil portoricain 1.600 et 1.614 du code civil vénézuélien.

De même, dans la *common law*, la poursuite de l'exécution du contrat après l'expiration du délai convenu entraîne son renouvellement sauf s'il est mis fin au contrat par résiliation de l'une des parties et même si la résiliation n'est pas prévue au

contrat [*Winter Garden Theatre (London) Ltd v Millenium Productions Ltd (1948)*, AC 173].

Malgré la préférence des systèmes romano-germaniques pour la tacite reconduction, le paragraphe deux de la présente disposition a préféré ne pas établir de renouvellement automatique du contrat. Au contraire le régime proposé, se fondant sur la volonté des cocontractants, instaure la possibilité que l'un d'eux déclare à l'autre sa volonté de poursuivre la relation contractuelle, et si ce dernier ne le souhaite pas il devra le notifier dans un délai raisonnable avant l'expiration du contrat.

Exemple 1 : A convient de distribuer les produits de B dans le pays X durant cinq ans. Alors qu'il ne restait que six mois avant l'expiration du contrat, A notifie à B son intention de renouveler le contrat de distribution, ce que B refuse, l'indiquant à A 15 jours après avoir reçu la notification.

S'il n'indique pas son refus de renouveler le contrat dans un temps raisonnable, la partie qui a notifié son souhait de poursuivre le contrat est confortée dans sa demande.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, passés quatre mois suite à la notification, A n'a pas reçu de refus du renouvellement de la part de B. Aussi A peut-il être conforté dans le renouvellement du contrat et organiser les effets de son exécution future.

La solution proposée ici se fonde sur le respect maximum de la libre volonté des parties, au lieu d'imposer l'application de dispositions légales rigides, qui sont justifiées en présence d'une partie faible au contrat devant être protégée. Ce système de renouvellement est celui retenu par l'article 1:301 (2) des Principes de droit européen sur les contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution (*Principles of European law on Agency, Franchise and Distribution Contracts*).

À réception par le cocontractant de la notification l'informant du souhait de voir le contrat renouvelé, l'appréciation du caractère raisonnable du délai de réponse dépend, entre autres, du moment où il a reçu la notification, de la nature et de l'objet du contrat, des frais à prévoir pour la préparation de l'exécution, etc. La partie, qui souhaite renouveler le contrat, ne peut pas mentionner dans sa notification que, à défaut de recevoir une réponse dans un délai déterminé, elle considèrera que le contrat a été renouvelé. Cela conduirait à laisser le contrat au libre arbitre de l'une des parties. Par contre, d'un commun accord et dans une clause du contrat, les parties pourront convenir des délais pour notifier la décision de poursuivre le contrat et la réponse y afférente.

La décision de ne pas poursuivre le contrat notifiée dans un délai non raisonnable suite à la réception de la notification de renouvellement pourra engager la responsabilité du cocontractant pour le préjudice que le non-renouvellement du contrat aura pu occasionner (frais de préparation de l'exécution, gain manqué...).

Exemple 3 : Reprenant les faits des exemples 1 et 2, si alors qu'il ne reste que quinze jours avant l'expiration du contrat de distribution, B informe A de sa décision de ne pas renouveler, alors B sera responsable du préjudice provoqué par cette notification hors délai et dont A aura pu souffrir.

Toutefois, les parties, si elles en conviennent ainsi, pourront insérer dans leur contrat une clause de reconduction automatique.

Enfin, le paragraphe trois de la présente disposition prévoit que le contrat ne se renouvellera pas pour une durée égale à la durée initiale du contrat en cours, mais se transformera en contrat à durée indéterminée [articles 1:301 (3) des Principes de droit européen sur les contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution et article III.-1:111 DCFR], dans ce cas l'article 5.1.1 des présents Principes OHADAC sera applicable.

CLAUSES DE CONTRATS À EXÉCUTION SUCCESSIVE À DURÉE DÉTERMINÉE

Pour certains contrats et en vue d'éviter toute source de conflit, il serait préférable que les parties prévoient des délais pour se notifier mutuellement le souhait de renouveler le contrat ainsi que l'éventuelle décision de refus. Cela s'explique par le fait que, souvent, une notification peut être jugée par l'une des parties comme ayant été réalisée dans les délais alors que, pour l'autre, elle sera hors délai :

Option A : Fixation du délai des notifications pour le renouvellement à l'initiative de l'une des parties

« Si l'une des parties souhaite renouveler le contrat, elle devra le notifier à l'autre dans un délai de (...) mois avant l'expiration du contrat.

Si l'autre partie ne souhaite pas renouveler le contrat, elle devra le notifier à son cocontractant dans un délai de (...) jours à compter de la réception de la notification de

renouvellement ou, si la demande lui a été remise, à compter du jour où elle aurait dû en avoir raisonnablement connaissance. »

Il est possible que les parties préfèrent que le contrat ne s'éteigne pas automatiquement à l'expiration du délai prévu au contrat. Les parties doivent exprimer leur souhait de mettre fin au contrat, par notification à l'autre partie moyennant le préavis prévu :

Option B : Reconduction automatique pour un terme égal à celui initialement convenu

« Les parties pourront considérer que le contrat est éteint une fois qu'il sera arrivé au terme de la durée prévue, si elles notifient leur volonté de ne pas le renouveler dans un délai de (...) jours avant l'expiration du contrat.

À l'expiration du terme du contrat convenu, sans qu'aucune des parties n'ait manifesté son intention de ne pas le renouveler, le contrat sera reconduit tacitement pour des durées égales successives.

La partie qui décide de mettre fin au contrat au terme de la période initiale convenue, ou de l'un de ses renouvellements, ne sera pas tenue d'indemniser l'autre partie, si elle respecte le délai de préavis convenu. »

L'obligation d'informer l'autre partie de son souhait de mettre fin au contrat est reliée à la reconduction tacite du paragraphe deux. Par conséquent, à défaut d'indiquer expressément l'extinction du contrat, dans les formes susmentionnées, le contrat sera tacitement reconduit pour des périodes égales successives.

Si la partie met fin au contrat dans les délai et forme prévus, il n'y aura pas lieu à l'indemnisation telle qu'indiquée dans le paragraphe trois de la présente clause. Il s'agit de mettre fin au contrat, passée la durée du contrat, ce qui ne génère aucun préjudice aux parties (qui s'attendent déjà à ce terme). Le non-respect du délai fixé pour le préavis constitue toutefois une inexécution contractuelle donnant lieu à une

indemnisation au regard du régime normal de l'inexécution du contrat (chapitre 7, section 4).

À titre alternatif, les parties pourront préférer que le contrat ne soit pas reconduit pour des périodes égales à celle initialement convenue, mais qu'il se transforme en contrat à durée indéterminée, en application des dispositions y afférentes (article 5.1.1 des Principes OHADAC) :

Option C : Renouvellement automatique et transformation en contrat à durée indéterminée

« Les parties pourront considérer que le contrat est éteint une fois qu'il sera arrivé au terme de la durée prévue, si elles notifient leur volonté de ne pas le renouveler dans un délai de (...) jours avant l'expiration du contrat.

À l'expiration du terme du contrat convenu, sans qu'aucune des parties n'ait manifesté son intention de ne pas le renouveler, le contrat se transformera en contrat à durée indéterminée. »

Conformément aux Principes OHADAC, les parties ne peuvent pas mettre fin unilatéralement au contrat à exécution successive à durée déterminée. La résiliation du contrat avant le terme prévu par l'une des parties, même en cas de *hardship* tel que prévu à l'article 6.3.1, devra être considéré comme une inexécution contractuelle.

Toutefois, dans le cadre des présents Principes, les parties peuvent convenir expressément dans le contrat d'une clause par laquelle elles se confèrent mutuellement le droit de résilier le contrat unilatéralement et *ad nutum* moyennant un préavis raisonnable :

Clause D : Résiliation unilatérale

« À tout moment et avant la fin du terme prévu au contrat, les parties pourront, moyennant un préavis raisonnable et sans avoir à invoquer un quelconque motif, résilier le contrat.

La partie qui résilie unilatéralement le contrat devra compenser pour les frais qui auraient été engagés par l'autre partie contractante en vue de l'exécution du contrat (et l'indemniser pour le manque à gagner que la résiliation du contrat avant son terme lui aura occasionnée). »

Le paragraphe deux de la clause contient, à charge de la partie qui résilie le contrat, l'obligation de compenser l'autre partie pour les frais raisonnables qui, malgré le préavis, n'ont pas pu être évités. De même, dans certains contrats, les parties peuvent envisager la possibilité d'insérer une compensation pour le manque à gagner (point final de la clause qui figure entre parenthèse). En effet, la perspective de la continuité du contrat jusqu'à son terme donne au cocontractant une perspective légitime de revenus, ce qui ne l'engage pas à faire d'autres affaires.

Section 2 : Effets à l'égard des tiers

Article 5.2.1 : Stipulation pour autrui

- 1. Les parties au contrat (le « stipulant » et le « promettant ») peuvent stipuler au profit d'un tiers (le « bénéficiaire ») qui acquiert, sauf stipulation contraire, le droit d'en exiger l'exécution auprès du promettant.**
- 2. L'existence et le contenu du droit que le bénéficiaire peut exercer à l'encontre du promettant sont déterminés par l'accord des parties.**

COMMENTAIRE

1. Le principe de la relativité contractuelle et le contrat au profit d'un tiers dans les systèmes de l'OHADAC

Le contrat au profit de tiers pose, fondamentalement, le droit de conférer à un tiers un droit émanant d'une relation contractuelle établie entre le stipulant (la partie qui a un intérêt direct sur ce droit) et le promettant (partie qui est engagée à l'égard du tiers

bénéficiaire). La relation juridique entre le stipulant et le promettant est désignée « rapport de couverture ». La relation entre le stipulant et le tiers bénéficiaire est désignée « rapport de valeur ».

La stipulation pour autrui, dans les contrats internationaux, présente l'utilité pratique d'être un instrument de simplification contractuelle et d'économie juridique. En ce sens, les stipulations pour autrui sont adaptées aux contrats liés entre eux ou aux contrats dans lesquels il existe une pluralité d'intervenants (chaîne de contrats, sous-traitance ou contrats conclus dans le cadre de groupes de sociétés).

Exemple 1 : La compagnie d'assurance A conclut un contrat d'assurance avec l'entreprise de transport B par lequel elle couvre tant les risques de B que ceux des sous-traitants dans le cadre de certains transports. Si une entreprise C, sous-traitante de B, prend en charge un transport, elle sera automatiquement bénéficiaire du contrat d'assurances souscrit entre A et B.

Le contrat au profit du tiers peut, entre autres, fonctionner comme un instrument de financement et permettre au stipulant, débiteur du tiers et à la fois créancier du promettant, de parvenir à un accord avec le promettant pour qu'il assume la dette avec le tiers. De la sorte, par un seul contrat juridique il pourra à la fois honorer sa dette avec le tiers et compenser sa créance avec le promettant.

Exemple 2 : L'entreprise A acquiert du distributeur B un lot de marchandises, stipulant dans le contrat que le paiement devra se faire entre les mains de l'entreprise fabricante C (qui est, à son tour, créancière de B). Ce contrat permet au distributeur B d'être financé pour le paiement de sa dette par C.

Il est également relativement fréquent dans la pratique de conclure des contrats au profit de tiers dans l'objectif clair de garantir une créance que le tiers bénéficiaire pourra apporter face au stipulant débiteur [p. ex. assurances de crédits commerciaux qui couvrent le risque de perte en cas d'une éventuelle insolvabilité des clients de sorte que, par exemple, l'assuré (stipulant) conclut un contrat de *factoring* et désigne comme bénéficiaire des indemnités la société de *factoring*].

Le principe (civiliste) de la relativité contractuelle et la doctrine (de *common law*) du *privity of contract* partagent une même signification : d'un côté, ils considèrent que le tiers ne peut pas acquérir les droits et exercer les actions découlant du contrat dont il n'est pas partie ; d'autre part, ils interdisent de faire peser sur une personne des obligations auxquelles elle n'a pas elle-même consenti. Toutefois, cette limite à la portée subjective des contrats a subi une évolution différente dans les différents systèmes juridiques, ce qui constitue dans le droit européen un important point de

divergence entre les systèmes romano-germaniques (et certains de *common law*) et le droit anglais. Alors que les premiers admettent dans leur législation solidement établie les contrats au profit de tiers, le droit anglais continue de résister jusque tout récemment [concrètement jusqu'au *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999], par lequel il admet expressément pour la première fois la flexibilisation de la *privity*, en permettant au tiers d'invoquer des droits qui lui ont été conférés dans des contrats auxquels il n'était pas partie. L'admission généralisée des contrats en faveur de tiers a été corroborée par son insertion dans les différents textes d'harmonisation des contrats (article 5.2.1 PU ; article 6:109 PECL ; articles II-9:301 à 9:303 DCFR).

Cette tendance généralisée à admettre la stipulation au profit d'un tiers est également confirmée dans les codes civils des pays de l'OHADAC, qui régissent cette institution en tant qu'exception au principe de la relativité contractuelle. Dans certains cas, comme dans le code civil vénézuélien, elle est admise de façon nuancée, sous la condition qu'il ait « un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation » (article 1.164). Dans d'autres cas, comme le code civil haïtien, il n'existe pas de règle générale relative au contrat au profit d'un tiers mais il existe des dispositions concrètes qui laissent percevoir cette possibilité, comme c'est le cas du contrat de louage auquel se réfère l'article 1.737. Il n'existe pas de règle expresse sur la stipulation au profit d'un tiers dans le cadre de la *Commonwealth* caribéenne qui, sous l'influence directe de la *common law* anglaise, demeurerait réticente à faire exception au régime de la *privity* des contrats. Toutefois, dans le silence des textes, il ne faut pas interpréter de manière rigide mais dans le contexte même de l'évolution du droit des contrats anglo-saxons. En ce sens, tout porte à croire que la stipulation au profit du tiers dans les contrats entrera aussi dans ces législations.

2. Identification d'un contrat au profit d'un tiers

La première difficulté que présente le contrat au profit d'un tiers est son identification, c'est-à-dire, la détermination qu'il s'agit d'un contrat donnant droit à un tiers d'exiger l'exécution de l'obligation stipulée à son profit. Dans tous les cas où les parties auront expressément et clairement exprimé leur volonté, il n'y a aucun problème particulier. Les difficultés apparaissent dès lors que la volonté des parties n'a pas été manifestée. Il convient de se demander si les assurances de responsabilité civile, les garanties du fabricant sur la qualité de ses produits, le contrat entre une agence de voyage et une compagnie aérienne pour le transport de ses clients ou les accords sur les aliments à verser aux enfants qui habitent chez l'un de leur parent, contiennent des stipulations au bénéfice d'un tiers.

La qualification de ces situations dépendra du critère retenu par chaque système juridique. Il convient de distinguer, dans ce cadre, deux grands modèles : celui qui part exclusivement de la volonté des parties et celui qui introduit, en outre, des paramètres objectifs pour identifier les stipulations au profit de tiers.

Conformément au premier modèle, la volonté des parties est le seul critère qui permet de générer la véritable stipulation au profit du tiers. C'est le cas dans le *Contracts Act (Rights of Third Parties)* de 1999. Les travaux menés dans la *Law Commission* ont été établis dans deux hypothèses (*dual intention test*), et sont finalement repris dans la section 1 (1) et (2) du *Contracts Act (Rights of Third Parties)* de 1999, dans lesquelles l'exercice de l'action par le tiers est possible. Le premier, dès lors que ce droit lui aura été expressément conféré dans le contrat. Le second, dès lors que le contrat lui confèrera un avantage (présomption *iuris tantum*) sauf si, de l'interprétation du contrat (*on the proper construction of the contract*), il résulte que les parties ne souhaitaient pas conférer un droit au tiers. Par conséquent, ce qui est déterminant pour identifier un contrat ayant stipulé au profit d'un tiers est qu'il existe bien, d'une manière ou d'une autre, une volonté des parties de conférer un droit au tiers dont il pourra se prévaloir (*right to sue*), et non seulement que du contrat découle ce droit pour le tiers. Dans le même sens, l'article 6:253 des codes civils néerlandais et surinamais pose une règle expresse d'attribution du droit, indiquant que le tiers peut demander une prestation si le contrat contient une stipulation à son profit.

Conformément au second modèle, outre l'autonomie de la volonté expresse des parties, l'attribution du droit du tiers découle également de circonstances objectives, telles que les « circonstances du contrat », la « finalité » du contrat ou les usages. C'est le modèle suivi par le droit français bien que cela ne ressorte pas directement de ses dispositions. Dans la pratique, une série de contrat-types comportent de véritables stipulations au profit de tiers (p. ex. les contrats qui comportent des obligations de conseil ou de sécurité ou de surveillance, les obligations du transporteur en matière de sécurité de voyageurs ou celles du vendeur professionnel face à l'acheteur non spécialiste). Toutefois, l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 114) paraît s'en tenir uniquement à la volonté des parties comme source du droit du tiers.

Dans le cadre de l'OHADAC, la tendance majoritaire des codes civils vise l'efficacité de la stipulation au profit du tiers à partir de la volonté des parties, et de cette stipulation découle le droit pour le tiers d'en exiger l'exécution (article 1.506 du code civil colombien ; article 316 du code civil cubain ; article 1.549 du code civil hondurien ; article 1.869 du code civil mexicain ; article 1.108 du code civil panaméen ; article

1.164 du code civil vénézuélien). L'article 741 du code de commerce hondurien part de la présomption, avec la possibilité d'un accord contraire, que toute stipulation dans un contrat confère au tiers le droit d'exiger du promettant l'exécution de la dite obligation. Une nuance différente est prévue dans les articles 1.122 des codes civils français et dominicain et 1.531 du code civil guatémaltèque, qui établissent une présomption d'efficacité du contrat entre les parties « sauf si le contraire est expressément indiqué ou découle de la nature même du contrat » ou « dès lors qu'il résulte de l'objectif poursuivi par le contrat ». L'article 963 du code civil saint-lucien va dans le même sens. Toutes ces dispositions augmentent, par conséquent, les possibilités d'identifier un contrat au profit d'un tiers en se fondant sur les circonstances objectives du contrat, même si la volonté des parties au contrat n'est pas en ce sens clairement identifiable.

La règle fixée par les Principes OHADAC pour identifier et qualifier un contrat comme étant une situation au profit du tiers suit le premier des deux modèles exposés. En effet, l'identification repose sur la volonté des parties, qui est le critère le plus respectueux du régime d'interprétation contractuelle des modèles inspirés du droit anglais. Mais, en outre, il évite l'inévitable confrontation des règles nationales qui déboucherait pour le choix du second modèle, vu que dans ces cas la qualification du contrat nécessiterait d'analyser la finalité ou la nature du contrat dans chaque droit national. De même, l'accord entre les parties comme source exclusive du droit conféré au tiers exclut l'application des règles ici exposées dans les cas où le tiers pourra exercer une action directe à l'encontre de l'une des parties au contrat et basée sur une obligation d'origine légale. Dans la majorité de ces cas, une qualification extracontractuelle s'avèrera nécessaire. Par exemple, ne sont pas considérés comme des contrats au profit de tiers, les réclamations que les victimes peuvent déposer, sur la base d'une action directe, à l'encontre de l'assureur du responsable du dommage.

L'article objet de ce commentaire indique également expressément que la stipulation d'un droit au profit de tiers suppose de lui reconnaître le droit à demander l'exécution au promettant. De la sorte, il est présumé que tout contrat qui contient une stipulation au profit d'un tiers, lui confère le droit de réclamer ce droit auprès du promettant. Une telle indication, comme déjà mentionné, figure expressément dans les codes civils mexicain et vénézuélien, et est intéressante dans la mesure où la règle en elle-même éclaire sur le régime distinct de ce type de contrats par rapport à la règle générale de la *privity*. Cela peut s'avérer particulièrement significatif et important pour l'environnement de la *Commonwealth* caribéenne dès lors qu'il s'agit de faire figurer cette institution dans sa réglementation. De ce fait, le respect de l'autonomie de la

volonté des parties et la soumission aux strictes règles d'interprétation du droit anglo-saxon conseilleraient cette formulation expresse dans le contrat afin d'éviter tout doute quant à la véritable portée de la formulation du droit au profit du tiers.

Le paragraphe deux du présent article rappelle le caractère contraignant de l'avantage conféré par le contrat et sa rédaction est la même que celle retenue pour l'article 5.2.1 PU. Il s'avère évident que le droit du tiers dépend absolument de ce que les parties ont convenu entre elles. Donc de l'accord des parties dépend à la fois la reconnaissance du droit du tiers ainsi que la possibilité et la portée de l'action reconnue à celui-ci, tout en permettant d'en fixer les conditions et les limites à l'acquisition du droit et à son exercice.

3. Effets *post mortem* des stipulations au profit des tiers

Une stipulation au profit d'un tiers génère une diversité de relations entre les différentes parties impliquées. Certaines d'entre elles (Le rapport de couverture et le rapport entre promettant et bénéficiaire) se fondent directement sur le contrat lui-même alors que le rapport entre le stipulant et le bénéficiaire, en tant que cause du contrat, est en réalité une relation extérieure. Toutefois, cette autonomie du contrat relative à la relation sous-jacente n'est pas confirmée dans tous les cas et n'est pas non plus défendue avec la même intensité dans tous les systèmes. L'exemple le plus clair est le dépôt bancaire avec désignation de bénéficiaire en cas de mort du titulaire du compte.

Les Principes OHADAC n'établissent aucune règle spécifique sur les effets *post mortem* des stipulations au profit des tiers. Cela s'explique du fait de la divergence claire qui existe entre les systèmes romano-germaniques et de *common law*, voire même entre les premiers entre eux. Le reste des textes d'harmonisation du droit des contrats n'en établissent non plus aucune (PU, DCFR et PECL). L'absence de règle sur ce point ne correspond pas à une lacune, ni ne laisse un vide juridique sur un aspect essentiel des contrats au profit de tiers. La prise en compte spécifique des régimes successoraux est essentiellement liée à la valeur stipulant-tiers et, par conséquent, il n'est pas nécessaire d'en énoncer les règles en matière de contrat au profit de tiers. D'un point de vue abstrait, le contrat au profit d'un tiers conserverait toute sa validité et son efficacité, alors que l'attribution du droit qui est conféré (et qui appartient au rapport de valeur) pourrait être postérieurement attaquée ou annulée par le stipulant.

Quant au principe d'économie juridique, il est proposé dans ce type de cas d'inclure au contrat des clauses spécifiques permettant de respecter les solutions impératives du rapport de valeur, soit au travers de règles spécifiques de révocabilité de la stipulation,

soit au travers de l'insertion au contrat d'un régime propre aux exceptions opposables par le promettant face à l'action en exécution engagée par le tiers bénéficiaire. Ces deux aspects seront traités dans les dispositions correspondantes des présents Principes.

Article 5.2.2 : *Clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité*

Les parties peuvent consentir au bénéficiaire le droit d'invoquer, à l'encontre du promettant, une clause du contrat qui exclut ou limite la responsabilité du stipulant.

COMMENTAIRE

Parmi les avantages susceptibles d'être consentis au tiers, figurent les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité incluses dans le contrat conclu entre le stipulant et le promettant. De la sorte, le tiers peut les invoquer également à son profit dans le cas où sa responsabilité serait engagée. Cette possibilité est expressément prévue par l'article 5.2.3 PU et l'article II-9:301 (3) DCFR. Ce type de stipulation au profit du tiers présente des particularités quant aux hypothèses les plus habituelles en matière de contrat au profit de tiers. D'une part, si en général le tiers est demandeur face au promettant, dans le cas présent c'est le bénéficiaire qui sera le défendeur pour le promettant. D'autre part, dans les cas typiques de contrats au profit de tiers, la demande déposée par le tiers se fonde sur le contrat qui lie le stipulant et le promettant, tandis que dans le cas présent, la demande du promettant à l'encontre du tiers sera fondée sur la responsabilité extracontractuelle de ce dernier. Ainsi, les stipulations au profit de tiers se sont montrées particulièrement utiles dans les secteurs comme la construction ou le transport afin d'étendre aux entreprises auxiliaires les bénéfices découlant des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité insérées au contrat principal, telles que les clauses dites « Himalaya ». Ce type de « droits » est fréquent dans le secteur du transport où les contrats prévoient habituellement une clause limitative de responsabilité du transporteur qui sera également applicable au profit des autres contractants participant à l'exécution du transport. Ils bénéficient, en tant que transporteurs effectifs et alors qu'ils ne sont pas partie au contrat à proprement parler, de la même protection que celle dont bénéficie le transporteur signataire du contrat et dans les mêmes limites, si une réclamation ou une demande est déposée contre eux.

Exemple : Un contrat de transport est conclu entre l'entreprise A et le transporteur B, par lequel est prévue une limitation de responsabilité à un montant maximum de 30.000 dollars. En vue de réaliser le transport, B soustrait C. Un dommage est subi par la marchandise durant le transport, face à la réclamation de A, le sous-traitant C pourra invoquer la limitation maximale de responsabilité de 30.000 dollars prévue au contrat conclu entre A et B.

La section 3 (6) du *Contracts (Rights of Third parties) Act* de 1999 régit de façon générale ce type de clauses et la section 6 (5) relative aux contrats de transport maritime et aux contrats de transport ferroviaire, routier et aérien. Les antécédents particuliers du droit anglais pourraient expliquer la nécessité de se prononcer expressément sur ce type de clauses, dans le *Contracts (Rights of Third parties) Act*, vu l'importance qu'elles revêtent dans le secteur du droit maritime, et qui avaient obligé à recourir à des constructions juridiques variées avant de conduire aux limitations issues de la *privity*. De la sorte, la règle posée par le *Contracts (Rights of Third parties) Act* suppose l'admission en droit anglais de l'efficacité des clauses dites « Himalaya » permettant d'étendre les limitations de responsabilité du transporteur aux dockers et autres prestataires indépendants du transport. Dans la lignée des règles de La Haye-Visby concernant les préposés du transporteur (article IV.*bis* de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924), cela revient à établir le même système de limitation de responsabilité à côté de l'action (contractuelle ou extracontractuelle) qui peut être exercée.

Dans les droits civils européens appliqués dans la zone OHADAC, il n'existe pas de disposition semblable, ni même dans le projet de réforme du droit des obligations initié en France en 2013. Toutefois, ce silence normatif ne préjuge pas en soi la négation du droit de conférer ce type de droits à des tiers. Évidemment, la réponse définitive devra être trouvée dans le cadre de chaque droit, mais la tendance générale est qu'en l'absence de référence expresse, il ne peut pas être déduit que l'attribution de tels droits, dans le cadre de contrat au profit de tiers, est interdite.

Dans ce contexte, le silence des codes civils de la zone OHADAC ne doit pas être interprété non plus comme une interdiction ou une impossibilité de convenir de clauses de ce type au bénéfice de tiers. Il existe des dispositions spécifiques qui admettent, de façon expresse ou implicite, l'extension des limitations de responsabilité aux tiers. Il convient de citer, dans ce sens, l'article 702 du code de commerce hondurien ou l'article 216 de la loi du commerce maritime de 2006 du Venezuela. Par conséquent, l'on comprend que dans les limites de l'autonomie de la volonté des parties, une place peut être réservée aux clauses exonératoires de responsabilité au

profit du tiers. En tout cas, l'efficacité de ce type de clauses sera analysée à la lumière des dispositions des articles 7.1.7 et 7.4.7 des présents Principes.

Article 5.2.3 : Révocation d'une stipulation en faveur d'un tiers

La stipulation peut être modifiée ou révoquée tant que le bénéficiaire n'a pas notifié son acceptation à l'une quelconque des parties au contrat.

COMMENTAIRE

1. Règle générale de la révocabilité et ses limites

L'origine contractuelle du droit du tiers fait qu'il dépend de la configuration que les parties auront donnée au contrat ainsi que des conditions dans le temps que celles-ci auront, le cas échéant, déterminées pour son acquisition. Dans ce contexte, il est important de fixer le moment où la révocation ou la modification du droit du tiers peut se produire, et le moment à partir duquel le droit du tiers sera considéré comme étant acquis. À défaut d'accord exprès, la limite posée est celle de l'acceptation du droit par le tiers. Il s'agit, par là, de garder un certain équilibre entre la liberté contractuelle des parties contractantes et la sécurité juridique du tiers bénéficiaire. Ce système est suivi par les codes civils français et dominicain, dans la section 2 (3) du *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 et par les codes civils néerlandais et surinamais, quand ils posent l'acceptation du tiers comme limite à la révocabilité [article 6:253.2]. C'est également la solution défendue par le droit espagnol. De même, l'acceptation par le tiers est la limite retenue par dans les différents codes civils de la zone de l'OHADAC (article 1.010 du code civil costaricain ; article 1.121 des codes civils dominicain et français ; article 1.549 du code civil hondurien ; article 1.871 du code civil mexicain ; article 1.875 du code civil nicaraguayen ; article 1.108 du code civil panaméen ; article 1.209 du code civil portoricain ; article 962 du code civil saint-lucien). C'est également la solution retenue par les PU et les PECL. Toutefois, le DCFR part d'une première prémisse partiellement différente, qui fixe une limite à la modification ou la révocation du droit au moment où celui-ci reçoit notification que ce droit lui a été conféré en vertu du contrat. Cela suppose de fixer un régime d'acquisition automatique et immédiate du droit par le bénéficiaire qui oblige, postérieurement à établir un système de renonciation [article II-9:303 (1) DCFR] qui fonctionnera, *mutatis mutandis*, comme une sorte de condition résolutoire du droit attribué au tiers.

La règle posée par les présents Principes retient la réglementation majoritaire qui pose la limite à la modification ou à la révocabilité du droit du tiers au moment de son acceptation. Il découle de ce principe, sauf convention contraire, que l'acceptation du droit par le tiers est nécessaire de sorte que si le bénéficiaire décède avant d'avoir consenti, il n'aura rien acquis ni rien transmis à ses héritiers.

Cette règle favorise et facilite, en outre, la relation contractuelle entre le stipulant et le promettant qui sauront par avance jusqu'à quel moment ils pourront modifier ou révoquer les accords impliquant un tiers. S'avère fondamental, non seulement le fait d'accepter mais également celui de notifier aux parties contractantes cette acceptation, notification qui peut être effectuée par une déclaration de volonté expresse dans ce sens ou bien résulter du simple fait de se retourner contre le promettant pour exiger de lui l'exécution de son obligation (comme cela est prévu par l'article 316 du code civil cubain). Dans les deux cas, il s'agit d'une notification et ce critère est généralement partagé par les législations civiles de la zone OHADAC. La notification de l'acceptation est un élément qui garantit également la sécurité juridique des parties contractantes.

À cela s'ajoute la question du destinataire de cette acceptation. Les droits civils caribéens qui se prononcent sur cette question établissent que la notification devra parvenir au promettant, car il est tenu à l'exécution de la prestation (ce que prévoient les codes civils de Cuba, du Honduras, du Nicaragua, du Panama et de Porto Rico). La même solution est contenue dans le *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. Toutefois, la règle posée par les Principes OHADAC laisse la possibilité de communiquer l'acceptation à l'une quelconque des parties contractantes, dans la même ligne que les codes civils néerlandais et surinamais [article 6:253.3] ou que l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 115). Cette solution est cohérente avec le régime reconnaissant le droit de révocabilité, que nous verrons ensuite.

Il est exclu du champ des Principes OHADAC l'acceptation tacite de ce droit. Cette solution est retenue par le code civil colombien (article 1.506) pour les actes réalisés par le débiteur qui auraient uniquement pu être exécutés en vertu du contrat. Elle est également établie, par une formulation plus souple, à l'article 5.2.5 des PU. Un tel critère, outre le fait qu'il n'est pas majoritairement reconnu dans la zone OHADAC, pose d'importants problèmes d'interprétation pour identifier les comportements susceptibles ou non de constituer une acceptation, et de ce fait, constituent une incertitude qui est inutile pour le devenir du contrat.

Malgré le silence des codes civils caribéens sur ce point, il convient de considérer que la règle comprend non seulement la possibilité de révocation mais également la modification du droit conféré au tiers, tel que cela est prévu dans les PU et dans le DCFR. La logique dans ce cas est similaire à la révocation, tant que l'acceptation par le tiers du bénéfice qui lui est conféré l'a été dans les termes convenus. Une modification postérieure, particulièrement si elle porte atteinte aux intérêts du tiers pourrait être considérée comme une restriction de ses droits acquis.

Dans tous les cas, il ne pourra pas être entendu que la règle limitant la révocabilité aura un caractère impératif si les parties ont expressément convenu d'un régime spécifique de révocabilité ou de modification du droit et, par conséquent, si le tiers bénéficiaire en a connaissance. C'est ce que prévoit, par exemple, le code civil guatémaltèque, qui offre la possibilité au stipulant de se réserver le droit de révoquer le droit du tiers (article 1.533). Par conséquent, la règle contenue dans les Principes OHADAC se limite à une présomption qui garantit la sécurité juridique du bénéficiaire, dans la mesure où il connaît sur la base du contrat les conditions et la portée de son droit et qui, également, garantit l'autonomie et la liberté des parties contractantes de pouvoir configurer comme elles l'entendent le droit qu'elles souhaitent conférer au tiers.

2. La titularité du droit de révocation

Les Principes OHADAC n'établissent aucune règle sur la titularité du droit de révoquer, car il est considéré que cette question devra être déterminée au cas par cas par les parties. Le droit comparé offre, sur ce point, deux modèles divergents : la titularité exclusive du stipulant, reprise dans le paragraphe deux de l'article 6:253 des codes civils néerlandais et surinamais, et dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; et la titularité partagée, sous condition d'un accord entre stipulant et promettant, contenue dans le *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999.

La même diversité existe dans les textes d'harmonisation contractuelle : alors que les PU tendent vers une titularité partagée entre le promettant et le stipulant, les PECL attribuent la titularité exclusive au stipulant et le DCFR laisse la détermination de la titularité du droit de révocation à l'accord convenu dans le contrat.

Cette dualité s'observe également dans les dispositions des pays de l'OHADAC. Ainsi, le code civil colombien opte pour la volonté des deux parties au contrat (article 1.506). Le droit vénézuélien (article 1.164 du code civil) présume que le stipulant détient le droit de révoquer car il mentionne que celui-ci ne peut pas révoquer si le tiers a déclaré qu'il

souhaite se prévaloir de ce droit. Une solution similaire figure à l'article 962 du code civil saint-lucien. À un niveau plus extrême, le droit guatémaltèque (article 1.533 du code civil) permet au stipulant de se réserver le droit de se substituer au tiers sans son consentement ni celui de l'autre contractant. Les autres codes civils, tel le cubain, le dominicain, le mexicain ou le nicaraguayen, ne disposent pas en la matière.

L'absence de règle spécifique dans les Principes OHADAC suppose simplement que ce seront les parties au contrat qui, au regard des circonstances de chaque contrat, détermineront à qui appartient le droit de modifier ou de révoquer. D'un point de vue strictement contractuel, il n'est pas strictement nécessaire, surtout en l'absence de consensus, d'avoir à établir un régime spécifique quant à la titularité du droit de révoquer qui repose fondamentalement sur la relation sous-jacente entre le stipulant et le tiers bénéficiaire. L'absence de stipulation expresse ne constitue pas une lacune, mais un renvoi général à l'interprétation du contrat qui lie le stipulant et le promettant et à la libre volonté qu'ils ont manifestée. Cette solution s'ajuste mieux à la configuration du droit du tiers et permet, dans ce cas, d'établir les possibilités de révocation selon celui qui aura un véritable intérêt à l'attribution d'un droit au profit du tiers. Habituellement, il est compris que cet intérêt revient au stipulant, mais rien n'empêche que le promettant aussi puisse en disposer et, par conséquent, qu'il requiert un accord pour toute modification ou révocation du contrat.

Article 5.2.4 : *Moyens de défense opposables*

Le promettant peut opposer au bénéficiaire, à défaut de stipulation contraire, les moyens de défense dérivés du contrat comportant la stipulation pour autrui.

COMMENTAIRE

Les contrats au profit de tiers déterminent le régime des moyens de défense opposables par le promettant dès lors que le tiers bénéficiaire réclame l'exécution de l'obligation. Dans ces cas, il faut déterminer quels sont les moyens de défense qui peuvent être invoqués et au regard de quelles relations, sachant que la trilogie qui existe dans ces cas est la suivante : la relation entre le stipulant et le promettant, matérialisée par les clauses du contrat ; la relation de valeur entre le stipulant et le tiers ; et les relations qui peuvent être établies, en marge, entre le promettant et le tiers.

Le régime des moyens de défense opposables par le promettant à l'encontre du tiers constitue l'un des domaines, au sein du régime des contrats au profit de tiers, qui présentent le moins de différences dans une analyse comparative. Le tiers assume une position à part entière, qui dépend uniquement de la manière dont son droit a été configuré par le promettant et le stipulant dans le contrat. Cela rend la stipulation pour autrui, de par l'autonomie caractéristique du droit du tiers, différente des droits qui le cas échéant peuvent être conférés à des tiers « ayant cause » d'une des parties au contrat. La question a connu une importance particulière dans le secteur de la responsabilité civile maritime dans le droit anglais au moment d'apprécier la place des tiers lésés demandeurs face à des mutuelles d'assurance de protection et d'indemnisation (P & I), qui leur refusaient la qualité de tiers, car leur statut étaient préalablement pris en compte par l'assuré (c'est-à-dire que la personne lésée « entre dans la peau » de l'assuré).

Sont en parfaite correspondance avec cette autonomie du droit du tiers bénéficiaire, les relations entre le promettant et le stipulant qui seront établies, hors du cadre de la stipulation pour autrui prévue au contrat, et qui ne pourront pas être opposables au tiers en tant que moyen de défense. Cette règle est claire pour certains systèmes juridiques qui la prévoient expressément. Toutefois elle découle également, étant en conformité avec la nature du contrat au profit du tiers, de certains systèmes qui ne consacrent pas cette protection de manière expresse. Ainsi, face à la réclamation déposée par le tiers à l'encontre du promettant en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation convenue à son profit, ce dernier ne pourra pas lui opposer, par exemple, un moyen de défense qu'il s'agit d'une compensation de créance entre lui et le stipulant qui serait fondée sur une obligation préalable contractée avec ce dernier.

Sur ce même fondement, le promettant ne peut pas non plus opposer comme moyen de défense, face à la réclamation du tiers, la relation de valeur établie entre le stipulant et le tiers. D'une façon générale, le promettant ne pourra pas opposer au tiers des questions comme la nullité ou la révocabilité de la relation de valeur pour se libérer de l'exécution de l'obligation à laquelle il s'est engagée.

La solution retenue dans les présents Principes reprend le sens de l'article 1.872 du code civil mexicain et de l'article 745 du code de commerce hondurien, qui limitent expressément les moyens de défense opposables par le promettant fondés sur le contrat ayant conféré le droit du tiers. Le silence des autres codes civils ne signifie pas une position différente sur ce point, vu que, comme cela a été indiqué, l'autonomie du droit du tiers est consubstantielle à la reconnaissance même des contrats au profit de tiers ainsi qu'au fait qu'il émane du contrat liant le stipulant et le promettant. Dans ce

type de contrats, il est considéré généralement que les moyens de défense personnels que le stipulant pourrait avoir à l'égard du promettant ne pourront pas être invoqués.

La disposition figurant dans les présents Principes présente, en tout cas, un caractère dispositif. Il est possible d'obtenir une autre solution si le promettant et le stipulant l'établissent ainsi dans le contrat. Cela est clairement habituel dans le domaine de la reprise de dette entre le stipulant et le tiers : dans ce cas, les moyens de défense personnels, dont le promettant dispose à l'encontre du tiers, seront admis.

Exemple : Dans un contrat de vente, l'acheteur (X) retient une partie du prix afin de payer les dettes du vendeur (Y) qu'il a envers des créanciers déterminés (Z1, Z2 et Z3), et à l'égard desquels il s'engage à réaliser le paiement. Y est le stipulant, X est le promettant et Z1, Z2, Z3 sont les bénéficiaires.

Dans la mesure où cela n'affecte pas l'autonomie et la configuration du droit conféré au tiers, rien n'empêche le promettant d'opposer au tiers les moyens de défense basés sur les relations personnelles établies entre lui et le tiers, et qui seront régies par le régime général des obligations applicable entre eux. Il n'est pas nécessaire d'introduire dans les présents Principes une règle spécifique sur ce point, dans la mesure où la possibilité de s'opposer à cette clause relève du cadre habituel des relations contractuelles et, de ce fait, demeure en dehors des spécificités du contrat au profit de tiers.

CHAPITRE 6

EXÉCUTION DU CONTRAT

Section 1 : Dispositions générales

Article 6.1.1 : Lieu d'exécution

- 1. Si le contrat ne détermine pas le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle, le lieu d'exécution est :**
 - a) Pour les obligations pécuniaires, le lieu de l'établissement ou, à défaut, de la résidence du créancier au moment de la conclusion du contrat.**
 - b) Pour les autres cas, le lieu d'établissement ou, à défaut, de la résidence habituelle du débiteur au moment de la conclusion du contrat.**
- 2. En cas de pluralité d'établissements, celui qui a le lien le plus étroit avec le contrat au moment de sa conclusion sera retenu.**
- 3. Nonobstant, si une partie a modifié son lieu d'établissement ou de résidence après la conclusion du contrat, elle pourra demander ou réaliser l'exécution au lieu de l'établissement ou de la résidence postérieure, à condition qu'elle le notifie, préalablement et dans un délai raisonnable, à l'autre partie. Dans ce cas, la partie qui a modifié son établissement ou sa résidence supportera les dépenses et les frais occasionnés par le changement du lieu d'exécution.**

COMMENTAIRE

Le lieu d'exécution du contrat sera, en premier lieu, celui que les parties ont expressément désigné dans le contrat. Même si le lieu d'exécution n'est pas expressément mentionné, les règles générales d'interprétation du contrat, y compris

les usages commerciaux, peuvent dans plusieurs cas déterminer l'existence d'une obligation implicite d'exécution dans un lieu précis. Ainsi, les clauses de paiement « en espèces net », « en espèces contre facture » ou « en espèces avant livraison » signifient habituellement que le paiement aura lieu dans l'établissement du vendeur. De même, dans une vente internationale, si le paiement doit s'effectuer contre la livraison de marchandises ou de titres, il est considéré que le lieu de paiement sera celui de la livraison [section 28 du *Sales of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 29 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 29 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 29 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 29 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 30 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 28 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; article 1.929 du code civil colombien ; article 1.087 du code civil costaricain ; article 352 (a) du code civil cubain ; article 1.651 des codes civils français et dominicain ; article 1.825.2 du code civil guatémaltèque ; article 1.426 du code civil haïtien ; article 7:26 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.436 du code civil hondurien ; articles 2.084 et 2.294 du code civil mexicain ; article 2.661 du code civil nicaraguayen ; article 360 du code de commerce nicaraguayen ; article 1.271 du code civil panaméen ; article 773 du code de commerce panaméen ; article 1.389 du code civil portoricain ; article 1.443 du code civil saint-lucien ; article 299 du code de commerce saint-lucien ; article 1.528 du code civil vénézuélien ; article 57.1 (b) CVIM].

Si le contrat ne fournit pas d'indication ou d'indices quant au lieu d'exécution, une règle subsidiaire, fonctionnant comme une règle interprétative ou d'intégration du contrat, s'avère utile afin de combler cette lacune. Le premier paragraphe de l'article 6.1.1 des présents Principes distingue, à ce sujet, les obligations pécuniaires des obligations non pécuniaires.

En ce qui concerne les obligations pécuniaires, il existe dans les systèmes caribéens une grande diversité de solutions. En premier lieu, une bonne partie de ces systèmes disposent comme règle subsidiaire que les obligations pécuniaires devront être exécutées au lieu de l'établissement du créancier [p. ex. article 1.083 du code civil saint-lucien ; article 57.1 (a) CVIM ; article 6.1.6 (1) (a) PU ; article III-2:101 (1) (a) DCFR], qui est parfois déterminé au moment de la conclusion du contrat (article 7:101 (1) (b) PECL ; article 125.1 CESL ; cette règle est aussi suivie par les systèmes s'inspirant de la *common law*) et d'autres systèmes disposent qu'elles devront l'être au moment de l'exécution de l'obligation de paiement (p. ex. article 236.1 du code civil cubain). En revanche, une bonne partie des systèmes romano-germaniques appliquent la règle contraire, tirée du principe *favor debitoris*, et considèrent que le lieu du paiement est

celui du domicile du débiteur (article 778 du code civil costaricain ; article 451 du code de commerce costaricain ; article 1.646 du code civil colombien ; article 1.247 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 191 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.398 du code civil guatémaltèque ; article 1.033 du code civil haïtien ; article 1.436 du code civil hondurien ; article 2.082 du code civil mexicain ; 2.031 du code civil nicaraguayen ; article 1.058 du code civil panaméen ; article 1.125 du code civil portoricain ; article 1.295 du code civil vénézuélien).

Les Principes OHADAC ont opté, dans le premier paragraphe, a), du présent article, pour la règle qui considère que le lieu d'exécution des obligations pécuniaires est le lieu de l'établissement du créancier, fixé au moment de la conclusion du contrat. Le choix du lieu de l'établissement du créancier correspond davantage aux usages généraux du commerce international et aux moyens de paiement les plus habituels. En outre, le fait de déterminer cet établissement au moment de la conclusion du contrat obéit au besoin de prévisibilité et à l'économie même du contrat, qui préconise que le débiteur puisse anticiper les dépenses inhérentes au paiement. Bien que la règle prévue pour les obligations pécuniaires ne coïncide pas avec la présomption contraire d'une partie des systèmes romano-germaniques, son application ne posera pas de problèmes dans la mesure où, étant donné son caractère dispositif, la soumission des parties aux Principes OHADAC comportera l'incorporation de ce critère au contrat, dont la portée purement factuelle ne soulève pas de difficultés d'interprétation.

La nécessité de préciser le lieu d'exécution des obligations non pécuniaires ou caractéristiques fait preuve d'une plus large unanimité quand ce lieu ne peut pas être déduit des clauses du contrat. Dans ce cas, il est généralement présumé que le lieu d'exécution est celui de l'établissement de la partie qui doit exécuter l'obligation en question [article 1.646 du code civil colombien ; article 778 du code civil costaricain ; article 451 du code de commerce costaricain ; article 1.247 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 191 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.398 du code civil guatémaltèque ; article 1.033 du code civil haïtien ; article 6:41 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.436 du code civil hondurien ; article 2.082 du code civil mexicain ; article 2.031 du code civil nicaraguayen ; article 1.058 du code civil panaméen ; article 1.125 du code civil portoricain ; article 1.083 du code civil saint-lucien ; article 1.295 du code civil vénézuélien ; article 31 (c) CVIM ; article 6.1.6 (1) (b) PU ; article 7:101 (b) PECL ; article III-2:101 (1) (b) DCFR]. Le premier paragraphe, b), du présent article suit cette règle généralement acceptée et entièrement inhérente à l'économie du contrat. De la

même manière, le paragraphe trois permet un changement du lieu d'exécution dans les conditions et avec les conséquences déjà mentionnées. Dans les systèmes romano-germaniques, il existe cependant certaines règles spéciales quant aux obligations sur des biens spécifiques, qui tendent à la détermination du lieu de situation, de production ou de livraison du bien au transporteur [article 1.646 du code civil colombien, article 778 du code civil costaricain ; article 1.247 des codes civils français et dominicain article 236 du code civil cubain ; article 1.398 du code civil guatémaltèque ; article 1.033 du code civil haïtien ; article 6:41 codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.436 du code civil hondurien ; article 2.083 du code civil mexicain ; article 2.031 du code civil nicaraguayen ; article 1.050 du code civil panaméen ; article 758 du code de commerce panaméen ; article 1.125 du code civil portoricain ; article 1.083 du code civil saint-lucien ; article 1.295 du code civil vénézuélien ; articles 31 CVIM]. Néanmoins, ces règles spéciales ne remettent pas en question la règle générale, puisqu'en réalité, comme la règle elle-même en dispose, les règles subsidiaires ne s'appliquent que si, conformément aux règles d'interprétation du contrat et en particulier aux usages commerciaux, le lieu d'exécution du contrat ne peut pas être déterminé.

Le paragraphe deux du présent article introduit une précision interprétative pour les cas où l'établissement ou la résidence en question ne peuvent pas être déterminés clairement du fait que la partie a plusieurs établissements ou résidences. Dans ce cas, celui qui présentera le lien le plus étroit avec le contrat au moment de sa conclusion sera retenu. Cette règle est contenue aux articles 7:101 (2) PECL, III-2:101 (2) (a) DCFR et 125.2 CESL.

Si une partie change de lieu d'établissement, rien n'empêche que, pour des raisons aussi économiques, l'exécution puisse se faire dans le nouvel établissement, à condition que cette partie en notifie diligemment l'autre partie et assume les coûts découlant du changement, qui peuvent obéir à des raisons différentes, comme les coûts de négociation bancaire. D'où la règle prévue au paragraphe trois du présent article [qui se trouve aussi dans les articles 2.032 et 2.033 du code civil nicaraguayen ; article 1.400 du code civil guatémaltèque ; article 6.1.6 (2) PU ; article III-2:101 (1) (a) DCFR].

Article 6.1.2 : *Moment d'exécution*

1. Le débiteur doit exécuter ses obligations :

- a) Si une date est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à cette date.
 - b) Si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le choix du moment appartienne à l'autre partie.
 - c) À défaut, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat.
2. Le débiteur doit, dans la mesure du possible et sauf indication contraire découlant des circonstances, exécuter ses obligations en une seule fois.

COMMENTAIRE

1. Détermination du moment de l'exécution

Les parties ont la liberté absolue de déterminer la date ou le moment précis de l'exécution. La date de l'exécution peut être fixée par rapport à un jour, une semaine ou un mois concret, et dans ce cas elle est considérée comme étant déterminée. Toutefois, la date peut aussi faire référence à un fait concret (par exemple, le jour suivant la réception d'une marchandise), et s'avère donc être déterminable. Dans les deux cas, le moment de l'exécution est celui fixé dans le contrat, conformément au premier paragraphe, a), du présent article. Une règle similaire est prévue par les articles 6.1.1 (a) PU, 7:102 (1) PECL et III-2:102 (1) DCFR.

Il est également fréquent que les parties, au lieu d'une date déterminée ou déterminable, prévoient un délai ou une période d'exécution, au lieu d'une date déterminée ou déterminable. Pour le calcul d'un tel délai, il faut observer les règles prévues à l'article 1.4 des présents Principes. La règle établie au premier paragraphe, b) du présent article dispose que la partie obligée peut exécuter à tout moment durant le délai ou la période convenue [p. ex. article 776 du code civil costaricain ; article 1.187 des codes civils français et dominicain ; article 1.282 du code civil guatémaltèque ; article 976 du code civil haïtien ; article 1.389 du code civil hondurien ; article 6.1.1 (b) PU ; article 7:102.2 PECL ; article III.-2:102 (2) DCFR ; article 165 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013]. Cela

correspond à l'interprétation la plus répandue quant à la détermination d'un délai, quel qu'il soit, qui est considéré comme étant en faveur du débiteur. Toutefois, rien n'empêche que, conformément aux règles d'interprétation du contrat contenues dans le chapitre 4 et à la lumière du texte du contrat et de sa finalité, il soit considéré qu'il appartiendra au créancier de déterminer, dans le délai imparti, la date précise à laquelle le débiteur devra exécuter ses obligations. C'est le cas, par exemple, d'une vente FOB.

Néanmoins, il est possible que les parties ne conviennent rien quant au moment ou au délai d'exécution de leurs obligations. Dans ce cas, les solutions des systèmes juridiques caribéens diffèrent et ne mènent pas toujours aux mêmes résultats. Dans les systèmes de la *common law*, l'exécution de l'obligation devra avoir lieu dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat [section 330 (2) du code de commerce saint-lucien ; section 29.3 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 30.2 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 30.2 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 30.2 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 30.2 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 31.3 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 29.2 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque].

La solution des systèmes romano-germaniques est tout autre. Dans certains cas, des délais concrets présumés sont établis, selon qu'il s'agisse d'une obligation de donner ou de faire, qui varient de 24 heures à une année. Ainsi, pour la vente commerciale, le délai de livraison est de 24 heures dans certains systèmes (p. ex. article 924 du code de commerce colombien ; article 465 du code de commerce costaricain ; article 337 du code de commerce cubain ; article 379 du code de commerce mexicain ; article 352 du code de commerce nicaraguayen ; article 758 du code de commerce panaméen ; article 255 du code de commerce portoricain), mais la règle plus répandue prévoit que l'obligation soit exécutée le jour même ou immédiatement (*statim debetur* : article 774 du code civil costaricain ; article 6:38 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.013 du code civil panaméen ; article 1.212 du code civil vénézuélien), généralement dès que le créancier demande l'exécution ou, en cas de contrats de vente, au moment de la livraison de la marchandise (p. ex. article 947 du code de commerce colombien ; article 380 du code de commerce mexicain ; article 753 du code de commerce panaméen ; article 1.443 du code civil saint-lucien ; article 299 du code de commerce saint-lucien). En effet, le débiteur s'expose, généralement, à des poursuites pour retard d'exécution après la demande judiciaire d'exécution (article 1.608.3 du code civil colombien ; article 295.1 du code civil cubain). Une telle exigence ne s'adapte pas à l'efficacité nécessaire des échanges internationaux, du fait qu'elle provoque des

coûts procéduraux parfois superflus, fournit au créancier un pouvoir discrétionnaire excessif et n'aide pas à augmenter, par contre, la sécurité juridique. Sa rigidité est parfois atténuée, soit en accordant au débiteur un délai raisonnable pour l'exécution conformément aux critères de bonne foi ou du caractère raisonnable (article 2.080 du code civil mexicain), soit en attribuant au juge la tâche de déterminer un délai d'exécution (article 1.551 du code civil colombien ; article 1.901 des codes civils français et dominicain ; article 1.401 du code civil guatémaltèque ; article 1.390 du code civil hondurien ; article 1.900 du code civil nicaraguayen ; article 1.081 du code civil portoricain ; article 1.212 du code civil vénézuélien).

La règle contenue à au premier paragraphe, c), du présent article conduit ces critères vers une règle flexible, qui consiste à estimer un « délai raisonnable », dont le caractère ouvert semble indispensable au domaine complexe et varié qu'est le commerce international [article 33 c) CVIM ; article 6.1.1 (c) PU ; article 7:102 (3) PECL ; article III.-2:102 (1) DCFR ; article 95.1 CESL], et qui semble compatible avec les tendances observées dans le droit comparé des contrats dans le domaine caribéen.

En vue d'établir le moment d'exécution des obligations, les règles prévues doivent aussi prendre en considération la relation entre les obligations et l'ordre d'exécution conformément à l'article 6.1.4 des présents Principes.

2. Exécution en une seule fois ou par étapes

Le paragraphe deux du présent article s'inspire de l'article 6.1.2 des PU et fait référence à l'exécution des obligations divisibles quand les parties n'ont pas convenu d'un moment déterminé et précis d'exécution. Par conséquent, dans le cas contraire, il ne fait pas de doute que l'obligation doit être exécutée totalement au moment convenu. Si le moment d'exécution d'une obligation divisible n'est pas déterminé ou si un délai ou une période d'exécution a été établi, la question se pose de savoir si le débiteur doit exécuter en une seule fois et complètement ses obligations ou s'il a le droit d'échelonner l'exécution par étapes ou délais pendant la période d'exécution convenue ou dans un délai raisonnable.

La règle proposée part de la présomption selon laquelle, en principe, le créancier a le droit à ce que l'obligation soit exécutée en une seule fois et complètement à un seul moment. La présomption obéit au principe raisonnable d'économie du contrat. Elle est expressément prévue pour les contrats de vente dans les articles 302 (1) du code de commerce saint-lucien ; section 31 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1976 ; section 32 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 32 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 32 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 32 du *Sale of*

Goods Act de Trinité-et-Tobago ; section 33 v *Sale of Goods Act* du Belize ; section 31 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 2-307 UCC Dans les systèmes romano-germaniques une reconnaissance expresse de cette règle apparaît occasionnellement (article 462 du code de commerce costaricain). Toutefois, un traitement égal est bien établi entre un seul débiteur et un seul créancier, indépendamment du fait que l'obligation soit ou non divisible, et conduit à une solution identique si bien que la règle s'adapte aussi à cette famille juridique.

Évidemment, la règle ne fonctionne pas de manière rigide. D'un côté, elle exige que l'exécution en une seule fois ou par un seul acte soit matériellement possible. Dans certaines obligations divisibles, un certain ordre naturel de l'exécution peut requérir une exécution différée ou par étapes. Par exemple, dans un contrat d'ingénierie d'une certaine complexité pour lequel il existe un délai général d'exécution, il est évident que la livraison clé en main ou la fourniture d'un produit technologique est préalable, par exemple, à l'assistance technique pour la formation des travailleurs chargés de son fonctionnement. Mais, outre ces cas, même dans des obligations plus homogènes et parfaitement divisibles, telles que la livraison de biens génériques, de matières premières ou de lots d'unités d'un produit, il est possible que la livraison par un seul acte et à un seul moment, même si elle faisable, ne le soit pas pour des raisons de logistique qui intéressent les deux parties. Par conséquent, la règle doit s'entendre aussi comme une présomption *iuris tantum*, qui entraîne un canon interprétatif spécifique et qui sert de guide dans le cadre général des règles relatives à l'interprétation du contrat.

Il faut remarquer que, malgré la réglementation spéciale des contrats de vente dans le droit écrit, la jurisprudence anglaise vise la divisibilité tant des obligations que de l'exécution si les parties n'ont pas prévu une obligation expresse d'exécution complète à un seul moment [*The Juliana* (1822), 2 Dods. 504 ; *Davidson v Jones-Fenleigh* (1980), 124 SJ 204]. Néanmoins, la soumission des parties aux Principes OHADAC impliquera l'incorporation par référence de la règle commentée, dont les effets peuvent être parfaitement reconnus par des juges ou des arbitres de culture anglo-saxonne.

Évidemment, en marge de la portée interprétative de la règle, il est toujours recommandable que les parties conviennent d'un régime spécifique et sans équivoque quant au moment d'exécution de leurs obligations respectives.

Article 6.1.3 : Exécution anticipée

- 1. Le créancier ne peut refuser, sauf intérêt légitime, l'exécution anticipée d'une obligation.**
- 2. Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution avant l'échéance sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen dont dispose le créancier.**
- 3. L'acceptation par le créancier d'une exécution avant l'échéance n'a aucun effet sur la date à laquelle il doit exécuter ses propres obligations.**

COMMENTAIRE

L'exécution avant l'échéance implique que l'une des parties exécute son obligation avant le terme ou le commencement du délai établi conformément à l'article précédent.

En principe, il est présumé qu'une exécution avant l'échéance ne lèse pas le créancier. Cette présomption constitue la règle dans plusieurs systèmes romano-germaniques, qui considèrent que tout terme ou délai d'exécution est fixé au profit du débiteur, de sorte que celui-ci a le droit de renoncer à un tel bénéfice en anticipant l'exécution, sauf si le contrat en dispose clairement autrement (p. ex. article 776 du code civil costaricain ; article 238 du code civil cubain ; article 1.187 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 165 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.282 du code civil guatémaltèque ; article 976 du code civil haïtien ; article 6:39 du code civil néerlandais et surinamais ; article 1.958 du code civil mexicain ; article 1.214 du code civil vénézuélien). Néanmoins, la plupart de ces systèmes admettent des exceptions en raison de la nature et de la finalité du contrat, permettant de considérer que le terme ou le délai sera établi au profit des deux parties ou du créancier exclusivement. Du reste, dans d'autres systèmes romano-germaniques, la présomption *favor debitoris* n'est pas suivie et le terme ou le délai s'entend au profit tant du débiteur que du créancier (p. ex. article 1.389 du code civil hondurien ; article 1.899 du code civil nicaraguayen ; article 1.012 du code civil panaméen ; article 1.080 du code civil portoricain). Ainsi, l'exécution avant l'échéance se verrait limitée par l'intérêt légitime du créancier à ce que l'obligation soit exécutée dans le délai prévu. Dans les systèmes caribéens inspirés de la tradition anglo-américaine, le créancier peut, en règle générale, refuser une exécution anticipée, et le même principe se trouve dans les systèmes romano-germaniques qui n'admettent

l'exécution anticipée que si les parties en ont ainsi convenu (article 1.889 du code civil nicaraguayen).

Les présents Principes ont choisi de suivre les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, qui reconnaissent comme principe l'exécution anticipée, dès lors qu'elle ne cause pas préjudice au créancier ni ne lèse pas ses intérêts légitimes [article 6.1.5. (1) PU ; article 7:103 (1) PECL ; article III-2:103 (1) DCFR ; article 130 CESL]. La règle est plus rigoureuse pour le créancier que celle prévue à l'article 52 CVIM, qui reconnaît au créancier le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser les marchandises livrées avant l'échéance. En effet, l'exécution avant l'échéance, en particulier en ce qui concerne les obligations pécuniaires, n'a pas de raison de léser les intérêts du créancier, si bien que celui-ci sera tenu de l'accepter. Dans le cas des obligations non pécuniaires, le créancier peut raisonnablement refuser l'exécution avant l'échéance si celle-ci lui porte préjudice ou nuit à ses attentes.

Exemple : Une franchise dédiée à la vente aux consommateurs de vêtements s'engage avec un fabricant afin d'acheter un lot de vêtements pour la saison printanière. La livraison doit avoir lieu dans ses magasins pendant la deuxième quinzaine du mois de janvier. Le fabricant prétend livrer la marchandise pendant la deuxième quinzaine du mois de décembre. L'acheteur peut refuser l'exécution anticipée, car jusqu'à la date prévue ses magasins accumulent encore des vêtements d'hiver et il n'a pas de capacité de stockage pour de nouvelles livraisons jusqu'à la date convenue.

Si le créancier ne peut pas motiver raisonnablement son refus de l'exécution avant l'échéance, il devra l'accepter. Conformément aux dispositions du paragraphe deux du présent article, les dépenses occasionnées par l'exécution avant l'échéance sont à la charge du débiteur. En tout cas, l'acceptation de l'exécution n'entraîne pas renonciation du créancier aux actions et aux recours auxquels il pourrait avoir droit conformément aux règles relatives à l'inexécution du contrat. Cette règle est également prévue, par exemple, à l'article 6.1.5 (3) PU.

En outre, conformément au paragraphe trois, cette acceptation ne modifie pas non plus le moment d'exécution de l'obligation du créancier. Les présents Principes préfèrent donc une règle similaire à celle contenue dans les articles 7:103 (2) PECL et III-2:103 (2) DCFR. Certains systèmes, dans la lignée de l'article 6.1.5 (2) PU, ne prévoient cet effet que dans le cas où la contre-prestation du créancier est déterminée indépendamment de l'obligation anticipée du débiteur, mais pas dans le cas contraire. De cette façon, si dans un contrat de vente le paiement est fixé à la date de la livraison des marchandises et si le vendeur livre les marchandises un mois avant la date prévue, le créancier devra payer à ce moment-là, à moins qu'il puisse refuser l'exécution

précisément en raison de difficultés pour payer avant l'échéance. Cette conséquence ne semble ni efficace, ni raisonnable et provoque l'augmentation du seuil de refus de l'exécution anticipée. Dans le cas susmentionné, si le vendeur anticipe la livraison de la marchandise, le créancier pourra le payer à la date de livraison initialement prévue, de sorte qu'il appartiendra au débiteur d'assumer le risque de l'anticipation de l'exécution. Si la date prévue est, par exemple, dans un délai déterminé, le créancier respectera le contrat, dans l'exemple mentionné, s'il paye le dernier jour du délai dont le vendeur disposait pour livrer la marchandise.

Article 6.1.4 : *Ordre d'exécution*

- 1. À défaut d'accord, dans la mesure où les prestations de chaque partie peuvent être exécutées simultanément, les parties sont tenues de les exécuter ainsi, à moins de circonstances indiquant le contraire.**
- 2. Nonobstant, dans la mesure où la prestation d'une seule partie exige un délai d'exécution, cette partie est tenue de l'exécuter en premier, à moins de circonstances indiquant le contraire.**

COMMENTAIRE

Le présent article inclut l'une des règles les plus répandues dans le commerce international relative à l'exécution. Elle est formulée à la section 234 du *Second Restatement of Contracts* et, avec une portée semblable, aux articles 6.1.4 PU, 7:104 PECL et III-2:104 DCFR. La règle n'est généralement pas envisagée dans les textes légaux des systèmes juridiques qui forment l'OHADAC, mais son application en tant que présomption est habituelle dans la jurisprudence. La règle est formulée de façon ouverte et à travers des règles subsidiaires qui constituent des présomptions *iuris tantum* et qui peuvent être écartées en raison de règles générales relatives à l'interprétation du contrat.

En premier lieu, les accords des parties concernant le moment et l'ordre d'exécution prévaudront. En deuxième lieu, bien qu'il n'existe pas d'accord, les règles du présent article ne s'appliqueront pas non plus si, à la lumière des dispositions du contrat, il peut être déduit un ordre particulier d'exécution, de manière que l'application des

présomptions proposées n'est pas raisonnable. De cette façon, si l'une des obligations est conçue comme une condition préalable pour que l'obligation de l'autre partie naisse, ce qui en droit anglais s'appelle *condition precedent*, il convient d'interpréter que l'obligation qui agit en tant que condition doit être exécutée préalablement. Dans d'autres cas, les termes commerciaux utilisés supposent un ordre des prestations différent (p. ex. une vente CIF, où le paiement a lieu à la réception des titres représentatifs des marchandises).

Si le contrat ne permet pas de déduire un ordre d'exécution exprès ou implicite, il faudra prendre en considération les présomptions prévues au présent article qui, comme cela a déjà été signalé, ne sont pas rigides. La première règle consiste à considérer que les obligations doivent être exécutées simultanément, à condition que ce soit possible. Le droit anglais parvient au même résultat sur la présomption *iuris tantum*, selon lequel si l'exécution simultanée est possible, les obligations réciproques entraînent des *concurrent conditions* et doivent être exécutées simultanément. Il s'agit d'une règle expressément établie dans certains systèmes concernant le paiement du prix de la vente à la livraison des marchandises [p. ex. article 1.929 du code civil colombien ; article 1.087 du code civil costaricain ; article 352 (a) du code civil cubain ; article 1.651 des codes civils français et dominicain ; article 1.825 du code civil guatémaltèque ; article 1.436 du code civil haïtien ; article 7:26 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.659 du code civil hondurien ; article 2.294 du code civil mexicain ; article 2.661 du code civil nicaraguayen ; article 1.271 du code civil panaméen ; article 1.399 du code civil portoricain ; article 300 (2) du code de commerce saint-lucien ; article 1.528 du code civil vénézuélien ; section 28 du *Sale of Goods Act* anglaise ; section 29 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 29 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 29 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 29 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 30 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 28 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; article 58.1 CVIM ; article 126 CESL].

La deuxième règle est plus spécifique. Quand l'une des prestations peut être exécutée instantanément, comme le paiement, tandis que l'autre obligation exige un délai d'exécution, comme la réalisation d'une œuvre, la règle de la simultanéité exige en réalité que l'obligation qui a besoin d'un délai commence à l'avance. Généralement, cette règle implique que les obligations non pécuniaires soient exécutées avant les pécuniaires. De cette manière, en réalité l'on arrive à une simultanéité au moment de compléter l'exécution du contrat, car le paiement aura lieu, par exemple, au moment de la conclusion de l'œuvre ou de la prestation de service. Tout bien pesé, la règle suit

le même principe dont s'inspire la règle générale selon laquelle, à défaut d'accord, le paiement d'une vente doit se faire en même temps que la livraison de la marchandise. En réalité, l'exécution de l'obligation du vendeur commence donc avant, étant donné que la livraison exige un temps de préparation, d'expédition, de transport, etc. En outre, l'admission d'une telle règle ne pose pas de problèmes du point de vue du droit anglais, étant donné qu'une soumission des parties aux Principes OHADAC emporterait, en réalité, un engagement des parties concernant ces règles raisonnables, ce qui est parfaitement admissible selon le droit anglais. Néanmoins, il convient de noter qu'en droit anglais, à défaut d'accord, la règle interprétative générale pour les obligations non simultanées ou indépendantes n'envisage pas un ordre spécifique d'exécution, de sorte que chaque partie peut réclamer l'exécution de l'autre partie même si elle n'a pas exécuté son obligation. Dans ce cas, l'autre partie ne peut opposer l'inexécution afin d'éviter une telle demande, mais doit d'abord exécuter son obligation et seulement après pourra-t-elle réclamer que l'autre partie exécute son obligation. Par conséquent, afin d'éviter une bataille de réclamations et les difficultés pour déterminer le *first shot*, la réglementation des présents Principes constitue une alternative plus sûre que la solution subsidiaire du droit anglais.

Article 6.1.5 : Exécution partielle

- 1. Le créancier peut, à l'échéance, refuser d'accepter une offre d'exécution partielle, qu'elle soit ou non accompagnée d'une assurance de bonne exécution du solde, à moins de n'avoir aucun intérêt légitime à le faire.**
- 2. Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution partielle sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen du créancier.**
- 3. Si l'obligation est divisible, le créancier qui accepte l'exécution partielle peut n'exécuter son obligation que partiellement, à proportion.**

COMMENTAIRE

Indépendamment du caractère divisible ou indivisible de l'obligation, se pose la question de la possibilité d'une exécution partielle. L'exécution partielle implique en tout cas l'inexécution de la part du débiteur. Cependant, il s'agit de déterminer si une exécution partielle est acceptable et par conséquent si l'inexécution est elle aussi partielle. La règle ne vise pas les cas où l'exécution partielle est causée par le comportement du créancier lui-même ou motivée par son refus d'accepter la prestation du débiteur [p. ex. arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque (1977) dans l'affaire *Charles Gibbs Martin Foster v Dewar* (1977), Carilaw JM 1977, SC 18]. Dans ce cas, il faudra appliquer les règles sur l'interprétation, la modification ou l'inexécution du contrat.

La règle contenue au premier paragraphe (similaire à celle des articles 51 CVIM, 6.1.3 PU et 130.2 CESL) part du principe que le créancier n'a pas l'obligation d'accepter une exécution partielle offerte par le débiteur au moment de l'expiration de son obligation, même si elle est accompagnée de garanties d'exécution. Évidemment, les cas où l'exécution en plusieurs étapes est expressément prévue dans le contrat sont exceptés. Autrement, les obligations doivent être exécutées dans leur intégralité conformément aux termes du contrat, comme l'exige le principe général énoncé à l'article 1.2 des présents Principes. La règle, cependant, semble trop rigide quand l'inexécution partielle n'est pas essentielle au regard des circonstances du contrat, de ce qu'ont prévu les parties dans le contrat concernant le caractère essentiel d'une exécution intégrale, du degré d'exécution partielle ou du préjudice réel causé au créancier par l'inexécution partielle. D'où le fait que la règle soit flexible dans les cas où le créancier n'a pas d'intérêt légitime à refuser l'exécution partielle.

Exemple 1 : Dans un contrat de construction immobilière, le constructeur finit à l'expiration du contrat 99 % des travaux prévus. Un ornement du revêtement extérieur du bâtiment prévu dans le contrat n'a pas été finalement incorporé en raison de difficultés techniques. Le créancier n'a pas d'intérêt légitime à rejeter l'exécution partielle, car le contrat a été substantiellement exécuté et les effets de l'inexécution partielle ne sont pas considérablement préjudiciables aux fins du contrat.

La règle retenue obéit aussi aux résultats essentiels d'une approche comparative des systèmes juridiques caribéens. Si les dispositions du contrat n'indiquent pas le besoin d'une exécution intégrale, les présomptions et les règles interprétatives en vigueur dans les systèmes légaux de l'espace caribéen semblent en principe dissemblables. Certains systèmes romano-germaniques, à défaut d'accord, ne reconnaissent pas au débiteur le droit de demander ou de réaliser une exécution partielle, si bien qu'une telle exécution partielle emporte l'inexécution intégrale du contrat [article 1.649 du

code civil colombien ; article 927 du code de commerce colombien ; article 772 du code civil costaricain ; article 330 du code de commerce cubain ; article 1.244 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 189 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.387 du code civil guatémaltèque ; article 1.030 du code civil haïtien ; article 6:29 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.434 du code civil hondurien ; article 2.078 du code civil mexicain ; article 2.021 du code civil nicaraguayen ; article 1.056 du code civil panaméen ; article 1.123 du code civil portoricain ; article 248 du code de commerce portoricain ; article 1.080 du code civil saint-lucien ; article 1.291 du code civil vénézuélien]. Il est parfois précisé que l'exécution partielle est possible dans des cas spécifiquement prévus par la loi ou si cela est déduisible de la nature ou des circonstances du contrat. En tout cas, le principe de bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit permettent dans ces systèmes des exceptions quand la renonciation de l'acceptation par le créancier de l'exécution partielle est disproportionnée et déraisonnable. Plus précisément, certains systèmes permettent l'exécution partielle si l'obligation détient une partie liquide et une autre non liquide, du fait que la première puisse être exécutée avant que la seconde ne devienne liquide (article 1.387 du code civil guatémaltèque ; article 1.434 du code civil hondurien ; article 2.078 du code civil mexicain ; article 2.021 du code civil nicaraguayen ; article 1.056 du code civil panaméen ; article 1.123 du code civil portoricain ; article 1.292 du code civil vénézuélien). Finalement, dans certains cas il est possible d'admettre une exécution partielle au moyen d'une décision judiciaire permettant d'échelonner le paiement (article 1.244.1 des codes civils français et dominicain ; article 1.030 du code civil haïtien).

Dans le domaine de la *common law*, la solution dépend du caractère divisible ou indivisible de l'obligation. Si le contrat et l'obligation sont indivisibles (*entire contracts*), la partie obligée ne peut se libérer qu'au moyen d'une exécution intégrale (*full performance*). L'exécution partielle constitue une inexécution et le créancier n'est pas obligé d'accepter l'exécution partielle d'une obligation ni ne doit payer une partie du prix accordé [section 30.1 du *Sales of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 31 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 31 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 31 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 31 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 32 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 30 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 235 du *Second Restatement of Contracts* ; *Cutter v Powell* (1775), 6 TR, 320 ; *Sumpter v Hedges* (1898), QB 673 ; *Hoening v Isaacs* (1952), 2 All ER 176 ; *Bolton v Mahadeva* (1972), 1 WLR 1009 ; *The Hansa Nord* (1976), QB 44 ; *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* (1991), 1 QB 1]. La règle s'atténue si

l'exécution partielle n'emporte pas une inexécution fondamentale du contrat, si les divergences sont faibles, si l'exécution partielle produit un profit manifeste pour le créancier ou si le refus du créancier est considéré comme étant déraisonnable [*Re Thornett and Fehr and Yuills* (1921), 1 KB, 219 ; *Mitchell v Darthez* (1836), 2 Bing. NC 555]. L'exécution partielle est généralement admise si le contrat ou les obligations sont divisibles [*Ritchie v Atkinson* (1808), 10 East 295].

L'acceptation de l'exécution partielle par le créancier n'implique pas qu'il renonce aux actions ou recours dont il dispose en vertu de l'inexécution du débiteur, tel que le paragraphe deux le souligne. Évidemment, cette acceptation emportera que l'inexécution du débiteur est simplement partielle. Rien n'empêche, cependant, que le créancier accepte sans réserve l'exécution partielle, ce qui peut écarter ou limiter une action postérieure pour inexécution. En outre, les dépenses pouvant découler d'une exécution partielle (double réception des marchandises, augmentation des coûts bancaires, solutions de remplacement pour la partie inexécutée, etc.) seront à la charge du débiteur. Si ces dépenses sont supportées par le créancier, elles pourront être prises en compte afin de déterminer les dommages-intérêts découlant de l'exécution partielle. Si le créancier a accepté sans réserve l'exécution partielle, les dépenses seront tout simplement compensées ou remboursées par le débiteur.

L'acceptation par le créancier d'une exécution partielle nécessite de déterminer les effets sur l'exécution de l'obligation du créancier. Une solution générale n'est pas possible, du fait que la réponse doit varier selon que les obligations sont ou non divisibles, comme cela est prévu au paragraphe trois du présent article. De cette manière, s'il s'agit d'un contrat de vente d'un lot d'unités, le créancier qui accepte un envoi partiel devra effectuer son paiement proportionnellement aux unités reçues. Cette règle semble parfaitement raisonnable et est déduisible, par exemple, des sections 31 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 31 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 31 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 31 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 32 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 30 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque. En revanche, si les obligations sont indivisibles, le créancier devra exécuter intégralement son obligation, sans préjudice des actions dont il dispose en cas d'inexécution partielle du débiteur.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, le créancier devra payer le prix prévu dans le contrat au moment de la livraison du bâtiment, car le coût des ornements manquants n'est pas divisible par rapport à la construction. Il pourra réclamer les dommages-intérêts en raison de l'inexécution de cette partie du contrat.

Exemple 3 : Un fabricant d'automobiles situé dans le pays X s'engage avec un fournisseur de bougies situé dans le pays Y. Le contrat envisage la livraison de 50 000 unités dans un délai déterminé. Le fournisseur livre seulement 40 000 unités. Le fabricant peut obtenir dans le marché les unités qui manquent et utiliser les 40 000 bougies livrées, et n'a donc pas d'intérêt légitime à refuser l'exécution partielle. Le fabricant doit payer le prix avec une réduction de 20 % et pourra demander des dommages-intérêts pour les dépenses, les retards et les inconvénients produits par le remplacement des 10 000 unités non livrées.

Article 6.1.6 : Exécution par un tiers

À moins que l'obligation ne revête un caractère essentiellement personnel, le créancier ne peut refuser qu'un tiers autorisé par le débiteur exécute l'obligation.

COMMENTAIRE

L'exécution des obligations incombe à chaque partie au contrat. Néanmoins, la plupart des systèmes juridiques reconnaissent au débiteur la possibilité de se libérer de l'exécution si elle est effectuée par un tiers. L'exécution par un tiers dans ce contexte, où il n'y a pas de cession de crédit ni de substitution convenue au contrat, ne dispense pas le débiteur de sa responsabilité éventuelle dans le cas où le tiers exécute l'obligation de manière défectueuse. La règle permet l'exécution par un tiers en tant qu'une forme d'exécution par le débiteur, qui est toujours engagé vis-à-vis du créancier et responsable de l'exécution. Cette règle est énoncée dans la plupart des législations des systèmes caribéens romano-germaniques (article 1.630 du code civil colombien ; 765 du code civil costaricain ; article 1.236 des codes civils français et dominicain, maintenu avec des modifications à l'article 186 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.380 du code civil guatémaltèque ; article 1.022 du code civil haïtien ; article 6:30 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.423 du code civil hondurien ; articles 2.065-2068 du code civil mexicain ; article 2.010 du code civil nicaraguayen ; article 1.045 du code civil panaméen ; article 1.112 du code civil portoricain ; article 1.072 du code civil saint-lucien ; article 1.283 du code civil vénézuélien). Les systèmes de la *common law* reconnaissent aussi la possibilité d'exécution par un tiers (*vicarious performance*), mais avec certaines exigences concernant le consentement du débiteur.

Le présent article reconnaît, par conséquent, la possibilité d'exécution par un tiers, pourvu que le tiers agisse avec le consentement du débiteur (article 7.106 PECL ; article III-2:107 DCFR ; article 127 CESL). Il est considéré que le créancier a un intérêt à obtenir l'exécution du contrat et que le fait que la prestation provienne du débiteur ou d'un tiers qui agit avec son consentement n'est pas important.

En outre, il est considéré opportun d'établir comme condition que le tiers agisse avec le consentement du débiteur. La règle se trouve également dans les articles 7.106 (1) (a) PECL, III-2:107 (1) (a) DCFR et 127 (2) (a) CESL. Il s'agit d'une exigence caractéristique des systèmes de la *common law*, bien que la jurisprudence ait admis des exceptions dans certains cas. Elle est en tout cas interprétée ouvertement, par exemple si le débiteur ratifie l'exécution par la suite. De même, la section 278 du *Second Restatement of Contracts* indique que ce consentement ne doit pas nécessairement être exprès, mais qu'il suffit qu'il soit implicite ou tacite, s'il découle par exemple de la simple passivité du débiteur qui a eu connaissance d'une telle exécution et ne s'y oppose pas. Une bonne partie des systèmes romano-germaniques, cependant, établissent l'obligation du créancier d'accepter l'exécution, même si le tiers n'a pas été autorisé par le débiteur ou a agi contre la volonté du créancier et du débiteur, bien qu'avec des conséquences diverses quant à la subrogation. L'article 186 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 prévoit un critère plus flexible et plus nuancé, limitant ce principe en cas d'opposition justifiée du débiteur ou d'intérêt légitime du créancier. Les présents Principes ont choisi, dans la même ligne, de conditionner l'exécution au consentement explicite ou implicite du débiteur. Les règles contraires des systèmes romano-germaniques ne peuvent être considérées comme des normes d'ordre public international. Cette option, en outre, semble plus cohérente avec le principe de liberté contractuelle. Le créancier est sujet au contrat, et si le débiteur n'a pas autorisé l'exécution par un tiers, le créancier n'est pas obligé de l'accepter. Le paiement par un tiers peut éventuellement porter préjudice au débiteur qui a un intérêt légitime à exécuter personnellement l'obligation. Si le créancier accepte l'exécution, il est exposé à ce que le débiteur réclame légitimement des dommages-intérêts en raison de l'exécution par un tiers. Le créancier est donc uniquement obligé d'accepter l'exécution si le consentement du débiteur est notoire. À cet égard, il devra prouver, raisonnablement et sans dépenses excessives, que ce consentement existe. Autrement, il est libre d'accepter l'exécution, mais il n'est pas libéré de la responsabilité découlant des préjudices causés au débiteur par cette acceptation.

La règle n'a pas pris en compte la possibilité, à défaut de consentement du débiteur, d'obliger le créancier à accepter l'exécution par un tiers qui a un intérêt légitime à l'exécution quand le débiteur n'a pas exécuté l'obligation ou quand il est manifeste qu'il ne va pas l'exécuter. Cette possibilité existe dans les articles 7:106 (1) (b) PECL, III-2:107 (1) (b) DCFR et 127 (2) (b) CESL. À défaut d'accord entre les parties, il n'est pas opportun d'insérer une règle qui, bien qu'elle puisse être adéquate pour l'économie des rapports juridiques dans certains cas, privilège les intérêts d'un tiers au contrat plutôt que les intérêts du débiteur et que la sécurité juridique du créancier lui-même, dont le contrat est soumis par leur volonté aux présents Principes. Par conséquent, une telle possibilité ne sera prise en compte que si les parties l'ont ainsi prévue expressément ou en vertu de la loi nationale applicable conformément aux règles de droit international privé.

Évidemment, la règle générale admet une exception quand la qualité du sujet qui doit exécuter l'obligation est un aspect essentiel du contrat. Dans les obligations *intuitu personae*, le créancier n'est pas tenu d'accepter la prestation d'un tiers. Il s'agit d'une règle habituelle dans les systèmes romano-germaniques (article 1.630 du code civil colombien ; article 765 du code civil costaricain ; article 235 du code civil cubain ; 1.237 des codes civils dominicain et français ; article 1.381 du code civil guatémaltèque ; article 1.023 du code civil haïtien ; article 6:30 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.426 du code civil hondurien ; article 2.064 du code civil mexicain ; article 2.013 du code civil nicaraguayen ; article 1.048 du code civil panaméen ; article 1.115 du code civil portoricain ; article 1.073 du code civil saint-lucien ; article 1.284 du code civil vénézuélien) ainsi que dans les systèmes de la *common law* [*Davies v Collins* (1945), 1 All ER 247 ; *Martin v N. Negin Ltd* (1945), 172 LT 275 ; *Edwards v Newlands & Co* (1950), 2 KB 534].

Finalement, le présent article ne préjuge pas le régime du rapport juridique découlant de l'exécution par un tiers, en particulier de la subrogation du tiers dans la position du créancier face au débiteur, qui sera déterminée dans le cadre dudit rapport contractuel entre le débiteur et le tiers, qui est étranger au créancier et au contrat entre celui-ci et le débiteur.

Article 6.1.7 : Moyens de paiement

1. Le paiement peut être effectué par tout moyen de paiement en usage dans les relations d'affaires.

- 2. Toutefois, le créancier qui accepte un chèque, un autre ordre de paiement ou un engagement de payer n'est présumé le faire qu'à la condition que ces instruments soient honorés.**

COMMENTAIRE

Dans le commerce international, les parties sont libres de déterminer le moyen de paiement de leurs obligations pécuniaires (en espèces, crédits documentaires, garanties autonomes, virements, remises, chèques, effets de commerce, etc.). Il s'agit d'un principe parfois énoncé dans la loi [p. ex. section 2-511 (2) UCC] et dans une bonne partie des textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [article 6.1.7 PU ; 7:107 PECL ; article III-2:108 (1) DCFR ; article 124.1 CESL]. Dans certain cas, en tant que moyen d'exécution, les moyens de paiement peuvent être soumis à des restrictions imposées par les lois de police économiques et de contrôle de changes du pays du lieu d'exécution (p. ex. article 240 du code civil cubain), qui seront prises en considération conformément au paragraphe III du Préambule des présents Principes.

Une règle tout aussi répandue et parfois nuancée par les usages commerciaux établit que l'acceptation de tels moyens de paiement n'implique pas l'acceptation de l'exécution, dans la mesure où ces moyens sont toujours présumés comme étant acceptés *pro solvendo*, c'est-à-dire à condition que le paiement soit effectif [article 1.394 du code civil guatémaltèque ; article 1.435 du code civil hondurien ; article 6:46 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 2.024 du code civil nicaraguayen ; article 1.057 du code civil panaméen ; article 1.124 du code civil portoricain ; section 2-511 (3) UCC ; *D&C Builders Ltd v Rees* (1996), 2 QB 617 (CA) ; article 6.1.7 (2) PU ; article 7:107 PECL ; article III-2:108 (2) DCFR ; article 124.1 CESL].

Article 6.1.8 : Monnaie de paiement

- 1. Les parties déterminent librement la monnaie de paiement. Si le paiement dans la monnaie déterminée devient impossible ou si la monnaie de paiement n'a pas été déterminée, le paiement s'effectue dans la monnaie de paiement du lieu où il doit être effectué.**

- 2. En l'absence d'accord, toute obligation de somme d'argent exprimée dans une monnaie différente de celle du lieu de paiement peut être payée dans la monnaie du lieu où le paiement doit être effectué, à condition qu'elle soit librement convertible.**
- 3. Le paiement dans la monnaie du lieu de paiement doit être effectué selon le taux de change applicable dans ce lieu de paiement au moment où il doit être effectué. Si le débiteur ne paye pas au moment convenu, le créancier peut choisir entre le taux de change applicable au lieu de paiement à l'échéance ou au moment où le paiement est effectué.**

COMMENTAIRE

Les obligations pécuniaires doivent être payées dans la monnaie de paiement convenue (*agreed currency of payment*). Les parties sont libres de fixer la monnaie de paiement, auquel cas le paiement doit être effectué dans la monnaie convenue [p. ex. article 771 du code civil costaricain ; article 6:121 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.435 du code civil hondurien ; article 2.022 du code civil nicaraguayen ; article 1.057 du code civil panaméen ; article 1.124 du code civil portoricain ; article 7:108 (1) PECL ; article III-2:109 (1) DCFR].

Parfois, néanmoins, le paiement dans la monnaie convenue est impossible, du fait, par exemple, des restrictions en matière de paiements du pays d'exécution de l'obligation pécuniaire (article 240 du code civil cubain ; arrêt de la Cour de Cassation française du 11 octobre 1980) ou d'une impossibilité transitoire d'obtenir le montant de la devise exigée. Dans d'autres cas plus rares, les parties ne conviennent simplement pas d'une unité de compte, indiquant le prix d'une manière indéterminée ou sans aucune référence à une monnaie. Dans ces cas, le premier paragraphe du présent article dispose que la monnaie de paiement sera celle du pays où le paiement doit être effectué (p. ex. article 771 du code civil costaricain ; articles 6:112 et 6:122 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1435 du code civil hondurien ; article 2.022 du code civil nicaraguayen ; article 1.057 du code civil panaméen ; article 1.124 du code civil portoricain). Cette règle est également prévue dans certains textes d'harmonisation du droit des contrats [articles 6.1.9 (2) et 6.1.10 PU ; article III-2:109 (4) DCFR].

Le paragraphe deux envisage une hypothèse différente : les parties ne conviennent pas d'une monnaie de paiement et se contentent de fixer le prix dans une monnaie ou une unité de compte (*currency of account*). Dans ces cas, le débiteur peut choisir d'effectuer le paiement dans la monnaie utilisée pour déterminer le prix ou dans la monnaie du lieu de paiement. Il s'agit d'une solution répandue dans les droits nationaux (p. ex. articles 6:121 et 6:123 des codes civils néerlandais et surinamais), et dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [article 6.1.9 (1) PU ; article 7:108 (2) PECL ; article III-2:109 (2) DCFR]. Néanmoins, contrairement à ce qui est prévu dans nombre de ces textes, si la monnaie du lieu de paiement n'est pas librement convertible, la solution semble déraisonnablement onéreuse pour le créancier, de sorte que le débiteur devra payer dans la devise exprimée dans l'unité de compte utilisée pour fixer le prix du contrat. Il convient de noter que l'euro, le dollar des États-Unis et la livre sterling sont les seules devises officielles de certains pays caribéens qui sont internationalement convertibles.

Le paragraphe trois de l'article résout le problème soulevé par le taux de change des devises lorsqu'il faut ou qu'il est possible d'exécuter une obligation pécuniaire, conformément aux paragraphes précédents, dans la monnaie du lieu de paiement. La règle générale consiste à appliquer le taux de change en vigueur ou préférentiel au moment fixé pour le paiement [p. ex. article 771 du code civil costaricain ; article 1.395 du code civil guatémaltèque ; article 6:124 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 6.1.9 (3) PU ; article 7:108 (2) PECL ; article III-2:109 (2) DCFR]. Néanmoins, quand le débiteur retarde ou anticipe le paiement par rapport à la date convenue conformément aux articles 6.1.2 et 6.1.3 des présents Principes, la question de la détermination du taux de change se pose. Dans ce cas, trois solutions sont possibles. La première consiste à maintenir la règle générale, de sorte que le taux de change est celui applicable ou préférentiel au moment du paiement indu. Étant donné que la fluctuation du taux de change peut nuire aux intérêts du créancier, celui-ci pourra incorporer au prix, en tant que partie des dommages-intérêts découlant de l'exécution retardée ou de la compensation en raison de l'exécution avant l'échéance, la différence par rapport au taux de change en vigueur au moment où le prix aurait dû être payé [p. ex. article 6:125 des codes civils néerlandais et surinamais ; *Milangos v George Frank (textiles) Ltd* (1976), AC 433]. La deuxième possibilité, suivie par la jurisprudence française, consiste à opter pour le taux de change au moment de l'expiration de l'obligation. Finalement, une troisième option, qui prévaut dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats [article 6.1.9 (4) ; article 7:108 (3) PECL ; article III-2:109 (3) DCFR], permet au créancier de choisir entre réclamer le paiement conformément au taux de change applicable au moment de

l'expiration de l'obligation et le réclamer au moment du paiement effectif. Toutes ces options s'inspirent du même critère logique, qui fait peser sur le débiteur les risques et les coûts d'un paiement effectué à un autre moment que celui convenu. Néanmoins, la solution envisagée dans les Principes OHADAC répond mieux aux intérêts du créancier et surtout comporte une économie de moyens plus importante.

Article 6.1.9 : Imputation du paiement

- 1. À défaut d'accord, le débiteur tenu de plusieurs dettes de sommes d'argent à l'égard d'un même créancier peut indiquer, au moment du paiement, sur quelle dette il entend l'imputer, à condition qu'il ne préfère pas une dette échue à une dette non échue. Toutefois, le paiement est imputé d'abord sur les frais, puis sur les intérêts échus et, enfin, sur le capital.**
- 2. À défaut d'indication par le débiteur, le créancier peut, dans un délai raisonnable après le paiement, indiquer au débiteur la dette sur laquelle il l'impute, pourvu que celle-ci soit échue et non litigieuse.**
- 3. À défaut d'imputation en vertu de l'un des paragraphes précédents, le paiement est imputé sur la dette qui satisfait à l'un des critères suivants dans l'ordre fixé ci-après :**
 - a) la dette échue ou à échoir en premier ;**
 - b) la dette pour laquelle le créancier a la garantie la plus faible ;**
 - c) la dette la plus onéreuse pour le débiteur ;**
 - d) la dette la plus ancienne.**
- 4. Si aucun des critères précédents ne s'applique, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les dettes.**

5. Les règles précédentes s'appliquent autant que faire se peut à l'imputation des obligations non pécuniaires.

COMMENTAIRE

1. Faculté du débiteur à imputer les paiements

Lorsque plusieurs dettes existent entre un créancier et un débiteur et qu'un paiement, qui ne suffit pas à satisfaire toutes les dettes, est effectué, il est important de déterminer à quelle dette doit s'imputer le paiement et, par conséquent, quelle dette s'éteint, surtout si diverses garanties sont constituées par rapport à des obligations différentes et qu'elles sont soumises à des intérêts différents ou que les délais de prescription expirent à des dates différentes. Dans ces cas, les systèmes juridiques de l'OHADAC convergent en indiquant que, à défaut d'accord, il incombe au débiteur de déterminer, au moment de l'exécution, à quelle dette le paiement doit être imputé [article 779 du code civil costaricain ; article 1.654 du code civil colombien ; article 239.1 du code civil cubain ; article 1.253 des codes civils français et dominicain (maintenu à l'article 195 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; article 1.404 du code civil guatémaltèque ; article 1.039 du code civil haïtien ; article 6:43 (1) des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.437 du code civil hondurien ; article 2.092 du code civil mexicain ; article 2.050 du code civil nicaraguayen ; article 1.059.1 du code civil panaméen ; article 1.126.1 du code civil portoricain ; article 1.089 du code civil saint-lucien ; article 1.302 du code civil vénézuélien ; section 258.1 du *Restatement Second of Contracts*]. Le droit anglais suit également cette règle générale, mais le créancier peut refuser l'imputation et rembourser ce qu'il a reçu dans un délai raisonnable [*Thomas v Ken Thomas Ltd* (2006), EWCA Civ 1504, 21].

En général, l'imputation faite par le débiteur doit être notifiée au créancier soit expressément, soit implicitement (p. ex. quand le débiteur paye le montant exact de certaines dettes). Néanmoins, le principe n'est pas absolu. Une limite généralement acceptée dans les systèmes romano-germaniques caribéens est que si la dette produit des intérêts, le paiement ne peut être imputé sur le capital avant que les intérêts soient satisfaits (article 780 et 783.1 du code civil costaricain ; 1.653 du code civil colombien ; article 1.254 des codes civils français et dominicain ; article 1.407 du code civil guatémaltèque ; article 1.040 du code civil haïtien ; article 1.438 du code civil hondurien ; article 2.094 du code civil mexicain ; article 2.051 du code civil

nicaraguayen ; article 1.060 du code civil panaméen ; article 1.127 du code civil portoricain ; article 1.090 du code civil saint-lucien ; article 1.303 du code civil vénézuélien), sauf si le créancier l'accepte ou si les parties en ont convenu autrement. Le terme « intérêts » englobe les intérêts contractuels ainsi que les intérêts légaux.

Les textes d'harmonisation du droit des contrats maintiennent la priorité du paiement, mais ajoutent aussi l'imputation préférentielle des dépenses [article 6.1.12 (1) PU ; article 7:109 (4) PECL ; article III-2:110 (5) DCFR ; article 128.6 CESL], suivant ainsi le modèle germanique [article 6:44 des codes civils néerlandais et surinamais ; § 367 BGB]. La règlementation contenue dans les PECL, le DCFR et la CESL, contrairement aux PU, permet au créancier de modifier l'ordre signalé. Les Principes OHADAC choisissent, à défaut d'accord, de maintenir l'ordre impératif mentionné, en imputant le paiement en premier lieu aux dépenses, puis aux intérêts, et enfin au capital. Néanmoins, la modification de cet ordre, qui reflète de manière naturelle l'économie du contrat, n'est possible qu'en vertu d'un accord entre les parties et non du fait d'une décision unilatérale du créancier.

Les Principes OHADAC incorporent aussi une limite à la faculté du débiteur, qui existe également dans certains systèmes nationaux, de sorte qu'il n'est pas possible faire passer une dette non échue avant une dette déjà échue (article 1.654 du code civil colombien). En revanche, il n'a pas été considéré opportun d'obliger le débiteur à payer en premier lieu les obligations garanties par un tiers (section 258.2 du *Restatement Second of Contracts*). Évidemment, le débiteur peut prendre en considération cette circonstance afin d'imputer les paiements, mais les conséquences de sa décision vis-à-vis du garant vont seront déterminées conformément à leurs relations juridiques, sans faire intervenir les présents Principes.

2. Imputation par le créancier

À défaut d'accord, certains systèmes juridiques caribéens accordent au créancier la faculté d'imputer le paiement. Il s'agit d'une règle courante en *common law* pour les contrats commerciaux [*Peters v. Anderson* (1814), 5 Taunt. 596 ; *Cory Bros & Co Ltd v Owners of Turkish SS "Mecca"* (1897), AC 286 ; *West Bromwich Building Society v Crammer* (2002), EWHC 2618 (Ch) ; section 259 du *Restatement Second of Contracts*]. Cette solution existe aussi dans le droit cubain, à condition que le débiteur ne s'y oppose pas immédiatement (article 239.2 du code civil), ainsi que dans les textes d'harmonisation [article 6.1.12 (2) PU ; article 7:109 (2) PECL ; article III-2:110 (2) DCFR ; article 128 (2) CESL]. La règle, cependant, n'est pas absolue et admet des restrictions. De cette façon, l'imputation n'est pas admissible si la dette n'est pas échue (section 259 du *Restatement Second of Contracts*), si elle est illégale [*Wright v*

Laing (1824), 3 B & C 165 ; *Keeping v Broom* (1895), 11 T.L.R 595 ; *A. Smith & Son (Bognor Regis) Ltd v Walter* (1952), 2 QB 319] ou si elle est controversée (section 259 du *Restatement Second of Contracts*). La prescription d'une obligation, en général, ne fait pas obstacle à ce que le créancier puisse l'imputer sur le paiement du débiteur [*Mills v Fowkes* (1839), 5 Bing NC 455 ; *Stepney Corp v Osofsky* (1937), 3 ALL ER 289 ; commentaire de la section 259 du *Restatement Second of Contracts*].

Généralement, les systèmes romano-germaniques n'accordent pas un tel pouvoir au créancier, mais si celui-ci, face à la passivité du débiteur, impute le paiement dans la quittance sur une dette quelconque et si le débiteur accepte cette imputation, ce dernier ne pourra pas s'opposer à l'imputation sauf en cas de dol du créancier ou en raison d'un motif similaire qui la rende invalide (article 1.654 du code civil colombien ; article 781 du code civil costaricain ; article 1.255 des codes civils français et dominicain ; article 1.405 du code civil guatémaltèque ; article 1041 du code civil haïtien ; article 1.437.2 du code civil hondurien ; article 2.052 du code civil nicaraguayen ; article 1.059.2 du code civil panaméen ; article 1.126.2 du code civil portoricain ; article 1.091 du code civil saint-lucien ; article 1.304 du code civil vénézuélien).

Au paragraphe deux du présent article, les Principes OHADAC ont choisi d'accorder au créancier la faculté d'imputer les paiements, à condition que le débiteur ait renoncé à son droit. Normalement, si le débiteur effectue un paiement sans faire ce choix, le créancier peut imputer le paiement dans la quittance de la transaction ou de toute autre forme, à condition que sa décision parvienne au débiteur diligemment. L'inexécution de ce devoir de diligence n'annule pas l'imputation, mais peut emporter la responsabilité du créancier pour les dommages que ce manque de diligence peut provoquer au débiteur. En tout cas, le créancier ne peut imputer le paiement qu'aux dettes déjà échues et non litigieuses ni controversées. Autrement, l'imputation sera sans effet. L'article n'inclut pas de mention spécifique à la condition de légalité de la dette imputée, dans la mesure où l'illégalité est une question exclue des présents Principes conformément aux dispositions du chapitre 3. Les présents Principes n'empêchent pas que l'illégalité puisse annuler l'imputation, si un tel effet est prévu dans la loi nationale, internationale ou supranationale qui établit l'illégalité de l'obligation.

3. Critères d'imputation à défaut d'imputation par le débiteur ou par le créancier

Une bonne partie des systèmes romano-germaniques prévoient, à défaut de l'imputation par le débiteur, des critères légaux d'imputation. Le reste de systèmes établissent ces critères à défaut d'une imputation subsidiaire par le créancier [article

1.655 du code civil colombien ; article 783 du code civil costaricain ; article 239.3 du code civil cubain ; articles 1.256 des codes civils français et dominicain ; article 1406 du code civil guatémaltèque ; article 1.042 du code civil haïtien ; article 6:43.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.439 du code civil hondurien ; article 2.093 du code civil mexicain ; article 2.053 du code civil nicaraguayen ; article 1061 du code civil panaméen ; article 1.128 du code civil portoricain ; article 1.092 du code civil saint-lucien ; article 1.305 du code civil vénézuélien ; section 260 du *Restatement Second of Contracts* ; article 6.1.12 (3) PU ; article 7:109 (2) PECL ; article III-2:110 (4) DCFR ; article 128 (4) CESL]. Ces critères ne font pas l'unanimité dans les différents systèmes quant à l'imputation légale, qui optent parfois pour des critères opposés en fonction des principes *favor debitoris* ou *favor creditoris*. L'ordre le plus fréquent est le suivant : dettes échues, dettes les plus favorables au débiteur et dettes les plus anciennes [article 783 du code civil costaricain ; article 1256 des codes civils français et dominicain (maintenu dans l'article 195 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; article 1.406 du code civil guatémaltèque ; article 6:43.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 2.093 du code civil mexicain ; article 2.053 du code civil nicaraguayen ; article 1.092 du code civil saint-lucien]. D'autres systèmes font primer les dettes échues et à défaut celles que le débiteur choisit ou les moins onéreuses parmi les dettes échues (article 1.655 du code civil colombien ; article 1.042 du code civil haïtien ; article 1.439 du code civil hondurien ; article 1.061 du code civil panaméen ; article 1.128 du code civil portoricain). Certains systèmes envisagent uniquement l'ordre de préférence des dettes exigibles et échues (article 239 du code civil cubain).

Le paragraphe trois de l'article a suivi la réglementation de l'article 1.305 du code civil vénézuélien, qui contient les critères les plus répandus dans les textes internationaux [article 6.1.12 (3) PU ; article 7:109. (3) PECL ; article III-2:110 (4) DCFR ; article 128 (4) CESL]. Conformément à un critère déjà employé dans les paragraphes précédents, il faut préférer les dettes échues en premier lieu. Ce critère vise à privilégier l'exécution des obligations et, par conséquent, profite aux deux parties. Le deuxième critère, appliqué à défaut, opte pour l'imputation du paiement sur la dette qui a le plus de garanties pour le créancier, favorisant ainsi l'efficacité du contrat et l'internalisation maximale des risques d'inexécution. Le même critère économique conduit à préférer, à défaut, le paiement des dettes les plus onéreuses pour le débiteur. Finalement, la dernière solution vise à un critère de portée simplement temporelle.

4. Solution finale sur la base du partage

Si aucun des critères objectifs d'imputation n'est viable, l'option finale consiste à imputer toutes les dettes au prorata. Le critère contenu au paragraphe quatre du présent article est le plus commun du point de vue comparé [article 783.4 du code civil costaricain ; article 239.3 du code civil cubain ; article 1.256 des codes civils français et dominicain (maintenu à l'article 195 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; article 1.406 du code civil guatémaltèque ; article 1.042.2 du code civil haïtien ; article 6:43.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.439.2 du code civil hondurien ; article 2.093 du code civil mexicain ; article 2.053.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.061 du code civil panaméen ; article 1.128.2 du code civil portoricain ; article 1.092 du code civil saint-lucien ; 1.305 du code civil vénézuélien ; article 6.1.12 (3) PU ; article 7:109 (3) PECL ; article III-2:110 (4) DCFR ; article 128 (4) CESL].

5. Imputation de l'exécution des obligations non pécuniaires

L'imputation de l'exécution est une question assez rare concernant les obligations non pécuniaires. Néanmoins, elle se pose dans les contrats à exécution successive, où le débiteur d'une obligation non pécuniaire, comme celui tenu de livrer des marchandises dans un contrat de fourniture, n'exécute pas certains envois, de sorte qu'il faille déterminer quel envoi correspond à quelle obligation. Dans ces cas, il est possible d'appliquer *mutatis mutandis* les critères d'imputation des paiements des obligations pécuniaires à l'exécution des obligations non pécuniaires, à condition qu'elles soient de la même nature. Cette règle, qui se trouve à l'article 6.1.13 PU, obéit aussi au fait que la plupart des systèmes nationaux ne font pas de différence selon que l'exécution vise des obligations pécuniaires ou non pécuniaires.

Article 6.1.10 : Refus de l'exécution

- 1. Le créancier ne peut refuser que le débiteur exécute ses obligations dans les conditions prévues au contrat et, à défaut, en vertu des règles prévues dans les présents Principes.**
- 2. Si le créancier refuse que le débiteur exécute une obligation pécuniaire, celui-ci peut se libérer en consignat les fonds, si possible, conformément à la loi du lieu de paiement.**
- 3. Si le créancier refuse que le débiteur exécute une obligation non pécuniaire, il incombe à celui-ci de**

prendre les mesures raisonnables de nature à atténuer les conséquences du refus. En particulier, si le créancier refuse de prendre livraison ou de réceptionner un bien, le débiteur peut se libérer en consignat le bien, si possible, conformément à la loi du lieu de paiement.

COMMENTAIRE

1. L'obligation des parties de recevoir l'exécution des obligations

Le présent article établit l'obligation des parties non seulement d'exécuter leurs obligations, mais aussi de recevoir et de ne pas faire obstacle à l'exécution des obligations de l'autre partie. Par conséquent, le refus de recevoir ou l'empêchement de l'exécution de la contre-prestation constitue un cas d'inexécution du contrat, qui aura les conséquences prévues au chapitre suivant. La règle présuppose l'exécution du débiteur. Elle ne traite donc pas des situations où le refus d'accepter l'exécution est justifié, par exemple, du fait d'une marchandise non conforme ou en raison d'une exécution défectueuse, puisque dans ces cas il y a « inexécution » de la part du débiteur, dont les conséquences quant à l'exécution du créancier seront déterminées par les règles prévues au chapitre suivant ou par celles applicables en raison de la nature particulière du contrat ou par les règles et usages commerciaux selon le type de contrat (p. ex. article 86.2 CVIM).

2. Refus de recevoir l'exécution des obligations pécuniaires

La règle établit une distinction selon que l'obligation exécutée est pécuniaire ou non pécuniaire. Concernant les obligations pécuniaires, les systèmes romano-germaniques offrent souvent deux institutions qui permettent au débiteur d'exécuter son obligation et qui s'appliquent généralement d'une manière coordonnée : l'offre de paiement, suivie de la consignation, bien que certains systèmes n'envisagent que la consignation [articles 1.656-1.665 du code civil colombien ; articles 797-802 et 1.084 du code civil costaricain ; article 254 du code civil cubain ; articles 1.408-1.415 et 1.930 du code civil guatémaltèque ; articles 1.257-1.264 et 1.961 des codes civils français et dominicain (articles 205-207 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; articles 1.043-1.050 du code civil haïtien ; articles 1.454-1.459 du code civil hondurien ; articles 6:66 à 6:71 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 2.097-2.103 du code civil mexicain ; articles 2.055-2.068 et 2.670 du code civil nicaraguayen ; articles 1.063-1.067 du code civil panaméen ; articles 1.130-1.135 du

code civil portoricain ; articles 1.093-1.099 du code civil saint-lucien ; articles 1.306-1.313 du code civil vénézuélien].

En revanche, les pays de la *common law* n'ont pas une telle institution. L'offre de paiement (*tender of performance*) constitue une *attempted performance*. Le débiteur peut démontrer qu'il a tenté d'exécuter le contrat [*Startup v Macdonald* (1843), 134 ER 1029], ce qui lui permet de réclamer des dommages-intérêts. Mais si l'offre a pour objet une somme d'argent et si le créancier a refusé l'offre de paiement, cette offre ne libère pas le débiteur de son obligation de payer la dette, de sorte qu'il doit rester en mesure de la payer à la demande du créancier. La consignation judiciaire est un instrument uniquement relatif à l'obligation de payer dans les cas de réclamation judiciaire (p. ex. Part 36 des *Civil Procedural Rules* de la Jamaïque de 2002).

Le paragraphe deux de l'article 6.1.10 des présents Principes part de cette diversité de solutions et adopte un critère flexible, de sorte que la possibilité d'exécution alternative au moyen de l'offre de paiement et/ou la consignation n'est possible que s'il s'agit d'une formule permettant de se libérer acceptée dans le système juridique du lieu de paiement [article 7:111 PECL ; article III-2:112 (1) DCFR]. En outre, la règle s'adapte au principe classique du droit international privé, généralement accepté, selon lequel les modalités d'exécution d'une obligation sont régies par la loi du pays d'exécution et non par la loi du contrat.

3. Refus de recevoir l'exécution des obligations non pécuniaires

Les cas de refus de recevoir l'exécution des obligations non pécuniaires posent plus de problèmes et d'alternatives. Le refus d'accepter une obligation de faire ou une prestation de services empêche le débiteur d'exécuter son obligation par la faute ou dû au retard du créancier, ce qui emporte deux effets : en premier lieu, le débiteur n'est pas responsable de l'inexécution et a le droit de suspendre l'exécution de son obligation ; en second lieu, le créancier n'accomplit pas son obligation de recevoir ou accepter l'exécution, et est donc responsable de l'inexécution avec les conséquences qui en découlent conformément aux règles du chapitre suivant. D'autres conséquences additionnelles pour le créancier en retard découlent, par exemple, de l'impossibilité de recourir à la résolution du contrat pour cas de force majeure si l'obligation devient impossible dû à un événement survenu après son refus injustifié d'accepter l'exécution.

Les cas plus controversés concernent le refus d'accepter une obligation de donner, c'est-à-dire, de recevoir un bien matériel ou tangible. Lorsque ce refus est justifié, certains systèmes, en particulier quand il s'agit de régler le régime des contrats

de vente, imposent au vendeur une obligation de conservation raisonnable des biens (article 253 du code civil cubain ; section 20 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 22 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 22 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 22 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 22 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 22 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 21 du *Sale of Goods Act* de 1895 de la Jamaïque ; article 85 CVIM). De même, d'autres systèmes nuancent ce devoir, habilitant le débiteur à vendre le bien s'il est périssable ou si sa conservation entraînerait des coûts excessifs, l'obligation de livrer le bien devenant alors une obligation de payer la valeur dudit bien en remplacement (article 6:90 des codes civils néerlandais et surinamais). Les PECL prévoient également cette solution à l'article 7:110, qui permet en outre la possibilité de se libérer en remettant le bien en main propre à un tiers tout en le notifiant au créancier. Cette règle se trouve aussi dans l'article 6:66 des codes civils néerlandais et surinamais. Une réglementation similaire existe à l'article III-2:101 (1) DCFR et à l'article 97 CESL. Néanmoins, d'autres systèmes se contentent d'établir une responsabilité limitée du débiteur uniquement en cas de dol ou de faute grave (p. ex. article 1.883 du code civil colombien et article 2.292 du code civil mexicain) ou la simple transmission des risques au créancier (article 1046 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Dans les systèmes de la *common law*, la règle générale dispose que le refus par le créancier de recevoir la prestation constitue une inexécution qui autorise le débiteur à résilier le contrat conformément aux règles générales sur l'inexécution [*Stein, Forbes & Co Ltd v County Tailoring Co Ltd* (1916), 86 LKB 448 (KB)]. En effet, la revente du bien par le vendeur en cas de refus de l'acheteur de le recevoir implique en soi la résolution du contrat conformément aux conditions prévues dans les sections 48 du *Sale of Goods Act* de 1979 ; 48 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; 48 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; 48 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; 48 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; 49 du *Sale of Goods Act* du Belize ; 47 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; *RV Ward Ltd v Bignall* (1967), 1 QB 534 (CA).

La solution proposée dans le paragraphe trois du présent article est volontairement ouverte, vise à faciliter l'adoption de solutions conformes aux circonstances et est respectueuse des solutions qui découlent d'une étude comparative. Le retard du créancier constitue une inexécution de sa part, et le débiteur, à la lumière des circonstances, devra adopter des mesures raisonnables afin d'atténuer les conséquences d'une telle inexécution par le créancier, ce qui permet de considérer comme étant pertinentes les mesures de conservation raisonnables des biens ainsi que leur vente si les coûts de conservation sont excessifs.

De même que pour la consignation du paiement, dans plusieurs systèmes romano-germaniques existe la possibilité d'une exécution alternative des obligations de donner au moyen de la consignation ou du dépôt des biens [articles 1.656-1.665 du code civil colombien ; articles 797-802 et 1.084 du code civil costaricain ; article 477 du code de commerce costaricain ; article 254 du code civil cubain ; article 332 du code de commerce cubain ; articles 1.408-1.415 et 1.830 du code civil guatémaltèque ; articles 1.257-1.264 et 1.961 des codes civils français et dominicain (article 205-207 avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; articles 1.043-1.050 du code civil haïtien ; articles 1.454-1.459 du code civil hondurien ; articles 2.097-2.103 du code civil mexicain ; articles 2.055-2.068 et 2.670 du code civil nicaraguayen ; articles 1.063-1.067 du code civil panaméen ; article 768 du code de commerce panaméen ; articles 1.130-1.135 du code civil portoricain ; articles 1.093-1.099 du code civil saint-lucien ; articles 1.306-1.313 du code civil vénézuélien ; article 146 du code de commerce vénézuélien]. Une telle possibilité n'est pas caractéristique, cependant, des systèmes de la *common law*, où la consignation judiciaire est seulement envisagée comme un instrument pour l'obligation de paiement dans les cas de réclamation (p. ex. Part 36 des *Civil Procedural Rules* de la Jamaïque de 2002). De même que pour le cas de consignation du paiement, il semble raisonnable de ne laisser cette possibilité ouverte que si elle est admise comme moyen de libération ou de livraison des biens dans le système juridique du lieu de livraison. La règle finale du paragraphe trois s'adapte, en outre, au principe généralement admis en droit international privé selon lequel les modalités d'exécution d'une obligation sont régies par la loi du lieu d'exécution et non par la loi du contrat.

Étant donné que le refus d'accepter la prestation entraîne une inexécution du contrat de la part du créancier, il faut prendre en considération que les dépenses découlant d'un tel refus de la part du débiteur comportent des dommages indemnifiables qui, finalement, seront à la charge du créancier conformément aux règles sur l'inexécution contenues dans le chapitre suivant. Par conséquent, il n'a pas été considéré nécessaire d'inclure une règle spécifique telle que celle contenue aux articles 7:110 (4) PECL ; 1.883 du code civil colombien ; 1.084 du code civil costaricain ; 255 du code civil cubain ; 1.830 du code civil guatémaltèque ; 2.292 du code civil mexicain ; 2.670 du code civil nicaraguayen ; 308 du code de commerce saint-lucien ; section 37 du *Sale of Goods Act* anglaise de 1979 ; section 38 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 38 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section du 38 *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 38 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 39 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 37 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque. Par conséquent, la diligence du débiteur quant à la conservation des biens ou, le cas échéant, à leur

vente afin d'éviter la perte ou de minimiser les coûts de stockage est en réalité une manifestation du devoir d'atténuer les dommages, qui constitue un principe général de la doctrine de l'inexécution. De même, les dommages subis à cause du dépôt ou de la consignation découlent du refus du créancier de recevoir la prestation et justifient l'indemnisation due au débiteur.

Article 6.1.11 : *Autorisations publiques*

- 1. La partie tenue de solliciter et de gérer les licences et les autorisations publiques exigées comme conditions de validité ou d'exécution du contrat ou de ses obligations est déterminée conformément aux lois de police du pays concerné et, à défaut, conformément aux accords des parties.**
- 2. À défaut d'accord, il est présumé que l'obligation de solliciter et de gérer les licences et les autorisations publiques incombent à la partie qui est établie dans l'État concerné, à moins que cela ne soit déraisonnable au regard des circonstances. À défaut, l'obligation incombe à la partie qui doit exécuter l'obligation nécessitant une telle autorisation ou licence.**
- 3. L'obligation de solliciter et de gérer les autorisations et les licences mentionnées aux paragraphes précédents exige que la partie obligée apporte la diligence d'une personne raisonnable, la prise en charge des frais qui en découlent et la notification sans délai à l'autre partie de leur octroi ou refus.**

COMMENTAIRE

Cet article, inspiré de la réglementation contenue dans les articles 6.1.14 à 6.1.17 des PU, traite uniquement de l'obligation d'obtenir les autorisations et les permissions publiques nécessaires à la validité ou à l'efficacité du contrat et en particulier à son régime d'imputation et de dépenses. Il ne détermine pas les conséquences de l'absence d'obtention de ces autorisations et permissions lorsqu'elles constituent des

conditions de validité du contrat ou d'une de ses dispositions ou qu'elles limitent en quelque sorte leur efficacité. Ces questions sont régies par les règles générales relatives à l'illégalité et en particulier par celles relatives à l'impossibilité pour des raisons de force majeure. En particulier, si l'autorisation est refusée ou son octroi est retardé de manière excessive ou déraisonnable, les parties pourront invoquer le droit de résolution du contrat pour des raisons de force majeure ou pour impossibilité légale. Selon la portée de l'exigence d'autorisation concernant la validité ou l'efficacité du contrat, les règles sur l'impossibilité partielle ou temporaire seront appliquées le cas échéant. Par conséquent, un régime spécifique sur ces questions, tel que celui contenu aux articles 6.1.16 et 6.1.17 PU, n'a pas été considéré nécessaire.

Étant donné que l'obtention d'une permission ou d'une autorisation publique est une exigence impérative ou d'ordre public imposée par un système juridique national en particulier, conformément à la règle générale contenue au paragraphe III du Préambule des présents Principes, il faut appliquer en premier lieu le régime établi pour l'imputation à l'une des parties des obligations de demande et de gestion de l'autorisation selon la loi concernée. À défaut de règles spécifiques ou si ces règles sont formulées avec un caractère dispositif, le régime d'imputation de la demande et de la gestion prévu par les parties dans le contrat lui-même sera appliqué, comme cela est indiqué dans le premier paragraphe du présent article.

À défaut d'accord entre les parties, le paragraphe deux introduit une présomption *iuris tantum* qui obéit, en premier lieu, à un principe d'économie. Si seulement l'une des parties a son établissement dans le pays qui exige l'autorisation, il est considéré que cette partie est la mieux placée pour assumer la responsabilité de la demande et de la gestion en raison de sa meilleure connaissance du milieu ainsi que pour des raisons de minimisation des coûts. Cette présomption ne doit pas être interprétée de manière rigide, car conformément aux règles générales d'interprétation du contrat, selon les circonstances son application peut être considérée comme étant déraisonnable. C'est le cas, en particulier, quand la partie établie dans le pays où la licence doit être obtenue n'est pas la partie qui doit exécuter la prestation caractéristique du contrat et, par conséquent, n'a pas l'expérience ou le *know-how* de la partie chargée de la prestation caractéristique, qui est établie dans un autre État et semble mieux connaître les procédures administratives liées au contrat en question.

Exemple 1 : Deux sociétés d'exploitation minière passe un contrat pour constituer une *joint venture* afin d'exploiter ensemble une mine de diamants dans le pays X. L'une des sociétés est établie dans le pays X, tandis que l'autre a son siège dans le pays Y. La constitution de la *joint venture* exige l'obtention de permissions d'exploration et

d'exploitation octroyées par les autorités du pays X. La demande et la gestion de ces permissions sont à la charge du partenaire placé dans le pays X.

Exemple 2 : Le propriétaire d'un vaste terrain dans le pays X passe un contrat avec une entreprise pétrolière étrangère afin d'exploiter ses terrains. Le contrat exige l'obtention d'autorisations publiques différentes (industrie, agriculture, environnement, etc.). Bien que la règle exige en principe que le propriétaire obtienne de telles autorisations, l'imputation d'une telle responsabilité ne semble pas raisonnable et elle incombe à l'entreprise pétrolière, qui est chargée de la prestation caractéristique et qui a l'expérience et le *know how* nécessaire pour la gestion des autorisations dans ce cas.

L'obligation de demander et de gérer les autorisations par la partie chargée de l'obligation contractuelle soumise à l'autorisation est envisagée subsidiairement. En principe, cette règle lie l'obtention de l'autorisation à la prestation caractéristique. Une telle présomption s'applique quand aucune des parties n'est établie dans le pays qui exige l'autorisation ou, au contraire, quand plusieurs parties sont établies dans cet État. Ce critère sera également appliqué s'il est considéré déraisonnable d'exiger la demande et la gestion de l'autorisation de la partie établie dans cet État.

La responsabilité de demander et de gérer l'autorisation comporte, selon le paragraphe trois du présent article, la mise en pratique des démarches nécessaires pour obtenir l'autorisation avec une diligence raisonnable, conformément à la règle des plus grands efforts. Il s'agit d'une exigence particulièrement importante, étant donné que le refus ou la non obtention de l'autorisation emporte le droit de résilier le contrat de la part de l'une des parties en vertu de l'impossibilité légale d'exécution. Tandis que la partie qui n'est pas chargée de la demande et de la gestion de l'autorisation ne rencontre pas d'obstacles afin de démontrer le caractère insurmontable et extérieur de l'événement légal qui rend l'exécution impossible ou comporte un cas de force majeure, à condition qu'elle ait dûment collaboré avec l'autre partie dans la procédure, en particulier en ce qui concerne la fourniture d'information, la partie chargée de ces obligations par rapport à l'autorisation doit prouver ses meilleurs efforts et sa diligence raisonnable si elle veut invoquer la résolution du contrat en raisons de l'impossibilité légale. Dans ce sens, l'exigence d'une notification diligente s'adapte également aux conditions exigées pour justifier l'inexécution et avoir le droit de résilier le contrat pour impossibilité ou force majeure.

En outre, l'obligation de demander et de gérer les autorisations implique l'obligation d'assumer les dépenses découlant de la procédure en question. Il s'agit de la simple application du principe général qui dispose que l'exécution d'une obligation comporte

la prise en charge des dépenses découlant de l'exécution de cette obligation par la partie qui s'en charge, comme cela est prévu par le présent article.

Article 6.1.12 : Coûts de l'exécution

Sauf stipulation contraire, chaque partie supporte les frais de l'exécution de ses obligations.

COMMENTAIRE

Les frais et les dépenses occasionnés par l'exécution des obligations peuvent être fixés dans le contrat de manière explicite ou implicite. Dans de nombreux cas, la partie devant prendre en charge des dépenses est déterminée conformément aux termes commerciaux uniformes utilisés (Incoterms) ou en vertu des usages du commerce international. À défaut des critères à cet égard dans le contrat, la règle généralement acceptée dans le commerce international consiste à ce que chaque partie assume les dépenses inhérentes à l'exécution de ses obligations [article 1.629 du code civil colombien ; article 909 du code de commerce colombien ; article 784 du code civil costaricain ; article 337 du code civil cubain ; article 1.248 des codes civils français et dominicain (article 192 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; article 1.399 du code civil guatémaltèque ; article 1.034 du code civil haïtien ; article 6:47.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; 1.433 du code civil hondurien ; article 2.086 du code civil mexicain ; article 382 du code de commerce mexicain ; article 2.009 du code civil nicaraguayen ; article 1.055 du code civil panaméen ; article 1.122 du code civil portoricain ; article 256 du code de commerce portoricain ; article 1.084 et 1.405 du code civil saint-lucien ; article 330 (5) du code de commerce saint-lucien ; article 1.297 du code civil vénézuélien ; section 29.6 du *Sale of Goods Act* anglaise 1979 ; section 30.5 du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda ; section 30.5 du *Sale of Goods Act* de Montserrat ; section 30.5 du *Sale of Goods Act* des Bahamas ; section 30.5 du *Sale of Goods Act* de Trinité-et-Tobago ; section 31.5 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 29.5 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; article 6.1.11 PU ; article 7.112 PECL ; article III-2:113 (1) DFCR].

Section 2 : Compensation

Article 6.2.1 : Conditions et effets de la compensation

- 1. Lorsque deux personnes sont, réciproquement et à titre principal, débitrices l'une envers l'autre, chacune d'elles peut compenser la dette qu'elle a à l'égard de l'autre. Les deux parties doivent avoir le pouvoir de disposition de leurs droits.**
- 2. La compensation a pour effet d'éteindre les deux dettes à compter du jour de sa notification.**
- 3. Si les dettes diffèrent dans leur montant, la compensation les éteint à concurrence du montant de la dette la moins élevée.**

COMMENTAIRE

1. Systèmes comparés de compensation

La deuxième section du présent chapitre trois, fidèle à la nature des choix des Principes OHADAC, insère une règle conventionnelle de la compensation. Bien qu'elles ne présentent pas le caractère exhaustif d'un régime légal de compensation, à l'instar de celui ayant inspiré les autres textes internationaux, les règles contenues dans la présente section s'inspirent d'une approche comparative des systèmes légaux existant dans les droits caribéens et visent à garantir la transparence et la souplesse des relations juridiques.

Dans les pays issus du modèle romano-germanique, la compensation est de nature matérielle, alors que dans les systèmes de *common law* la compensation est conçue originellement comme une institution de nature strictement procédurale (*independent set-off*). Dans ce dernier cas, la simultanéité d'extinction des dettes des parties concernées se produira seulement à compter de sa déclaration judiciaire. Jusqu'à ce moment-là, il convient de recourir à tous les moyens prévus par la loi et par le contrat pour obtenir l'exécution du contrat, sans que le débiteur ne puisse invoquer ou déclarer la compensation.

Cette brèche entre les deux familles de droit est, toutefois, moins importante qu'elle ne le paraît. D'un côté, dans les systèmes anglo-saxons il existe ensuite ce qui est dénommé le *transactional set-off*, dont la nature matérielle a été reconnue par la doctrine et la jurisprudence [*Hanak v Green* [1958], 2 QB 9, 29 ; *BICC plc v Burndy Corp* [1985], RPC 273, 315 ; *Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc (The*

Nanfri (1978), 1 QB 927, 981F ; *Aectra Refining and Manufacturing Inc v Exmar NV* (1994), 1 WLR 1634, 1649 ; *Eller v Grovecrest Investments Ltd* (1995) 1 QB 272 ; *Modern Engineering (Bristol) Ltd v Gilbert-Ash Northern Ltd* (1974), AC 689, 717 ; le *transaction set-off* est considéré comme un moyen de paiement dans l'affaire *Burton v Mellham* (2006), UKHL 6, 23]. D'un autre côté, dans les systèmes romano-germaniques, le juge peut déclarer la compensation y compris quand les conditions ne sont pas réunies au regard de l'système juridique concerné par la compensation légale et qu'elle n'a pas non plus été contractuellement prévue.

2. L'exigence de réciprocité

La réciprocité des créances constitue une condition indispensable à la compensation légale, de sorte que les autres conditions servent seulement à permettre son effet automatique. Il s'agit d'éviter que la créance d'une personne soit utilisée sans son consentement en vue de satisfaire la dette d'une autre. Par conséquent, en principe il n'est pas possible de procéder à une compensation par l'emploi d'une créance extérieure à la dette, ni une dette extérieure à la créance.

À titre général, nombre de systèmes prévoient la réciprocité comme condition à la compensation légale. L'article 1.289 des codes civils français et dominicains disposent simplement que les deux personnes doivent être débitrices l'une envers l'autre. De la même manière, cela est établi par l'article 1.714 du code civil colombien ; article 1.073 du code civil haïtien ; article 2.141 du code civil nicaraguayen ; article 13:101 PECL ; article III-6:102 DCFR ; article 8.1 PU. L'article 218 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ne fait plus référence à des dettes mais à des « obligations réciproques ». Les autres codes (article 806 du code civil costaricain ; article 1.469 du code civil guatémaltèque ; article 1.473 du code civil hondurien ; article 2.185 du code civil mexicain ; article 1.081 du code civil panaméen ; article 1.149 du code civil portoricain) contiennent une formulation plus concrète que l'article 1.195 du code civil espagnol, qui dispose que les deux personnes doivent être créancière et débitrice l'une de l'autre du fait de leur propre droit. Il en découle directement que si des personnes spécifiques (représentants, agents, héritiers, associés, etc.) ont un lien particulier avec le patrimoine d'autrui, elles ne peuvent pas compenser leur dette avec ce patrimoine vu que dans ce cas elles ne le feraient pas en vertu de leur propre droit. Suivant cette ligne, le paragraphe trois de l'article 6:127 des codes civils néerlandais et surinamais dispose que le droit de compenser n'existe pas dès lors que la créance et l'obligation du débiteur ou de l'autre partie appartiennent à des patrimoines séparés. Les articles 1.474 du code civil hondurien, 1.082-1 du code civil panaméen et 1.150-1 du code civil portoricain disposent en outre, à l'instar de

l'article 1.196 du code civil espagnol, que chacun des débiteurs devra l'être à titre principal et à son tour créancier principal de l'autre. De cette règle découle l'impossibilité pour le débiteur de compenser par une créance dont le débiteur est titulaire à titre accessoire (comme le garant), ou que celui-ci le fasse alors qu'il n'est engagé qu'à titre accessoire.

Dans les systèmes de *common law*, la condition de réciprocité entre débiteur et créancier (*mutuality*) apparaît fondamentale. Dans le cadre de l'*independent set-off*, les lois ne permettent pas la compensation, dès lors que, dans l'intérêt du bénéficiaire du *trust*, le fiduciaire compense la dette du bénéficiaire avec une créance dont ce dernier est titulaire. La prise en compte du titulaire de la créance (*see through*) est toutefois possible en équité [*Bankes v Jarvis* (1903) 1 KB 549, 552]. Il est possible que le bénéficiaire compense avec une contre-crédence que le fiduciaire détient en son nom [*Cochrane v Green* (1860) 9 LB (n.s.) 448, 464, sans aucune certitude en ce sens *Middleton v Pollock, ex parte Nugee* (1875), LR 20 Eq 29]. Dans le *transactional set-off*, il existe une jurisprudence (controversée) qui admet la possibilité d'assouplir les conditions de la réciprocité en permettant la compensation par le locataire d'un logement en contrepartie d'une créance détenue par le précédent propriétaire [*Smith v Muscat* (2003), EWCA Civ. 962]. De même, il est considéré que la condition de réciprocité doit être assouplie lorsque, par exemple, un tiers vend des biens au fiduciaire dans une transaction autorisée par le *trust* et que le fiduciaire paie le prix avec son propre patrimoine. Dans ce cas, ce paiement devrait permettre de compenser les dommages causés pour les défauts sur les biens.

En marge de la règle générale, certains codes civils de la zone OHADAC ont prévus des exemples spécifiques de défaut de réciprocité. Ainsi, les articles 1.716 du code civil colombien et 2.141 du code civil nicaraguayen convergent pour disposer que le débiteur principal ne peut pas opposer à son créancier par voie de compensation ce que le créancier doit à son garant, ni le débiteur d'un pupille qui sera enjoint de payer par le tuteur ou le curateur ne pourra opposer par voie de compensation ce que le tuteur ou le curateur lui devra à lui. Les deux codes régissent immédiatement la compensation avec une créance du codébiteur solidaire de manière divergente : conformément à l'article 1.716 du code civil colombien, la compensation n'est pas autorisée sauf si le codébiteur titulaire de la contre-crédence l'autorise, alors que conformément à l'article 2.142 du code civil nicaraguayen elle est autorisée sans avoir besoin qu'un quelconque codébiteur co-titulaire de la contre-crédence n'intervienne. Une autre hypothèse spécifique est traitée particulièrement par l'article 1.474 du code civil guatémaltèque, qui ne permet pas au courtier ou tout autre intermédiaire de

compenser les sommes qu'il recevra pour acheter des choses déterminées, ni de compenser le prix qui lui sera remis pour les choses qu'il vend par l'argent que le commettant lui doit. Enfin, au titre de l'article 2.143 du code civil nicaraguayen, concernant les titres à ordre le débiteur ne pourra pas compenser avec le tiré ce que lui devraient des précédents tireurs.

Outre certaines règles spéciales, il existe des dérogations spécifiques posées à la règle générale. Les trois plus importantes sont la possibilité de compenser après avoir produit une cession de la créance principale, la possibilité d'invoquer la compensation comme contre-créance qu'un autre débiteur solidaire présente au créancier et la possibilité que le garant oppose la compensation pour ce que le créancier doit à son débiteur principal. Les deux premières dérogations à la condition de réciprocité sont régies par la section 1 du chapitre 8 et par la section 4 du chapitre 4 des présents Principes.

La troisième dérogation, relative au garant, qui compense face à l'impossibilité du débiteur d'opposer la compensation par une créance du garant, est expressément reconnue dans les articles 1.294 des codes civils français et dominicain (maintenu à l'article 225 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013), 1.475 du code civil guatémaltèque, 1.078 du code civil haïtien, 2.145 du code civil nicaraguayen, 1.083 du code civil panaméen, 1.151 du code civil portoricain, 1.121 du code civil saint-lucien et 1.336 du code civil vénézuélien. L'article 2.198 du code civil mexicain permet expressément au garant poursuivi par le créancier d'opposer la compensation par une créance personnelle qu'il met au profit du débiteur principal. L'article 6:139 des codes civils néerlandais et surinamais traitent du garant et en général de la personne dont les biens servent de garantie pour la dette de l'autre, mais ne leur attribuent pas la prérogative qui vient d'être mentionnée. Ils peuvent seulement invoquer la suspension de leur responsabilité alors que le créancier peut déclarer la compensation avec une créance du débiteur. Il s'agit donc d'une exception dilatoire dans le sens du § 770 du code civil allemand ou de l'article 121 du code civil suisse, où dans ces deux droits la compensation peut également intervenir par déclaration. Le garant et la personne, dont les biens servent de garantie pour la dette de l'autre, peuvent également invoquer qu'ils sont libérés de leur responsabilité si le créancier a perdu son droit de compenser, à moins qu'il n'ait des motifs raisonnables pour renoncer à ce droit ou qu'il ne soit pas responsable de leur perte.

L'article 1.717 du code civil colombien prévoit enfin une dérogation particulière : le mandataire peut compenser avec une créance propre la créance qu'un tiers détient à l'égard du mandant, en se portant garant que le mandant validera la compensation.

Mais il ne peut pas compenser une créance qu'un tiers détient contre lui avec une créance de son mandant, à moins que le même mandant ne l'accepte.

En *common law* il faut se référer à l'institution des *interveners*. Il s'agit de personnes spécifiques (cessionnaires de la créance, titulaires d'une *floating charge*, créancier qui détient une *Mareva injunction*, le représenté dont le représentant a conclu un contrat sans préciser qu'il agissait en son nom, etc.) dont l'intervention fait cesser la situation de réciprocité. Il faudra analyser pour chaque cas s'il faut donner la priorité à la fonction de garantie de la compensation ou à l'intérêt du tiers qui intervient. De même, il faudra prendre en compte le type de *set-off*. La règle générale, dans ce cas, est que le débiteur devra compenser face à l'intervenant de celui-ci tout comme il l'aurait fait face à son créancier si la créance et la contre-créance avaient émané ou découlé d'une transaction effectuée avant le moment où le débiteur a eu connaissance de l'intervention. L'*independent set-off* est encadré par des conditions supplémentaires.

Au regard des Principes OHADAC, une dette personnelle ne peut pas non plus être compensée par une créance extérieure, ni une dette extérieure par une créance propre. D'un côté, la conception commune de la condition de réciprocité fait que les présents Principes ne contreviennent pas aux traditions juridiques de la zone OHADAC. D'un autre côté, il faut souligner qu'il s'agit de règles de compensation non imposées par la loi, mais soumises à la volonté des parties, ce qui donne la possibilité de les limiter au cadre des relations entre les parties contractantes.

Il a été opté également pour la formulation de l'article III-6:102 (c) DCFR, qui s'avère très adapté puisqu'il en découle non seulement l'impossibilité pour les mandataires, *trustees*, etc. de compenser une dette personnelle avec une créance de leur mandataire, bénéficiaire, etc. mais également l'impossibilité de compenser avec ou à l'encontre d'une créance faisant l'objet d'une saisie.

La dérogation traditionnelle de la condition de réciprocité au profit du garant n'a pas été incluse. Comme cela a déjà été vu, cette solution est justifiée par l'effet automatique de la compensation et n'est pas prévue dans les systèmes où la compensation est opérée par déclaration.

3. Régime des effets de la compensation

La qualification matérielle ou procédurale peut influencer principalement sur le régime des effets de la compensation. Dans les systèmes de la zone OHADAC qui sont issus de la tradition française et espagnole la compensation légale se produit de manière automatique, y compris quand les parties ignorent que les conditions fixées

légalement sont réunies (article 1.715 du code civil colombien ; article 809 du code civil costaricain ; article 1.290 des codes civils dominicain et français, maintenu à l'article 223 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 1.074 du code civil haïtien ; article 1.480 du code civil hondurien ; article 2.186 du code civil mexicain ; article 2.140 du code civil nicaraguayen ; article 1.088 du code civil panaméen ; article 1.156 du code civil portoricain ; article 1.118 du code civil saint-lucien ; article 1.332 du code civil vénézuélien). L'effet automatique de la compensation est peu satisfaisant du point de vue de la sécurité juridique, vu que l'existence ou non de la créance dans le patrimoine du créancier dépendra exclusivement de l'existence des conditions légales, qui parfois s'avèrent difficiles à déterminer. Toutefois, les conséquences de l'effet automatique de la compensation légale dans ces systèmes sont notablement influencées par le fait que le juge ne peut pas apprécier d'office la compensation, mais que la compensation survenue doit être rapportée par l'une des parties au procès. Du fait de cette correction sur le plan procédural, la solution franco-hispanique se rapproche de celle suivie par les systèmes continentaux d'influence allemande, selon lesquels la compensation se produit uniquement à partir d'une déclaration. Par conséquent, ses effets sont rétroactifs à compter du moment où les conditions légalement prévues sont réunies (situation ouvrant droit à la compensation). La même solution est retenue dans les articles 6:127 et 6:129 des codes civils néerlandais et surinamais ; l'article 302 du code civil cubain ; et l'article 1.471 du code civil guatémaltèque.

Le choix d'une variante n'est toutefois pas dénué de conséquences. En premier lieu, dans les systèmes où la compensation est opérée automatiquement, le paiement qui est réalisé, si les conditions pour la compensation sont réunies, est considéré comme une renonciation à la compensation (p. ex. article 1.299 des codes civils français et dominicain ; article 1.084 du code civil haïtien). La renonciation volontaire à éteindre la créance personnelle signifie que les tiers ne devraient pas être lésés par cette décision, sauf si le créancier a ignoré son droit de compenser, dans ce cas pourrait intervenir une *condictio indebiti*. Dans les systèmes nécessitant une déclaration, à défaut il n'y aura pas de compensation à laquelle renoncer, par conséquent il n'y a pas de possibilité d'exercer une *condictio indebiti* pour récupérer ce qui avait été payé. Or, dans les deux hypothèses, l'application d'intérêts de retard n'a plus lieu d'être ni la mise en œuvre des éventuelles clauses pénales. Celui qui déclare la compensation aura droit au remboursement des intérêts ou des sommes d'argent réglées à ce titre à compter du moment où la compensation s'est produite ou de la situation ouvrant droit à la compensation.

En second lieu, dans les systèmes où la compensation est opérée automatiquement, en principe les débiteurs solidaires qui ne détiennent pas de contre-crédance pourront invoquer la compensation survenue dès lors que le créancier s'adressera à l'un quelconque d'entre eux. Dans les systèmes où la compensation nécessite une déclaration du titulaire de la contre-crédance, en principe les autres débiteurs solidaires ne peuvent pas se substituer à lui en déclarant eux-mêmes la compensation. La compensation aurait donc le caractère d'une dérogation personnelle.

En troisième lieu, si la compensation est automatiquement opérée, à compter du moment où les conditions légales sont réunies, la cession de l'une quelconque des créances objet de la compensation se répercutera, en réalité, sur la créance déjà éteinte. C'est pourquoi, dans les systèmes qui prévoient cette solution, le cessionnaire en principe peut seulement faire valoir sa propre créance dès lors qu'il y aura renonciation à compensation par le débiteur, celle-ci étant implicitement exprimée au travers de la cession. Dans les systèmes où une déclaration est requise pour compenser, la fin de la réciprocité dans les positions du débiteur et du créancier suite à la cession de la créance vaut impossibilité de déclarer la compensation postérieurement à ladite date. Toutefois, dans ces systèmes la déclaration de compensation est permise à titre exceptionnel et avec des mesures de protection du cessionnaire bien précises.

Enfin, si les créances réciproques s'éteignent automatiquement au moment où les conditions de la compensation sont réunies, la prescription ultérieure de l'une des créances n'a pas d'importance. Si la situation ouvrant droit à la compensation est nécessaire au moment de la déclaration, en principe la compensation n'est pas nécessaire dès lors que cette situation ouvrant droit à la compensation serait intervenue préalablement, par exemple par prescription de l'une des créances. Par conséquent, dans les systèmes où la compensation a des effets rétroactifs après la déclaration, la possibilité de compenser avec une créance prescrite doit être expressément prévue [p. ex. article 6:131 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.472 du code civil guatémaltèque]. Cette possibilité est importante pour ce qui concerne la contre-crédance. Si la créance principale est déjà prescrite, il suffira au débiteur d'invoquer sa prescription.

Dans les systèmes de la *common law* la compensation a, en règle générale, un effet *ex nunc*. Cet effet est clair dans l'*independent set-off*, pour lequel il ne s'avère pas important que la créance et la contre-crédance émanent d'une même relation juridique ou de relations juridiques étroitement liées. La compensation contractuelle ne présente pas non plus d'effet rétroactif, même si le fait d'avoir convenu de la

possibilité de compenser cette possibilité subsiste malgré la cession du crédit principal tant que le débiteur n'en a pas été informé. Toutefois, il n'existe aucune certitude absolue sur les effets du *transactional set-off*, justifié par la connexité entre la créance et la contre-créance. Il a été avancé que le *transactional set-off* devrait revêtir un caractère rétroactif en tant que retard de paiement au moment où la contre-créance est parvenue à échéance. Il a également été considéré que si la compensation est opposée avant que le créancier n'ait actionné les recours extrajudiciaires (*self-help remedies*), le créancier ne pourra plus y recourir dans le cas où la compensation viendrait à éteindre intégralement sa créance [*Eller v Grovecrest Investments Ltd* (1995), 1 QB 272, 278E ; *Fuller v Happy Shopper Markets Ltd* (2001) 1 WLR 1681, 1690D]. Mais le créancier doit pouvoir actionner ces recours au cas où le débiteur ne déclarerait pas la compensation. Si au contraire, la compensation est invoquée comme moyen de défense face à une créance litigieuse, il est considéré que, dans ce cas, elle devrait avoir un effet rétroactif. Un autre courant considère que le *transactional set-off* n'éteint pas légalement la créance, mais qu'il serait abusif de la part du créancier d'exercer les recours que le contrat lui confère.

La règle contenue tant dans les PU (article 8.5) ainsi que dans les PECL (article 13:106) et le DCFR (article III-6:107) opte pour une solution propre aux pays nordiques : la compensation avec effet *ex nunc* suite à la notification correspondante de l'une des parties envers l'autre. C'est une solution optimale du point de vue de la sécurité juridique et qui facilite en outre les relations juridiques, vu que l'existence de la situation ouvrant droit à la compensation est importante seulement au moment de procéder à la déclaration.

Au regard des solutions existantes, il pourrait paraître à première vue que dans les Principes OHADAC il serait possible d'opter pour une compensation automatique ou *ipso iure*, avec effets *ex tunc* à partir de sa déclaration ou avec effets *ex nunc*. La première des trois solutions est celle qui prédomine dans les systèmes de la zone OHADAC. Toutefois, il ne s'agit pas d'une solution appropriée pour assouplir les relations juridiques transfrontalières dans la région. Au contraire, il semble que faire dépendre la compensation de la déclaration est la meilleure solution du point de vue de la sécurité juridique.

Toutefois, il n'est pas recommandé d'attribuer un effet rétroactif à cette déclaration. En effet, dans les systèmes de la *common law* l'effet rétroactif de la compensation n'est accepté, et encore avec quelques nuances, que dans le cadre du *transactional set-off*. En outre, cette solution peut inciter le débiteur, qui serait intéressé à déclarer la compensation le plus tôt possible pour éviter l'échéance des intérêts de retard ou de

l'activation des recours contractuels ou extracontractuels pour inexécution. Si le débiteur veut déclarer la compensation avec effet rétroactif ou veut faire valoir l'effet automatique il lui reste toujours le recours à l'système national qui intervient comme l'ultime règle applicable. De même, il convient d'envisager la possibilité de prévoir un accord de compensation avec effets rétroactifs.

Enfin, la compensation a pour effet d'éteindre les dettes compensées, soit intégralement s'il y a coïncidence entre le montant ou la valeur, soit partiellement si les montants diffèrent, dans ce dernier cas la compensation aura pour effet de réduire la dette la plus élevée pour le montant de la dette du montant le plus faible, qui sera la seule à être intégralement éteinte.

Article 6.2.2 : *Dettes susceptibles de compensation*

- 1. La compensation peut être déclarée quand les deux dettes sont des sommes d'argent ou portent sur des choses fongibles de même nature et qualité, si celles-ci sont indiquées.**
- 2. Lorsque des dettes en sommes d'argent doivent être payées dans des monnaies différentes, la compensation ne peut s'exercer que si les deux monnaies sont librement convertibles et si les parties n'ont pas convenu que le déclarant de la compensation paierait sa dette exclusivement dans une monnaie déterminée.**
- 3. La compensation ne peut être déclarée que si les deux dettes sont échues et exigibles.**
- 4. La compensation ne peut pas être exercée si la créance n'est pas certaine dans son existence ou dans son montant, à moins que cela ne porte pas préjudice aux intérêts du créancier. Dès lors que les droits des deux parties découlent de la même relation juridique, l'intérêt du créancier est présumé non lésé.**

COMMENTAIRE

1. Dettes susceptibles de compensation dans les systèmes juridiques nationaux de l'OHADAC

Dans tous les systèmes juridiques de la zone OHADAC, la compensation est possible pour les dettes monétaires. La majorité des systèmes romano-germaniques prévoient, en outre, que la compensation pourra avoir lieu dès lors que les deux dettes ont pour objet des choses fongibles échangeables, à savoir qui soit de même nature (article 1.715 du code civil colombien ; article 1.291 des codes civils français et dominicain ; article 1.075 du code civil haïtien) et de même qualité (article 806 du code civil costaricain ; article 1.470 du code civil guatémaltèque ; article 1.474.2 du code civil hondurien ; article 2.187 du code civil mexicain ; article 2.140.1 du code civil nicaraguayen ; article 1.082 du code civil panaméen ; article 1.150 du code civil portoricain ; article 1.118 du code civil saint-lucien ; article 1.333 du code civil vénézuélien). L'article 2.151 du code civil nicaraguayen dispose, de surcroît, que les obligations d'exécuter des actes ne sont pas compensables. L'article 1.723 du code civil colombien et l'article 2.156 du code civil nicaraguayen dérogent partiellement à cette règle : si les dettes sont payables dans des lieux différents, la compensation n'est possible que si les deux dettes sont monétaires. Dans ce cas, la règle générale s'applique à savoir que celui qui fait valoir la compensation devra tenir compte des coûts de la remise (article 6.2.3 des présents Principes). La condition de la qualité similaire n'est pas expressément visée par l'article 1.291 des codes civils français et dominicain (à la différence de l'article 219 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013, qui l'indique expressément) ni par l'article 1.075 du code civil haïtien. Toutefois, ces codes prévoient la possibilité de compenser une dette monétaire avec une dette de céréales ou en nature non contestée dont la valeur sera fixée par les cours du marché. Les codes civils néerlandais et surinamais ne font pas référence à ces conditions. D'autre part, dans le cadre de la *common law* un consensus existe permettant la compensation de dettes monétaires, mais pas des dettes portant sur des biens fongibles.

En général, la compensation des dettes exprimées en monnaies différentes est possible si les parties n'ont pas convenu d'une exécution dans une devise en particulier et si les deux monnaies sont librement convertibles. Or, tenant en compte des cours fluctuants de l'argent, il devrait être considéré comme étant impossible de compenser en monnaie étrangère. Cela est prévu aux articles 8.2 PU, 13:103 PECL et III-6:104 DCFR, pourvu qu'il n'ait pas été convenu entre les parties que le paiement de la dette se ferait exclusivement dans une seule devise. Dans les systèmes de la *common law* il est également permis de compenser avec des monnaies différentes, bien qu'il existe

une grande incertitude quant à la date à prendre en compte pour effectuer la conversion. Si la compensation est contractuelle, la date de la conversion sera celle convenue entre les parties. Si la compensation a été exercée par voie extrajudiciaire, il est considéré que la date de la conversion dont le juge devra tenir compte pour effectuer la conversion de la monnaie sera la date à laquelle la compensation a été déclarée ou, dans le cas où elle présenterait d'éventuels effets rétroactifs, à compter du jour où les conditions pour la compensation sont réunies. Dans le cas d'une *transaction set-off* qui est exercée pour la première fois par voie judiciaire, la date importante pour la conversion pourra être celle à laquelle la contre-crédance a liquidé ou diminué la créance principale. Mais si le rapport entre les créances est ténu, il sera possible de retenir comme date importante, la date du jugement. Si au contraire, les conditions de l'*independent set-off* sont réunies, il faudrait tenir compte de la date du jugement. Dans ce cas, il n'est pas considéré comme étant satisfaisant le fait de laisser le choix aux parties d'écarter la compensation en exerçant la conversion le jour de l'exécution respective.

D'autre part, la compensation légale est uniquement possible si elle porte sur des dettes dont l'exécution peut être réclamée. Cela requiert que certaines conditions ou certains délais (échéance) soient remplies et qu'il s'agisse, en général, de dettes exigibles. Par conséquent, les obligations nulles et les obligations naturelles ne sont pas compensables. Bien que certains systèmes de la zone OHADAC suivent le modèle de l'article 1.196 du code civil espagnol qui exige expressément que la dette soit arrivée à échéance et qu'elle soit exigible (article 1.474.3 du code civil hondurien ; article 1082.3 et 4 du code civil panaméen ; article 1150.3 et 4 du code civil portoricain), la majorité des systèmes considèrent qu'il n'est pas nécessaire que le délai soit spécifié. Le paragraphe deux de l'article 6:127 des codes civils néerlandais et surinamais emploie des termes plus diffus : celui qui compense doit être habilité à exécuter sa propre obligation et à demander l'exécution à l'autre partie. Dans la *common law*, il est exigé que les créances soient « *mature* », c'est-à-dire « *due and payable* ». Une créance est « *due* » dès lors qu'il est possible d'engager une action ayant pour objet la dette. Si la créance est « *payable* » cela dépendra du moment prévu au contrat pour le paiement. Il est possible de demander en justice la compensation avec une contre-crédance qui serait venue à échéance après la créance principale, et ce seulement si la contre-crédance est arrivée à échéance avant le début de la procédure.

En règle générale, il est également considéré que pour que la compensation puisse être exercée, il faut connaître l'existence et le montant de la dette. La rigidité de la

condition de la liquidité, retenue expressément dans la majorité de codes civils de la zone OHADAC (article 1.715.2 du code civil colombien ; article 806 du code civil costaricain ; article 301 du code civil cubain ; article 1.291.1 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 219 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations ; article 1.470 du code civil guatémaltèque ; article 1.075 du code civil haïtien ; article 1.474.4 du code civil hondurien ; article 2.188 du code civil mexicain ; article 2.140.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.082.4 du code civil panaméen ; article 1.150.4 du code civil portoricain ; article 1.118 du code civil saint-lucien ; article 1.333 du code civil vénézuélien), est parfois contrebalancée par la voie procédurale. Une mention spéciale doit être faite à l'article 2.189 du code civil mexicain, selon lequel la dette est liquide dès lors que son montant a été déterminé ou pourra être déterminé dans un délai de neuf jours. À noter également l'article 2.146 du code civil nicaraguayen, selon lequel pour pouvoir opposer la compensation, il n'est pas nécessaire que la créance sur laquelle il porte soit reconnue. Si la compensation n'est pas admise, le débiteur pourra invoquer tous les moyens de défense dont il dispose. Dans la *common law* il convient à nouveau de faire la distinction entre les différents types de compensation. Dans le *transactional set-off*, le débiteur peut faire valoir sa contre-crédance même si elle n'est pas encore liquide. Cet avantage lui est conféré du fait du lien étroit qui existe entre la créance et la contre-crédance. Or, le *transactional set-off* n'est pas non plus autorisé dès lors que la contre-crédance du débiteur est aussi incertaine que pour en établir l'existence de larges investigations seraient nécessaires [*Rawson v Samuel* (1840), Cr. Fh. 161, 183]. Cette possibilité semble également exister à Sainte-Lucie, puisque l'article 1.127A du code civil saint-lucien prévoit que la compensation sera possible dans tous les cas où l'on peut s'en prévaloir conformément à la loi d'Angleterre. D'autre part, dans l'*independent set-off*, les créances réciproques doivent être liquides ou rapidement et facilement liquidables en justice. Le débiteur ne peut que faire valoir sa contre-crédance à titre reconventionnel, s'il remplit les conditions pour le faire [*Bennett v White* (1910), 2 QB 643, 648 ; *Stooke v Taylor* (1880) 5 QB D 569, 575].

De manière similaire, en application de l'article 6:136 des codes civils néerlandais et surinamais, si le juge ne peut pas déterminer facilement si la contre-crédance est produite de manière justifiée ou non, il peut simplement ignorer la compensation qui est invoquée. De même, les PECL (article 13:102) et le DCFR (article III-6:103) ont recours au pouvoir discrétionnaire du juge au regard des intérêts en jeu. Le juge peut autoriser la compensation avec une créance non liquide s'il considère que cela ne nuit pas aux intérêts du créancier. Par exemple, parce que la détermination du montant de la créance n'entraîne pas un prolongement significatif de la durée du processus. Et les

intérêts du créancier sont considérés comme non lésés, s'il s'agit de créances connexes. Ce dernier point s'explique précisément du fait que la créance et la contre-crédence émanent de la même relation juridique ce qui permet de présumer que la détermination de leur montant aura lieu simultanément. Il s'agit d'une présomption *iuris tantum*, mais il faut reconnaître que dans la grande majorité des cas, la négociation de la connexité ne nuira pas aux intérêts du créancier. Par conséquent, si cette solution n'impose pas comme condition indispensable la liquidité, cette dernière ne devra pas par contre nuire au droit du créancier. Une solution plus dure est prévue par l'article 8.1 (2) des PU, qui pose simplement la condition de l'existence et de la liquidité de la créance, sauf pour les créances connexes.

2. Créances compensables dans les Principes OHADAC

Dans les Principes OHADAC il a été considéré que pouvaient être compensés non seulement les créances qui ont pour objet une somme d'argent mais également les objets fongibles de même nature et qualité, si ainsi les parties en ont convenu. La limite qui existe dans le cadre du *independent set-off* et du *transactional set-off* ne constitue pas un obstacle à la présente solution, encadrée par la compensation contractuelle.

D'un autre côté, vu que les Principes OHADAC visent les relations transfrontalières il est préférable d'insérer une règle spécifique sur la compensation de dettes exprimées dans différentes monnaies. Outre que cela est permis chaque fois que l'exécution du contrat n'aura pas été convenue dans une monnaie déterminée et que les deux monnaies sont convertibles, pour la détermination de la conversion les règles prévues au paragraphe trois de l'article 6.1.8 des présents Principes s'appliqueront *mutatis mutandis*. De ce fait, le taux de change sera normalement celui qui aura été désigné lors de la notification de la déclaration au lieu où le paiement de la dette compensée devra être effectué.

Le défaut de liquidité constitue un obstacle important, puisqu'il constitue une impossibilité de déterminer si l'extinction de la créance principale va être (ou a été) totale ou partielle. D'un côté, il semble peu raisonnable que le débiteur n'ait pas la possibilité d'opposer la compensation si la contre-crédence n'est pas liquide car cela empêche d'exécuter l'obligation et de faire face, par conséquent, aux recours éventuels pour retard ou inexécution dont le titulaire de la créance principale disposerait. Mais d'autre part, la détermination du montant de la contre-crédence dans le processus peut avoir pour conséquence de faire augmenter considérablement la durée de ce dernier et celle-ci pourrait être mise à profit par le débiteur pour retarder frauduleusement l'exécution, ou au moins pour ce qui concerne la partie de la créance

qui excède celle de la contre-créance. Dans le cadre des Principes OHADAC, il est préférable de trouver une solution qui ne nécessite pas d'avoir recours à des droits procéduraux nationaux. Il a été considéré que le fait d'attribuer un certain pouvoir discrétionnaire au juge, conformément au modèle proposé par les articles 13:102 PECL et III-6:103 DCFR, est une solution appropriée.

Article 6.2.3 : *Dettes payables dans des lieux différents*

Si la compensation porte sur des dettes payables dans des lieux différents, les préjudices subis par une partie du fait que l'exécution ne se rend pas dans le lieu prévu doivent être compensés.

COMMENTAIRE

1. Dettes payables dans les systèmes juridiques nationaux de l'OHADAC

Dans la majorité des codes civils des États de la zone OHADAC il existe une règle sur la compensation dans le cas où les dettes sur lesquelles elle porte sont payables dans des lieux différents. L'article 1.296 du code civil français, selon lequel celui qui fait valoir la compensation doit tenir compte des frais de la remise, est à l'origine de cette règle. Par une formulation identique, les articles 1.296 du code civil dominicain, 1.081 du code civil haïtien et 1.123 du code civil saint-lucien ainsi que les articles 1.723 du code civil colombien et 2.156 du code civil nicaraguayen, prévoient que dans ce cas, comme cela a déjà été vu, seules les dettes monétaires peuvent être compensées. Les articles 1.477 du code civil hondurien, 2.204 du code civil mexicain, 1.085 du code civil panaméen, 1.153 du code civil portoricain et 1.338 du code civil vénézuélien précisent que les frais de transport ou de change sur le lieu du paiement devront être remboursés. Sont considérés comme des frais de change, les frais engagés pour la remise de sommes d'argent d'un endroit à l'autre ou pour les commissions. Toutefois, l'article 1.476 du code civil guatémaltèque ne fait pas référence aux frais de change. Une règle similaire figure à l'article 6:138 des codes civils néerlandais et surinamais, qui dispose que dès lors que les lieux d'exécution sont différents, la partie qui déclare la compensation doit compenser le préjudice subi par l'autre partie du fait que les parties n'ont pas exécuté leur obligation dans les lieux respectifs d'exécution. En outre, le créancier aura la possibilité de s'opposer à la compensation. Dans les systèmes de la *common law* aucune règle spécifique sur ce point n'a été prévue.

2. Dettes payables dans des lieux différents dans les Principes OHADAC

L'insertion de cette hypothèse dans les Principes OHADAC est particulièrement pertinente puisque les présents Principes sont conçus pour s'appliquer aux relations transfrontalières et que, par conséquent, il y a fort à parier que seront nombreux les cas où les parties souhaiteront exercer une compensation, malgré le fait que les effets ou l'argent sont, arrivée l'échéance de l'exécution de l'obligation, à remettre dans des lieux différents. La formulation adoptée pour plus de clarté est celle du premier paragraphe de l'article 6:138 des codes civils néerlandais et surinamais. Les modalités permettant de s'opposer à la compensation, telles que prévues dans ces codes, ont été considérées comme une solution difficile à étendre à toute la zone OHADAC.

Article 6.2.4 : *Pluralité de dettes*

En cas de pluralité de dettes, le débiteur peut indiquer sur quelle créance il entend imputer la compensation. À défaut, les règles relatives à l'imputation du paiement prévues dans l'article 6.1.9 des présents Principes s'appliquent.

COMMENTAIRE

1. Compensation en cas de pluralité de dettes dans les systèmes juridiques nationaux de l'OHADAC

Dans le cas où il existe plusieurs créances au profit du même créancier susceptibles d'être compensées, il faudra déterminer à quelle créance sera imputée la compensation. Dans les systèmes où la compensation s'exerce par déclaration, il est possible pour le débiteur de déterminer, dans le cadre de son autonomie de volonté, à laquelle des créances répondant aux conditions requises pour la compensation il souhaite satisfaire totalement ou partiellement par contre-crédence. Tel le prévoit l'article 2.196 du code civil mexicain. Dans certains systèmes (article 6:137 des codes civils néerlandais et surinamais), le titulaire de la créance principale peut s'opposer au choix fait par le titulaire de la contre-crédence, vu que l'imputation ne peut pas dépendre de celui qui s'est, le premier, opposé à la compensation. Dans le cas où aucune déclaration n'est convenue, ce sont les règles relatives à l'imputation du paiement qui s'appliquent. Le recours à l'autonomie de la volonté n'est pas prévu dans les systèmes qui optent pour l'effet automatique de la compensation, et par conséquent, cette question est résolue exclusivement par le recours aux règles de

l'imputation des paiements (article 1.722 du code civil colombien ; article 810 du code civil costaricain ; article 1.927 des codes civils français et dominicain ; article 1.477.1 du code civil guatémaltèque ; article 1082 du code civil haïtien ; article 1.479 du code civil hondurien ; article 2.155 du code civil nicaraguayen ; article 1.087 du code civil panaméen ; article 1.155 du code civil portoricain ; article 1.125 du code civil saint-lucien ; article 1.339 du code civil vénézuélien).

Les PECL et le DCFR disposent également dans ce cas que les règles relatives à l'imputation des paiements s'appliqueront avec les « adaptations pertinentes » [articles 13:105 (2) PECL et III-6:106 (2) DCFR] dès lors que la partie qui déclare la compensation doit exécuter au moins deux dettes envers l'autre partie. Si la partie qui déclare la compensation détient au moins deux créances envers l'autre partie, la déclaration de compensation devra désigner les droits sur lesquels elle porte. L'article 8.4 (2) des Principes d'UNIDROIT s'écarte en partie de ces solutions en établissant qu'en l'absence de précision quant à l'identité des dettes concernées par la compensation, l'autre partie peut, dans un délai raisonnable, déclarer à l'autre la dette qu'elle souhaite voir réglée par la compensation. Et dans un délai raisonnable l'autre partie peut déclarer à la partie, la dette sur laquelle porte la compensation. S'il n'est pas procédé à cette déclaration, la compensation portera proportionnellement sur toutes les dettes.

2. Compensation en cas de pluralité de dettes dans les Principes OHADAC

Étant donné que dans les Principes OHADAC il a été prévu que la compensation ne pourra être exercée qu'exclusivement par déclaration, il convient de conférer également sur ce point la primauté de l'autonomie de la volonté. Dans le cas où les parties n'auront pas convenu de déclaration ou si celle-ci ne permet pas de déterminer quelle est la créance objet de la compensation, il faudra alors s'en tenir aux règles sur l'imputation des paiements contenues à l'article 6.1.9 des présents Principes.

Section 3 : Hardship

Article 6.3.1 : Hardship

- 1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison des circonstances l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties**

auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.

2. Néanmoins, une partie peut résoudre le contrat si elle prouve que :
 - a) l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse du fait d'un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat ; et que
 - b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que
 - c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement.
3. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie aussitôt que possible, en fournissant les preuves admissibles de l'événement et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles.
4. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu.

COMMENTAIRE

1. Le *hardship* dans les ordres juridiques nationaux de l'OHADAC

Les règles sur le *hardship* vise à réguler l'incidence sur l'exécution du contrat des événements imprévus justifiant la résolution pour force majeure, quand l'obligation ne devient pas impossible mais excessivement onéreuse pour l'une des parties. Il s'agit,

donc, de garantir l'équilibre contractuel et de répartir entre les parties le risque économique d'un fait imprévisible et hors de leur contrôle sans en empêcher l'exécution, de sorte que celle-ci peut encore intéresser les parties.

Le régime légal du *hardship* est particulièrement nécessaire dans les contrats internationaux de longue durée ou qui peuvent être exposés à un changement de circonstances pouvant déséquilibrer les obligations contractuelles (construction, exploitation minière ou agricole, transport, distribution, *leasing*, location, etc.). Il en va de même dans les contrats instantanés où les obligations, même pécuniaires, sont différées par rapport au moment de la conclusion du contrat.

Dans plusieurs systèmes nationaux qui font partie d'ODAHAC, aucun effet n'est reconnu aux cas d'obligations devenues excessivement onéreuses, si bien que la partie affectée par l'événement imprévisible doit accomplir le contrat sous peine de responsabilité contractuelle pour inexécution. Telle est la situation caractéristique des territoires OHADAC sous l'influence du droit français ou du droit anglais ou nord-américain, ce qui oblige les parties dans ces systèmes juridiques à prévoir une réglementation contractuelle détaillée du *hardship*.

Dans les systèmes inspirés du droit français, conformément à la jurisprudence dominante, seule ladite « théorie de l'imprévision » est pleinement applicable aux contrats publics ou d'intérêt public, tels que les contrats de distribution d'électricité ou gaz, bien qu'il existe une tendance à l'obligation générale des parties de renégocier le contrat de bonne foi (arrêts de la Cour de Cassation du 3 novembre 1992, du 24 novembre 1998, du 13 mars 2004 et du 29 juin 2010). Dans la *common law*, les effets du *hardship* doivent être déterminés au moyen de clauses contractuelles spécifiques.

La solution est bien différente dans certains ordres juridiques hispanophones, qui ont prévu un traitement légal spécifique des obligations devenues excessivement onéreuses. Parmi ceux qui envisagent des règles spéciales en matière de *hardship*, certains établissent comme seul effet le droit de résoudre le contrat, dans la même lignée que ce que proposent les Principes OHADAC. C'est le cas de l'article 80 du code civil cubain. Au contraire, l'article 1.330 du code civil guatémaltèque prévoit uniquement la révision judiciaire. Un système mixte est représenté par l'article 868 du code de commerce colombien qui établit comme première option la révision ou l'adaptation du contrat par le juge et, subsidiairement, si l'adaptation n'est pas faisable, la résolution du contrat. À l'inverse, l'article 1.161-A du code civil panaméen, ouvertement inspiré du code civil italien, établit le droit de résolution comme première option, mais le créancier peut opposer face à la résolution une adaptation équitable. D'autres systèmes juridiques n'ont pas de règles spécifiques sur le *hardship*,

mais parfois la jurisprudence fait recours à des principes généraux, tels que le principe *rebus sic stantibus*, afin de parvenir à des solutions de justice matérielle au cas d'espèce, particulièrement appropriées dans des cas d'adaptation des contrats en raison des fluctuations monétaires. Le panorama comparé dans ces pays est, par conséquent, très disparate et comporte clairement une sérieuse insécurité juridique.

Les systèmes inspirés du droit néerlandais ont aussi une réglementation expresse qui découle de l'article 6:258 des codes civils néerlandais et surinamais, qui habilite le juge à opter pour l'adaptation ou pour la résolution du contrat.

La pertinence d'un régime légal du *hardship* a été soulignée même dans les systèmes qui ne reconnaissent ses effets qu'au moyen de clauses contractuelles spécifiques. Dans les projets de réforme du droit français successifs, la question est chaque fois traitée : l'article 104 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013 envisage la possibilité d'une adaptation par l'accord des parties et, à défaut, la résolution du contrat. De même, dans tous les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats il existe un régime spécifique du *hardship*.

2. Le *hardship* dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats

Il existe des doutes quant au fait que l'article 79 de la CVIM puisse être étendu à des cas de *hardship* au-delà des cas habituels d'impossibilité ou de force majeure. Il convient de noter que la Convention a été ratifiée par des pays tels que les Pays-Bas, la République Dominicaine, la Colombie, le Honduras ou le Mexique, mais aussi par des pays qui ne reconnaissent pas le traitement légal du *hardship* (États-Unis, France, Saint-Vincent-et-les-Grenadines), ce qui touche plusieurs pays de l'OHADAC. En tout cas, l'incertitude juridique qui existe quant à l'interprétation de l'article et de ses effets limités dans l'espace géographique de l'OHADAC est un argument supplémentaire en faveur de l'insertion dans les Principes OHADAC d'une réglementation spécifique concernant cette question.

Les articles 6.2.1 à 6.2.3 des PU contiennent une réglementation du *hardship* qui sera applicable si le contrat est régi par les présents Principes. Il convient de noter que l'article 6.2.2 PU admet la possibilité de prendre en considération des événements survenus ou simplement connus après la conclusion du contrat. L'article 6.2.3 PU établit que la partie affectée doit premièrement réclamer la renégociation, sans suspendre l'exécution de ses obligations pendant le processus de négociation. Cet effet peut devenir particulièrement onéreux selon la nature du contrat. De même, en cas d'échec de la négociation, les parties peuvent saisir un tribunal qui a la faculté de décider de la résolution ou de l'adaptation du contrat. Il semble clair que nombre de

parties contractuelles ne voudront pas assumer le risque que les tribunaux réécrivent le contrat, en particulier s'ils appartiennent à la culture juridique anglo-américaine.

Les PECL envisagent à l'article 6:111 les effets d'un *change of circumstances*. Contrairement aux PU, ils n'admettent le *hardship* que pour les événements survenus après la conclusion du contrat. La solution, cependant, est similaire et pose les mêmes problèmes : les parties sont obligées de renégocier de bonne foi sous peine d'être condamnées à des dommages-intérêts, mais si elles ne parviennent pas à un accord le juge pourra résoudre ou adapter le contrat. À quelques nuances près, la réglementation prévue à l'article III.-1:110 DCFR est similaire.

3. La réglementation du *hardship* proposée dans les Principes OHADAC

La réglementation proposée dans les Principes OHADAC répond à la conception ou au fonds commun des pays membres de l'OHADAC. De la même façon que dans les Principes d'UNIDROIT, il a été considéré préférable de régir les conditions d'admissibilité du *hardship* sur la base de faits raisonnablement imprévisibles pour les parties, indépendamment du fait qu'ils soient survenus ou inconnus au moment de la conclusion du contrat et qu'ils comportent des risques non assumés par les parties. Pour l'interprétation du contrat, il faut prendre en considération le contenu et les commentaires de l'article 7.1.8 en matière de force majeure.

Le caractère excessivement onéreux donne aux parties le droit à la résolution du contrat à condition d'avoir accompli certaines conditions relatives à la notification et à l'accréditation de l'événement imprévu et à l'adoption de mesures nécessaires pour minimiser ses conséquences, dont l'omission peut entraîner la responsabilité pour les dommages causés au créancier. La résolution du contrat emportera la restitution des profits déjà obtenus par l'une des parties.

Contrairement à d'autres réglementations (code civil panaméen, Principes d'UNIDROIT, PECL et DCFR), l'obligation de renégocier le contrat avant la résolution n'est pas expressément envisagée. Il est considéré que si les parties ont un intérêt à la conservation du contrat, cette négociation aura lieu en vertu de l'exercice de l'autonomie de la volonté. Il ne semble pas raisonnable, cependant, d'imposer une obligation de négociation qui n'existe pas en *common law* et qui en tout cas provoque des doutes quant aux conséquences de la passivité ou de la mauvaise foi pendant les pourparlers et quant à la responsabilité en découlant. En outre, l'établissement d'une obligation générique de renégocier conduit à une insécurité juridique quant à la portée temporelle et matérielle de cette obligation. C'est pourquoi les présents Principes estiment qu'il est plus approprié de laisser aux parties la liberté d'établir le régime de

renégociation du contrat, garantissant ainsi la sécurité juridique au moyen d'un droit à la résolution non conditionné.

De même, il n'a pas été considéré approprié de suivre la ligne marquée dans certains droits nationaux (codes civils néerlandais et surinamais, guatémaltèque, colombien ou panaméen) et dans la plupart des textes internationaux qui habilite le juge à adapter le contrat, comme alternative à sa résolution, indépendamment de la volonté des parties. Cette possibilité légale est une source d'insécurité dans les contrats de commerce international et s'oppose frontalement à la culture juridique des pays de la *common law*, dont les tribunaux auraient de sérieuses difficultés à exiger une obligation légale de ce type, si bien que dans ces juridictions la seule alternative serait sûrement la résolution du contrat. Les Principes OHADAC visent à offrir un régime légal valide et admissible dans tous les territoires de l'OHADAC, qui n'empêche pas la possibilité de procéder à l'adaptation par un tiers. De la même façon que pour l'adaptation des parties à travers la renégociation, les présents Principes considèrent que l'adaptation par un juge ou par un arbitre ne peut pas être imposée par une règle légale, mais peut l'être en vertu de l'autonomie des parties elles-mêmes au moyen de clauses expressément établies dans le contrat.

Par conséquent, la réglementation contenue dans les présents Principes, respectant la règle des minimums et la tradition légale commune dans tous les territoires OHADAC, doit être observée par les parties, bien qu'elles aient la possibilité de modifier le régime au moyen de clauses contractuelles complémentaires.

CLAUSES SPÉCIFIQUES DE *HARDSHIP*

Même si les parties ont soumis leur contrat aux Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international et, à défaut de ce choix, à un droit national, les présents Principes et les droits nationaux reconnaissent à cet égard la primauté des clauses établies par les parties afin de régir d'éventuels cas d'exécution excessivement onéreuse. Dans le commerce international il existe des clauses-types de *hardship*, telle que la *ICC Hardship Clause 2003*. La Chambre de commerce internationale a élaboré cette clause-type de *hardship* qui peut être insérée au contrat par référence. Son contenu, cependant, est plus élémentaire que celui prévu dans le régime des Principes OHADAC.

La clause suit ouvertement le modèle de réglementation de textes internationaux tels que les Principes d'UNIDROIT ou les PECL. Il semble, cependant, que cette option soit controversée, car compte tenu de l'objet du contrat et des intérêts en jeu il est

possible que les parties préfèrent établir le droit à la résolution du contrat plutôt qu'une obligation de renégociation préalable qui peut être indésirable selon le contrat en question. En outre, si la résolution est l'option unique ou principale, ou qu'elle s'applique dans tous les cas à titre subsidiaire, il faut déterminer les conditions du droit de résolution, l'effet de la restitution ou de la compensation des prestations, de la même façon que dans les cas de force majeure. La clause *hardship* CCI, cependant, ne prend pas ces circonstances en considération.

Par conséquent, l'OHADAC déconseille de compléter le régime des Principes OHADAC à l'aide de la clause-type de la CCI. Afin de rédiger une clause complémentaire aux Principes OHADAC, les parties doivent prendre en considération l'utilité additionnelle de ces clauses, qui peuvent servir afin de corriger et de préciser la réglementation de plusieurs façons.

1. Précision des événements qui provoquent une exécution excessivement onéreuse

La réglementation des Principes OHADAC sur le *hardship* peut engendrer quelques difficultés interprétatives, en particulier lorsqu'une affaire est portée devant un tribunal anglo-américain ou lorsque le contrat est soumis subsidiairement au droit anglais. Dans la pratique commerciale de la *common law*, l'exigence de précision du contrat conduit à introduire une clause de *hardship*, même en insérant partiellement et textuellement l'article des Principes OHADAC. Dans cette clause, il est possible de définir avec précision les faits considérés comme cause potentielle de *hardship*, de manière que ses deux premiers paragraphes peuvent être rédigés de la manière qui suit :

Clause A : Option pour la résolution

« 1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison de quelle que circonstance que ce soit l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.

2. Néanmoins, une partie peut résoudre le contrat si elle prouve que :

a) L'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse dû à un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être

raisonnablement prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat, tels que ceux qui sont mentionnés ci-dessous ainsi que tout événement de nature similaire :

a') guerre (déclarée ou non), conflit armé ou sérieuse menace de conflit armé (ce qui englobe, entre autres, les attaques, les blocus, les blocus militaires, les hostilités, les invasions, les actes d'ennemis extérieurs, les larges mobilisations militaires) ;

b') guerre civile, révolution et rébellion, usurpation ou militarisation du pouvoir, insurrection, trouble de l'ordre ou émeutes civiles, violence dans les rues, actes de désobéissance civile ;

c') actes terroristes, sabotage ou piraterie ;

d') actes publics légaux ou illégaux, conformément à toute loi ou ordre gouvernemental, disposition, réglementation ou décret, restriction ou couvre-feu, expropriation, saisie, confiscation, nationalisation ;

e') catastrophe, invasion, épidémie, catastrophes naturelles telles que : orage violent, typhon, cyclone, ouragan, tornade, tempête de neige, tremblement de terre, éruption volcanique, éboulement, grande marée, raz-de-marée, tsunami, inondation, dommages ou destruction par irradiation, sécheresse ;

f') explosion, incendie, destruction de machines, d'usines ou d'autres types d'installations, panne prolongée de moyens de transport, de télécommunication ou de courant électrique ;

g') conflit du travail collectif, tel que le boycott, la grève ou le lock-out, la grève du zèle, l'occupation des usines ou des installations ;

et que

b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que

c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement.

3. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie aussitôt que possible, en fournissant des preuves de l'événement admissibles et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles.

4. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu. »

2. Règlementation du procès de renégociation

La règlementation des Principes OHADAC n'a pas prévu une obligation de renégocier le contrat. Les parties jouissent donc d'un droit de résolution du contrat dans les conditions envisagées dans les présents Principes, qui exigent du débiteur une notification accompagnée d'une preuve admissible de l'événement causant l'exécution excessivement onéreuse. La partie contraire peut cependant être en désaccord concernant l'accomplissement des conditions exigées pour la résolution du contrat ou sur les effets de la résolution sur la compensation pour les profits obtenus, pouvant alors réclamer l'exécution ou le paiement de dommages-intérêts.

Les présents Principes, comme cela a déjà été évoqué, n'ont pas établi une obligation de renégocier le contrat, qui peut être considérée assez contraignante et vague. En outre, il est difficile d'établir un régime légal générique pour une éventuelle renégociation, qui n'est pas toujours faisable selon le contrat en question et dont les délais et le processus peuvent être des questions délicates selon la nature et la finalité du contrat, pouvant impliquer une insécurité juridique et des risques d'abus. De plus, établir un régime satisfaisant de la responsabilité de la partie qui entrave ou qui mène les négociations de mauvaise foi ne semble pas faisable non plus. Ainsi, si l'intérêt des parties et la finalité du contrat le préconisent, les Principes OHADAC préfèrent réserver aux parties l'option d'opter pour un régime de négociation entre les parties. À cet effet, elles peuvent compléter la soumission aux Principes OHADAC au moyen d'une clause spécifique.

Dans la pratique, il est conseillé aux parties d'établir des clauses de médiation au moyen des mécanismes des MARC ou assujetties au Règlement OHADAC d'arbitrage et de conciliation, afin de mener à bien la négociation. En outre, il peut être opportun de fixer un délai maximum pour la renégociation et de spécifier si, pendant ce délai, l'exécution du contrat est suspendue pour l'une ou pour les deux parties, puisque cela dépend dans une large mesure de la nature du contrat. À cet égard, les parties prendront en considération la pertinence d'insérer dans le contrat une clause similaire à celle-ci-dessous :

Clause B : Option avec renégociation et médiation

« 1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison de circonstances quelconques l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.

2. Néanmoins, si une partie prouve que :

a) L'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse dû à un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat, tels que ceux qui sont mentionnés ci-dessous ainsi que tout événement de nature similaire :

a') guerre (déclarée ou non), conflit armé ou sérieuse menace de conflit armé (ce qui englobe, entre autres, les attaques, les blocus, les blocus militaires, les hostilités, l'invasion, les actes d'ennemis extérieurs, les larges mobilisations militaires) ;

b') guerre civile, révolution et rébellion, usurpation ou militarisation du pouvoir, insurrection, trouble de l'ordre ou émeutes civiles, violence dans les rues, actes de désobéissance civile ;

c') actes terroristes, sabotage ou piraterie ;

d') actes publics légaux ou illégaux, conformément à toute loi ou ordre gouvernemental, disposition, réglementation ou décret, restriction ou couvre-feu, expropriation, saisie, confiscation, nationalisation ;

e') catastrophe, invasion, épidémie, catastrophes naturelles telles que : orage violent, typhon, cyclone, ouragan, tornade, tempête de neige, tremblement de terre, éruption volcanique, éboulement, grande marée, raz-de-marée, tsunami, inondation, dommages ou destruction par irradiation, sécheresse ;

f') explosion, incendie, destruction de machines, d'usines ou d'autres types d'installations, panne prolongée de moyens de transport, de télécommunication ou de courant électrique ;

g') conflit du travail collectif, tel que le boycott, la grève ou le lock-out, la grève du zèle, l'occupation des usines ou des installations ;

et que

b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que

c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement ;

les parties entameront un processus de renégociation du contrat, prenant en considération raisonnablement les conséquences de l'événement invoqué, pendant un délai de (jours/mois). Pendant ce délai, l'exécution des obligations contractuelles (ne) seront (pas) suspendues pour les deux parties. (Les parties soumettront la négociation à la médiation, conformément aux règles du Règlement OHADAC d'arbitrage et de conciliation).

3. Si les parties ne parviennent pas à un accord pendant le délai établi pour la renégociation du contrat, l'une quelconque d'entre elle pourra résoudre le contrat moyennant une notification à l'autre.

4. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves de l'événement admissibles et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles.

5. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu. »

3. Règlementation de l'adaptation par un tiers

La soumission de l'adaptation du contrat à un tiers est une option qui peut fonctionner de manière alternative ou cumulative à la renégociation du contrat. Dans le premier cas, elle a l'avantage d'être plus rapide, laissant dans les mains d'un expert neutre la décision d'adapter équitablement le contrat ou d'envisager la résolution. À cet effet, il est conseillé de faire recours à un expert ou à un arbitre, qui est compétent pour déterminer l'existence de l'exécution excessivement onéreuse, pour adapter éventuellement les termes du contrat, décider à défaut de la résolution du contrat et fixer dans ce dernier cas les compensations qui pourraient être pertinentes. À cet égard, la clause proposée peut être rédigée de la manière suivante :

Clause C : Option avec adaptation par un tiers

« 1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison de circonstances quelconques l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.

2. Néanmoins, si une partie prouve que :

a) L'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse dû à un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou pris en considération au

moment de la conclusion du contrat, tels que ceux qui sont mentionnés ci-dessous ainsi que tout événement de nature similaire :

a') guerre (déclarée ou non), conflit armé ou sérieuse menace de conflit armé (ce qui englobe, entre autres, les attaques, les blocus, les blocus militaires, les hostilités, l'invasion, les actes d'ennemis extérieurs, les larges mobilisations militaires) ;

b') guerre civile, révolution et rébellion, usurpation ou militarisation du pouvoir, insurrection, trouble de l'ordre ou émeutes civiles, violence dans les rues, actes de désobéissance civile ;

c') actes terroristes, sabotage ou piraterie ;

d') actes publics légaux ou illégaux, conformément à toute loi ou ordre gouvernemental, disposition, réglementation ou décret, restriction ou couvre-feu, expropriation, saisie, confiscation, nationalisation ;

e') catastrophe, invasion, épidémie, catastrophes naturelles telles que : orage violent, typhon, cyclone, ouragan, tornade, tempête de neige, tremblement de terre, éruption volcanique, éboulement, grande marée, raz-de-marée, tsunami, inondation, dommages ou destruction par irradiation, sécheresse ;

f') explosion, incendie, destruction de machines, d'usines ou d'autres types d'installations, panne prolongée de moyens de transport, de télécommunication ou de courant électrique ;

g') conflit du travail collectif, tel que le boycott, la grève ou le lock-out, la grève du zèle, l'occupation des usines ou des installations ;

et que

b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que

c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement ;

les parties soumettront l'adaptation du contrat à la décision d'un arbitre unique conformément au Règlement OHADAC d'arbitrage.

3. L'arbitre sera mandaté par les parties afin de déterminer l'existence d'un événement causant une exécution excessivement onéreuse dans les conditions prévues au deuxième paragraphe de cette clause. L'arbitre décidera d'adapter les termes du contrat en prenant en considération la nature de l'événement et le contenu du contrat, conformément aux critères d'équité. S'il considère que l'adaptation du contrat est impossible ou inappropriée, l'arbitre pourra décider la résolution du contrat. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu.

4. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves de l'événement admissibles et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles. »

L'adaptation du contrat par un tiers n'est pas incompatible avec la possibilité qu'ont les parties de tenter préalablement de renégocier le contrat. Faire appel à un tiers vise donc à maximiser les possibilités de conservation du contrat, mais avec l'inconvénient d'un retard indubitable. Si, au vu des circonstances du contrat, les parties considèrent que ce régime est pertinent, il est conseillé de combiner les clauses B et C, conformément à la clause-type suivante :

Clause D : Option avec renégociation et adaptation par un tiers

« 1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison de circonstances quelconques

l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.

2. Néanmoins, si une partie prouve que :

a) L'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse dû à un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat, tels que ceux qui sont mentionnés ci-dessous ainsi que tout événement de nature similaire :

a') guerre (déclarée ou non), conflit armé ou sérieuse menace de conflit armé (ce qui englobe, entre autres, les attaques, les blocus, les blocus militaires, les hostilités, l'invasion, les actes d'ennemis extérieurs, les larges mobilisations militaires) ;

b') guerre civile, révolution et rébellion, usurpation ou militarisation du pouvoir, insurrection, trouble de l'ordre ou émeutes civiles, violence dans les rues, actes de désobéissance civile ;

c') actes terroristes, sabotage ou piraterie ;

d') actes publics légaux ou illégaux, conformément à toute loi ou ordre gouvernemental, disposition, réglementation ou décret, restriction ou couvre-feu, expropriation, saisie, confiscation, nationalisation ;

e') catastrophe, invasion, épidémie, catastrophes naturelles telles que : orage violent, typhon, cyclone, ouragan, tornade, tempête de neige, tremblement de terre, éruption volcanique, éboulement, grande marée, raz-de-marée, tsunami, inondation, dommages ou destruction par irradiation, sécheresse ;

f') explosion, incendie, destruction de machines, d'usines ou d'autres types d'installations, panne prolongée de

moyens de transport, de télécommunication ou de courant électrique ;

g') conflit du travail collectif, tel que le boycott, la grève ou le lock-out, la grève du zèle, l'occupation des usines ou des installations ;

et que

b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que

c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement ;

les parties entameront un processus de renégociation du contrat, prenant en considération raisonnablement les conséquences de l'événement invoqué, pendant un délai de (jours/mois). Pendant ce délai, l'exécution des obligations contractuelles (ne) seront (pas) suspendues pour les deux parties. (Les parties soumettront la négociation à la médiation, conformément aux règles du Règlement OHADAC d'arbitrage et de conciliation).

3. Si les parties ne parviennent pas à un accord pendant le délai établi pour la renégociation du contrat, elles soumettront l'adaptation du contrat à la décision d'un arbitre unique conformément au Règlement OHADAC d'arbitrage.

4. L'arbitre sera mandaté par les parties afin de déterminer l'existence d'un événement rendant l'exécution excessivement onéreuse dans les conditions prévues au deuxième paragraphe de cette clause. L'arbitre décidera de l'adaptation des termes du contrat en prenant en considération la nature de l'événement et le contenu du contrat, conformément aux critères d'équité. S'il considère que l'adaptation du contrat est impossible ou inappropriée, l'arbitre pourra décider la résolution du contrat. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du

contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu.

5. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves de l'événement admissibles et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles. »

Article 6.3.2 : Frustration de la finalité du contrat

La réglementation contenue dans l'article précédent est également applicable dans les cas où les événements en question conduisent à une frustration substantielle de la finalité du contrat assumée par les deux parties.

COMMENTAIRE

L'institution de la frustration de la cause, de l'intention ou de la finalité du contrat a une formulation originale dans le droit anglo-américain. La doctrine s'est construite à partir desdits « *coronation cases* » au début du XX^{ème} siècle. Dans le droit nord-américain, elle est expressément visée dans la section 265 du *Second Restatement*. La doctrine anglaise se reflète dans la jurisprudence des territoires caribéens de la *common law* (p. ex. arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque de 2010 dans l'affaire *Clacken v Causwell*: Carilaw M 2010 SC 101 ; arrêt de la *Court of Appeal* des Bermudes de 1981 dans l'affaire *Benevides v Minister of Public Works and Agriculture*: Carilaw BM 1981 CA 22). De même que dans les cas de force majeure ou *hardship*, la frustration du contrat a lieu quand une circonstance étrangère et imprévisible pour les parties met en échec l'intérêt ou les attentes légitimes du contrat, le privant de sens ou de finalité pour l'une des parties. Dans les cas relatifs au couronnement du roi Édouard VII, la maladie du roi avait mis en la finalité de la location des balcons desquels l'on aurait pu profiter du cortège prévu. La frustration modifie les bases de la négociation du contrat et le prive de valeur ou de cause du point de vue de l'une des parties.

Étant donné que la frustration de la finalité du contrat n'implique pas l'impossibilité matérielle d'exécution, de même que dans les cas de *hardship*, dans les systèmes

inspirés du droit français il n'est pas reconnu d'effets à la mise en échec. Néanmoins, les systèmes romano-germaniques tendent clairement à adopter cette institution au moyen du principe *rebus sic stantibus* ou de la doctrine allemande du *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Cela est prévu de manière expresse à l'article 104 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013. En outre, la frustration provoque en fait, tout comme le *hardship*, la perte des attentes économiques pour l'une des parties, c'est-à-dire, la survenance d'une exécution extrêmement onéreuse, si bien que dans une large mesure cela pourrait être considéré comme un cas de *hardship* voué à la résolution.

Pour que la frustration de la finalité du contrat soit prise en considération, il est indispensable que cette finalité soit partagée ou assumée par toutes les parties. Dans les cas des « *coronation cases* », il était évident que les propriétaires connaissaient ou devaient raisonnablement connaître que la finalité de la location des balcons, et en outre la cause de leurs prix élevés, était d'assister au cortège qui suivait le couronnement royal. Dans d'autres cas, l'une des parties ne pourra pas invoquer la résolution du contrat par la frustration de la finalité si elle n'était pas ou ne pouvait pas raisonnablement être connue de l'autre partie.

Exemple : Un fabricant d'armement acquiert un lot de matières premières (nickel et acier) afin de produire des composants d'armes à destination d'un pays du golfe Persique. Quelques jours après, les exportations de ce matériel dans le pays en question sont interdites en raison d'un blocus ordonné par l'Organisation des Nations Unies. Le fabricant cherche à invoquer contre le fournisseur la frustration de la finalité du contrat et la résolution. Le fournisseur ignorait et ne pouvait pas connaître la destination finale du produit transformé par le fabricant à partir des matières premières fournies, aussi l'invocation de la mise en échec de la finalité du contrat n'est donc pas recevable.

CHAPITRE 7

INEXÉCUTION DU CONTRAT

Section 1 : Dispositions générales

Article 7.1.1 : Définition d'inexécution

L'inexécution consiste pour une partie à ne pas exécuter, pour quelque cause que ce soit, toutes les obligations contractuelles auxquelles elle s'est contractuellement engagée.

COMMENTAIRE

1. Caractère unitaire du concept d'inexécution

Aux fins des Principes OHADAC, le présent article définit le concept d'inexécution au regard de deux caractéristiques ou éléments fondamentaux : le caractère unitaire et objectif. Conformément au présent article, l'inexécution résulte de tout défaut d'exécution par l'une des parties des obligations contractuelles qui lui incombent, qu'il s'agisse d'une obligation principale ou de tout autre engagement accessoire, tant si l'inexécution est définitive que si elle consiste en un retard, ou encore si la prestation a été exécutée de façon défectueuse ou non conforme. Ce concept, qui englobe toutes les hypothèses d'inexécution, correspond à la tradition anglo-américaine, selon laquelle l'inexécution (*breach of contract*) est une catégorie unique.

Les codes des systèmes caribéens de tradition romano-germanique ne contiennent pas de définition légale de l'inexécution. Toutefois, la jurisprudence l'a construite au regard des règles qui définissent l'exécution ou à partir des différents cas d'inexécution (retard du débiteur, prestation défectueuse, etc.) ainsi que des règles qui régissent les droits du créancier face à l'inexécution (arrêt de la Cour Suprême de Justice de Colombie, Chambre civile, 4 juillet 2002). Cependant, dans ces systèmes, les règles spécifiques relatives à la garantie des vices en matière de vente font obstacle à l'adoption d'un concept de caractère unitaire.

À part la CVIM, qui constitue la seule exception de par ses articles 45 et 61 en énonçant seulement un concept implicite d'inexécution, les autres textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats contiennent un critère englobant

de type anglais. Ainsi les articles 7.1.1 PU, 1:301 (4) PECL, III-1:101(3) DCFR et 87 CESL concentrent, dans la catégorie juridique de l'inexécution, tous les cas où l'un quelconque des co-contractants ne se conforme pas à ses engagements, étant observé que la technique législative de tous ces textes tend à énumérer les différents cas, après avoir énoncé la clause générale relative à l'inexécution. Cette solution a été adoptée par les Principes OHADAC et, à la différence des définitions des textes uniformes, il a été considéré plus adéquat de ne pas mentionner les types d'inexécution, préférant une construction générale plutôt que casuistique, afin qu'elle puisse s'appliquer à tout type de contrats.

Le choix du concept unique n'est pas purement théorique ou esthétique, mais se fonde sur son efficacité avérée qui permet l'élaboration d'un cadre, lui aussi cohérent, d'actions (*remedies*) en matière de responsabilité contractuelle et qui sont ouvertes pour toute inexécution, quel que soit le type de contrat, hormis les exceptions mentionnées dans la présente section (articles 7.1.3 et 7.1.8 des présents Principes).

La non-exécution de l'obligation (inexécution totale et définitive) est le premier cas d'inexécution contenu dans l'article 7.1.1.

Exemple 1 : L'entreprise A de consulting informatique située dans le pays X, s'est engagée à livrer à l'entreprise pharmaceutique B située dans le pays Y, un logiciel créé sur mesure, pour le 9 juillet. Mi-juin, le logiciel est déjà créé, mais A décide de le vendre à C, une entreprise pharmaceutique concurrente qui lui en a offert un prix plus élevé.

Le second type d'inexécution est l'exécution tardive ou hors délai de l'obligation. Les systèmes de tradition romano-germanique considèrent l'exécution tardive comme une institution spécifique, vu que le simple retard n'entraîne pas en soi la responsabilité du débiteur. En effet, l'« action pour retard d'exécution » n'est précise (article 1.608 du code civil colombien ; article 1.084 du code civil costaricain ; article 295 du code civil cubain ; article 1.139 des codes civils dominicain et français ; article 1.428 du code civil guatémaltèque ; article 1.355 du code civil hondurien ; article 2.080 du code civil mexicain ; article 1.859 du code civil nicaraguayen ; article 985 du code civil panaméen ; article 1.503 du code civil portoricain ; article 999 du code civil saint-lucien ; article 1269 du code civil vénézuélien) que si des conditions spécifiques sont réunies, dont les principales sont la mise en demeure (interpellation formelle faite au débiteur pour qu'il exécute son obligation) et les pénalités de retard.

Cette rigidité des systèmes juridiques de tradition romaniste est assouplie, dans de nombreux cas, par le jeu des exceptions légales ou jurisprudentielles par la seule

exigence d'une mise en demeure ou *interpellatio*. En outre, pour les obligations commerciales, certains codes de commerce ne prévoient pas de mise en demeure (p. ex. article 418 du code de commerce costaricain ; article 677 du code de commerce guatémaltèque ; article 232 du code de commerce panaméen ; article 94 du code de commerce portoricain). Cela permet de rapprocher les solutions à orientation romano-germanique à celles mises en œuvre dans les systèmes anglo-américains ou dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, beaucoup plus réceptifs aux besoins du commerce international. En effet, pour permettre l'exercice des droits et des actions prévus en cas d'inexécution, la codification internationale ne prévoit pas d'acte formel de constitution pour retard d'exécution du débiteur [articles 45 à 52 et 61 à 65 CVIM ; article 7.1.1 PU ; article 1:301 (4) PECL ; article 1:101 (3) DCFR].

Dans la même ligne que les textes internationaux, le système des Principes OHADAC considère que le retard du débiteur dans l'exécution de son obligation constitue une forme d'inexécution et entraîne sa responsabilité contractuelle, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une notification ou à une mise en demeure pour le paiement.

Ce type d'inexécution présuppose que la prestation soit possible et que l'exécution soit encore satisfaisante pour le créancier : si l'obligation est devenue définitivement impossible ou ne satisfait plus les intérêts du créancier, la situation ne sera plus celle d'un retard, mais celle d'une inexécution définitive et absolue, telle qu'indiquée ci-dessus, avec des effets juridiques différents. Il en sera ainsi, dans tous les cas où l'inexécution de l'obligation est soumise à un délai essentiel. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une inexécution fondamentale équivalente au *fundamental breach* anglo-saxon [arrêt de la *Cour Suprême* des Bahamas dans l'affaire *Canadian Imperial Bank of Commerce c/Ownes of MV "New Ligth"* (1997), N. 1217 de 1994 (Carilaw BS 1997 SC 87)].

Exemple 2 : Les faits au départ sont les mêmes que dans l'exemple 1, mais ici l'entreprise de consulting informatique ne respecte pas son obligation de livraison le 9 juillet, au motif que les travaux pour trouver la solution aux problèmes techniques se sont avérés plus ardues que prévu. Toutefois, la remise est toujours possible, bien qu'elle se fasse un mois plus tard, et l'entreprise pharmaceutique B est toujours intéressée par le logiciel. Il s'agit d'un cas d'exécution tardive de la prestation.

En troisième lieu, l'exécution anticipée de l'obligation constitue une forme d'inexécution dès lors que le délai avait été convenu au profit du créancier ou au profit des deux parties au contrat. Les Principes OHADAC admettent l'exécution anticipée à condition qu'elle ne porte pas préjudice au créancier et qu'elle ne porte pas atteinte à

ses intérêts légitimes, dans ces derniers cas l'exécution anticipée constituerait une inexécution (article 6.1.3).

En quatrième lieu, l'exécution défectueuse est considérée comme une inexécution. Cette dénomination recouvre un large éventail d'hypothèses où la prestation réalisée par le débiteur ne répond pas aux engagements du contrat. Alors que les codes de tradition espagnole et française visent uniquement le défaut de désignation de la prestation et de son exécution intégrale (exécution partielle régie par les articles 6.1.5 des présents Principes), et régissent un régime spécial des garanties dans les contrats de vente, les Principes OHADAC suivent la ligne posée par les systèmes anglo-saxons et les textes internationaux de référence, en unifiant toutes les hypothèses de prestation défaillance, qu'elle porte sur la qualité, la quantité ou sa fonctionnalité, y compris également l'*aliud pro alio*.

Exemple 3 : Reprenant les faits exposés dans l'exemple 1, ici, l'entreprise A livre le logiciel le 9 juillet tel que cela avait été convenu, mais une fois le système mis en place sur les machines de l'entreprise pharmaceutique B, le système n'apporte pas le rendement qui avait été convenu au contrat.

Exemple 4 : L'entreprise A de transport achète à l'entreprise B des réfrigérateurs de haute puissance pour le transport de poisson surgelé. Toutefois, après la livraison, il s'avère que les réfrigérateurs ne possèdent pas les caractéristiques qui avaient été annoncées dans la publicité et qui avaient précisément motivé l'achat.

Exemple 5 : L'entreprise de construction A, située dans le pays X, construit pour un club de football du pays Y la toiture de la tribune du stade. Après la réception des travaux, suite aux premières pluies, la toiture présente des infiltrations.

Enfin, le défaut de collaboration de l'une quelconque des parties, qui nuira à la pleine efficacité du contrat, est considéré également comme une inexécution. Sont incluses ici, au sens large, les inexécutions inhérentes au dénommé « devoir de collaboration » qui, dans certains contrats (comme par exemple, ceux relatifs aux travaux de construction) sont très importants. Les systèmes de tradition hispano-française se réfèrent à ces cas sous le terme générique de *mora credendi*, et parmi eux se trouvent deux modèles différents de traitement. Le premier modèle se trouve dans les systèmes qui manquent de discipline générale dans le traitement du retard du créancier, mais qui multiplient les applications, de façon fragmentaire, des principes sur lesquels se fondent cette institution (articles 1.257 à 1.264 des codes civils français et dominicain ; article 1.044 du code civil haïtien ; article 1.351 du code civil hondurien ; article 1.130 du code civil portoricain ; article 2.098 du code civil mexicain ; article 2.057 du code

civil nicaraguayen). Le second modèle se trouve dans les systèmes qui contiennent la règle spécifique de la *mora creditoris* (articles 252 et s. du code civil cubain ; article 1.429 du code civil guatémaltèque ; articles 695 et s. du code de commerce hondurien ; articles 58 et s. des codes civils néerlandais et surinamais).

Pour leur part, les systèmes de *common law*, du fait de l'unité de leur concept d'inexécution, méconnaissent la *mora creditoris* en tant qu'institution juridique autonome, le créancier étant responsable, de la même manière que le débiteur, pour *breach of contract*. Cependant, il existe tout de même une référence dans ces systèmes au devoir de collaboration du créancier (article 37.1 du *Sale of Goods Act* anglais ; article 38.1 du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago ; article 39.1 du *Sale of Goods Act* du Belize et article 37.1 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque), comme condition de l'institution romaniste de la *mora credendi* [*Seubert Excavators Inc c/Eucon Corp* (1994), 871 P.2d 826, 831 Idaho], et également une référence, comme forme d'inexécution, à l'offre réelle d'exécution du créancier suivie de sa rétractation sans justification [*Lea c/Exelby* (1608), 78 English Reports (ER) 1112 ; *Ball c/Peake* (1660), 82 ER 941].

Les PU ne consacrent pas non plus d'article à la règle de la *mora creditoris*, même si ses effets sont repérables dans les dispositions de l'article 7.1.2. (interférence de l'autre partie), correspondant au devoir de collaboration contenu dans les articles 1:202 PECL et III-1:104 DCFR.

Exemple 6 : Reprenant les faits de l'exemple 1, selon les termes du contrat, l'entreprise pharmaceutique B devait fournir à l'entreprise de consulting A des informations précises qui s'avéraient absolument nécessaires pour l'élaboration du logiciel sur mesure. Toutefois, l'entreprise B, craignant de divulguer des informations stratégiques importantes, évite de fournir à l'entreprise A certaines données.

2. Caractère objectif du concept d'inexécution

Outre son caractère unitaire, le concept d'inexécution dans les Principes OHADAC revêt un caractère objectif ou neutre. Par conséquent, et conformément à l'article 7.1.8 des Principes OHADAC, l'inexécution est avérée quelle que soit la cause pour laquelle le débiteur n'a pas exécuté l'obligation à laquelle il s'est engagé contractuellement, et ce, indépendamment du fait que l'inexécution soit ou non justifiée. Si la force majeure rend inopérantes certaines actions en responsabilité contractuelle, elle constitue toutefois un cas d'inexécution car il a été véritablement porté atteinte au droit du créancier, même si le préjudice se justifie par une cause.

Exemple : L'entreprise A a acheté, dans le but d'y exploiter un hôtel, un immeuble d'appartements selon un emplacement bien spécifique sur les plans d'architecture. Ainsi, la propriété acquise se trouvait placée à l'extrême ouest de tous les autres bâtiments à construire dans le projet de complexe résidentiel, et bénéficiait d'une vue sur mer sans aucun immeuble en face. L'entreprise B, venderesse, a dû modifier lors de la construction des immeubles le projet initial et le permis de construire, suite à l'obligation qui lui a été faite par l'autorité administrative d'intégrer une zone verte. Par conséquent, le complexe résidentiel a été réparti de façon différente et le nombre de bâtiments a été modifié. De ce fait, la propriété vendue ne se situait plus à l'endroit prévu mais plus à l'est avec un immeuble devant qui lui cachait partiellement la vue dont il bénéficiait auparavant. Dans ce cas, il existe une inexécution de la part de la venderesse, bien qu'elle soit couverte par une cause de justification conformément à l'article 7.1.8 des Principes OHADAC. Par conséquent, l'entreprise A ne pourra pas prétendre à l'indemnisation du préjudice qu'elle subit en se fondant sur l'inexécution. Toutefois, l'entreprise B est responsable contractuellement et l'entreprise A pourra user de son droit à mettre fin au contrat, sauf si la partie qui n'a pas exécuté lui offre un *commodum raepresentationis* (par exemple, la remise d'un autre bâtiment, situé à un autre emplacement, mais présentant des caractéristiques similaires à celles requises dans le contrat initial) et si l'entreprise A l'accepte.

Les systèmes français ou espagnol ne contiennent pas techniquement de concept subjectif de l'inexécution, car seule la faute est requise pour l'action en indemnisation (commentaire sous l'article 7.4.1 des présents Principes). Cependant, le poids de la tradition a placé la faute au centre de l'inexécution, déplaçant les hypothèses d'absence de faute dans la doctrine des risques (commentaire sous l'article 7.3.1 des Principes OHADAC). Au contraire, la conception objectiviste est classique dans le système de *common law*, où la notion d'inexécution est construite en marge de la faute du débiteur, dans la mesure où le contractant n'est pas lié en fonction d'une promesse future, mais au regard d'un résultat. Ceci est également la ligne suivie par les codes néerlandais et surinamais.

Dans le droit harmonisé, la tendance objective l'a aussi emporté. Ainsi, dans les articles 45 et 61 CVIM, l'inexécution se détermine indépendamment de l'existence de la faute du contractant défaillant ou de l'existence de l'une des « causes d'exonération », ainsi désignées et prévues par l'article 79, et dont la survenance n'exclut pas la responsabilité contractuelle, mais réduit simplement l'éventail des actions en cas d'inexécution. Les PECL et les DCFR définissent, avec davantage de clarté, l'inexécution dans leurs articles respectifs 1:301 (4) et III-1:101 (3), et de façon neutre, en prévoyant

dans les 8:108 PECL et III-3:104 DCFR ce qui, avec une bonne technique, est dénommé « *excuse due to an impediment* » (exonération pour cause d'empêchement). Par la même, ils disposent qu'il existe bien une inexécution et que le débiteur n'en est pas exonéré, mais vu qu'elle est justifiée, le créancier ne pourra pas prétendre ni à l'exécution, ni à l'action en indemnisation [article 8:101 (2) PECL ; article III-3:101 (2) DCFR]. Des dispositions similaires se trouvent dans les PU (articles 7.1.1 et 7.1.7 relatifs à la force majeure). Et, de même, à l'article 87 CESL l'inexécution est définie comme étant « tout défaut d'exécution de l'obligation en question, qu'elle soit ou non justifiée », les causes d'exonération étant régies par l'article 88 CESL.

Article 7.1.2 : *Inexécution essentielle*

L'inexécution de l'obligation est essentielle si :

- a) le strict respect de l'obligation fait partie de l'essence même du contrat ; ou**
- b) l'inexécution prive substantiellement l'autre partie contractante de ce à quoi elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que lors de la conclusion du contrat le résultat n'ait pas été prévu ni ne pouvait raisonnablement l'être ; ou**
- c) l'inexécution permet à la partie lésée de croire que, au regard des circonstances, elle ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution par l'autre partie.**

COMMENTAIRE

Le concept d'inexécution grave ou essentielle est important au regard de l'articulation des mécanismes de défense ou des actions dont la partie lésée peut disposer face au préjudice subi.

Les systèmes de tradition française ou espagnole ne délimitent pas légalement l'inexécution essentielle. Ce rôle a été laissé à la jurisprudence, qui a exigé l'existence d'une inexécution importante pour admettre la voie de l'action résolutoire (commentaire sous l'article 7.3.1 des présents Principes). De même, certains codes de commerce, dans les dispositions qui régissent les contrats en particulier, requièrent que l'inexécution soit importante pour pouvoir l'admettre comme une cause juste de

la résolution du contrat (p. ex. article 973 du code de commerce colombien pour le contrat d'approvisionnement et l'article 1.325 du code de commerce colombien pour le contrat d'agent commercial ; article 711 du code de commerce guatémaltèque pour le contrat d'approvisionnement ; ou l'article 773 du code civil hondurien pour le contrat de vente). Pour sa part, le droit néerlandais méconnaît à la fois le concept et son application.

Dans les systèmes anglo-américains, il existe toutefois une construction large du concept dénommé *substantial failure in performance*, par la jurisprudence comme par le législateur [*Boone c/Eyre* (1789), 1H Black 273 ; *Glaholm c/Hays* (1841), 2 Man & G 25 ; *Universal Cargo Carrier Corp c/Citati* (1957), 2 QB 401 ; *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd c/Kawasaki Kisen Kaisa Ltd* (1962), 2 QB 26 ; *Photo Production Ltd c/Securicor Transport Ltd.* (1980), UKHL 2 ; *Thomson c/Corroon* (1993), *Privy Council Appeal* d'Antigua-et-Barbuda 42 WIR 157 ; sections 241 et 242 du *Second Restatement of Contracts* ; article 2-612 (2) UCC ; article 31 (2) du *Sale of Goods Act* anglais et jamaïcain ; article 32 (2) du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago ; et l'article 32 (2) du *Sale of Goods Act* du Belize].

Dans le droit uniforme, l'article 25 CVIM établit le concept d'inexécution essentielle en utilisant les *tests* du « préjudice substantiel » et de la « prévisibilité du résultat », qui déterminent un concept objectif d'inexécution essentielle, et qui manquent à tous les autres textes. Partant de ces critères, les articles 7.3.1 (2) PU, 8:103 PECL et III.3:502 DCFR en ajoutent d'autres qui requièrent, d'une part, l'accord des parties et, d'autre part, l'élément intentionnel ou subjectif (dont l'établissement de la preuve est difficile). L'article 87.2 CESL revient au modèle objectif en disposant que l'inexécution sera essentielle si « elle prive substantiellement l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie défaillante n'ait pas prévu ou n'ait pas été censée prévoir ce résultat au moment de la conclusion du contrat ; ou (b) elle est de nature à indiquer clairement que l'on ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par la partie défaillante ».

L'article proposé dans les Principes OHADAC opte également pour un concept objectif d'inexécution essentielle, de type anglais et comme les textes uniformes sur la vente, en établissant la liste des critères qui permettent de déterminer quand ce type d'inexécution intervient. Malgré la généralité des critères fixés, il n'est pas inimaginable que des hypothèses précises, considérées par les parties comme une inexécution grave, ne figurent pas dans la liste, auquel cas il est recommandé d'ajouter une clause au contrat afin de compléter la règle.

Le premier critère découle de la nature de l'obligation contractuelle qui, d'un commun accord entre les parties ou parce que le contrat même et les circonstances dans lesquelles la prestation doit être exécutée, revêt un caractère essentiel pour la satisfaction des intérêts du créancier.

Exemple 1 : Les parties ont convenu que la chose sera délivrée obligatoirement à un moment déterminé, passé ce délai le créancier n'est plus intéressé par l'exécution. Le défaut d'exécution dans le délai essentiel constitue une inexécution grave.

Le second facteur porte sur la privation substantielle pour le créancier de ce à quoi il était raisonnablement en droit d'espérer au regard de la nature et des termes du contrat. Quand la privation est « substantielle », la question devra être analysée au cas par cas, selon les circonstances de l'espèce. En outre, ne constituera pas une inexécution substantielle le préjudice grave porté au droit du créancier suite à une inexécution qui n'était pas raisonnablement prévisible lors de la conclusion du contrat. Cette prévisibilité découlera également des déclarations faites par les parties pour la passation du contrat, du contrat lui-même et des circonstances dont il a été tenu compte au moment de passer le contrat (information fournie par les parties, accords préliminaires, etc.).

Exemple 2 : Les entreprises A et B ont convenu que A construira pour B un garage afin de stationner de la machinerie lourde. Elles conviennent d'un projet mais reconnaissent à A le droit d'y effectuer des modifications mineures. Après le commencement des travaux, A décide de modifier le projet pour des raisons économiques. Cette modification consiste à diminuer l'embrasement de la porte d'entrée de 5 cm de chaque côté. À la livraison des travaux, il apparaît que certains véhicules lourds, qui devaient être entreposés dans ce garage, dépassent les dimensions de la porte. La privation grave de fonctionnalité de la chose n'était pas prévisible pour A, vu qu'à aucun moment de la négociation B n'a porté à sa connaissance les dimensions des machines qui seraient stationnées dans le bâtiment.

En dernier lieu, le troisième critère porte sur l'inexécution qui, au regard des circonstances dans lesquelles elles se déroulent, donne des raisons suffisantes à la partie lésée de penser de façon raisonnable que l'autre partie n'exécutera pas ses obligations dans le futur. Dans la rédaction de ce troisième paramètre de mesure de l'inexécution grave, il a été omis d'évaluer l'élément subjectif qui est utilisé dans les PU, les PECL et le DCFR, et qui se réfèrent à une inexécution « intentionnelle ». Cela n'empêche pas que l'intentionnalité puisse et doive être prise en compte en vue d'évaluer les circonstances qui amènent la partie lésée à penser qu'il n'y aura pas d'exécution. Toutefois, une mention rigide relative à l'intention du contractant peut

entraîner des difficultés d'application particulière et ce, non seulement dans les systèmes de *common law*.

Exemple 3 : Reprenant les faits de l'exemple 2, l'entreprise de construction A paralyse les travaux qui viennent de commencer du fait de la proposition de l'entreprise C de réaliser les travaux de construction dans des conditions économiques plus avantageuses. Dans l'impossibilité de faire face au coût des deux projets, A décide de ne pas exécuter le contrat passé avec B. Les circonstances de ce cas de figure permettent de qualifier l'inexécution comme essentielle, par conséquent B aura le droit de demander la résolution du contrat sans avoir nécessairement besoin de concéder un délai supplémentaire d'exécution [article 7.3.1 (1) Principes OHADAC].

CLAUSE SPÉCIFIQUE D'INEXÉCUTION ESSENTIELLE

L'amplitude des hypothèses qui caractérisent l'inexécution essentielle dans le présent article requiert d'introduire, dans certains contrats, une clause spécifique afin d'envisager l'inexécution grave ou essentielle pour le contrat en question.

« L'inexécution sera grave (ou essentielle) si elle comporte la violation des obligations contenues dans les clauses (...) du présent contrat ».

Article 7.1.3 : Remèdes en cas d'inexécution

- 1. En cas d'inexécution, et sous réserve du droit de correction par le débiteur, le créancier bénéficie des remèdes prévus dans ce chapitre, mais il ne peut pas réclamer des dommages-intérêts si l'inexécution est justifiée conformément à l'article 7.1.8 de ces Principes.**
- 2. Les remèdes peuvent se cumuler à moins qu'ils soient incompatibles.**
- 3. Le créancier qui réclame le droit à l'exécution peut se prévaloir d'un autre moyen si elle n'obtient pas satisfaction.**

COMMENTAIRE

1. Remèdes disponibles et possibilité de cumul

Le choix opéré quant à l'unité du concept d'inexécution permet de présenter dans les présents Principes un cadre harmonieux de mesures, d'actions ou de recours, qui sont exposés dans les sections 2, 3 et 4 du présent chapitre. Ce cadre comprend le droit à l'exécution, à la résolution du contrat et à la réparation par des dommages et intérêts. Ce à quoi, il convient d'ajouter la suspension de l'exécution même, prévue à l'article 7.1.4.

Les droits de traditions française et espagnole n'ont pas établi un système d'inexécution et de remèdes, mais régissent la matière de façon fragmentée, en déplaçant, par exemple, la résolution du contrat dans les obligations conditionnelles. En effet, ils considèrent que le droit de résoudre le contrat constitue une condition résolutoire implicite des obligations réciproques des parties (commentaire sous l'article 7.3.1). Au contraire, dans le droit anglo-américain, malgré la coutume anglo-saxonne de fuir les catégories et les classifications, il existe bien un seul système de remèdes, tout comme dans les textes de droit uniforme et dans l'article 125 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Le point de départ de l'application de l'ensemble des moyens permettant d'engager la responsabilité contractuelle dans les Principes OHADAC est l'inexécution par l'une des parties contractantes. Aussi dans certains cas, ces remèdes ne sont disponibles que sous certaines conditions. Par exemple, pour pouvoir obtenir directement la résolution, l'inexécution doit être grave [article 7.3.1 (1) Principes OHADAC], et le créancier n'aura droit à aucune indemnisation pour le préjudice subi dû au défaut d'exécution si cette inexécution entre dans les causes qui la justifie telles qu'énoncées à l'article 7.1.8 des Principes OHADAC.

Malgré la déclaration générale faite au paragraphe premier du présent article, le créancier ne disposera pas de l'éventail de remèdes si l'inexécution est exclusivement due à son action ou omission [article 7.1.2 PU ; article 8:101 (3) PECL ; article III-3:101 (3) DCFR ; articles 106.5 et 131.4 CESL]. Si le créancier a participé à l'inexécution ou à ses effets, la question est dès lors différente et relève de l'article 7.4.4 des présents Principes.

Le second paragraphe prévoit le cumul des remèdes pour engager la responsabilité contractuelle, tant qu'ils ne seront pas incompatibles entre eux. Plus particulièrement, l'indemnisation est compatible avec l'exécution et la résolution du contrat (articles 7.3.5 et 7.4.1 et leurs commentaires respectifs). En toute logique, le droit à l'exécution

et à la résolution du contrat sont incompatibles, car personne ne peut à la fois prétendre à l'extinction et au maintien du contrat.

2. *Ius variandi* parmi les remèdes

Le paragraphe trois du présent article régit le *ius variandi* parmi les remèdes, qui figure dans certains systèmes nationaux de la zone caribéenne.

En droit français, bien que le code civil ne le prévoit pas expressément, la jurisprudence reconnaît la liberté de changer de remède durant le cours de la procédure judiciaire (y compris l'appel). Cela signifie que le choix de résoudre le contrat n'empêche pas d'en demander ensuite l'exécution ou vice-versa, vu que la cour de cassation française considère que l'une et l'autre de ces actions constituent « deux modes différents de l'exercice du même droit » (Cass. 3^{ème} civ., 26 avril 1989). Dans la majorité des autres systèmes, toutefois, le *ius variandi* n'est pas libre, mais est soumis à des restrictions qui trouvent leur justification dans la protection du co-contractant et dans son droit d'être assuré que la déclaration du créancier ne va pas être modifiée, et qu'il peut compter organiser ses intérêts en fonction de celle-ci. Ainsi, les articles 1.386 du code civil hondurien, 747 du code de commerce hondurien, 1.949 du code civil mexicain, 1.536 du code civil guatémaltèque, 1.009 du code civil panaméen et 1.077 du code civil portoricain proposent le changement de remèdes en partant de la mesure de protection particulière pour aller jusqu'à la résolution du contrat, mais non le contraire. En outre, la possibilité de changer de remède est caractérisée dans la majeure partie des systèmes par l'impossibilité d'exécuter.

Dans les systèmes anglo-américains, la question n'a pas été soulevée, puisque l'exécution n'est pas considérée comme un remède normal. Toutefois, dans la mesure où ces systèmes permettent la résolution du contrat au moyen d'une simple communication sans délai de préavis préalable obligatoire, des règles se sont mises en place afin d'éviter des changements d'avis subits de la part de la partie lésée, de sorte que si celle-ci renonce à son droit à la résolution du contrat, elle ne pourra revenir sur sa décision que par une communication raisonnable [*Charles Rickards Ltd v Oppenheim* (1950), 1 KB 616].

Dans les propositions d'harmonisation du droit privé, alors que les PU visent expressément la possibilité de changer de mécanisme (article 7.2.5), les PECL et le DCFR ne résolvent pas directement la question, même si dans le commentaire des articles 8:102 PECL et III-3:102 DCFR, il est bien prévu une série de conditions permettant de modifier la prétention initiale.

Dans la lignée de ces textes de référence et en écho aux dispositions des systèmes caribéens de droit civil, les Principes OHADAC permettent de changer de remède en partant de l'exécution en allant jusqu'à la résolution du contrat, dès lors que la première n'aura pas permis au créancier d'obtenir satisfaction, et à condition que le *ius variandi* ne soit pas exercé hors délai ni qu'il ne cause préjudice au débiteur. Par conséquent, si le créancier opte pour l'exécution et en informe ainsi le débiteur, et que ce dernier, comptant sur cette décision, a pris des mesures en vue de préparer l'exécution, le créancier ne peut ensuite, selon son humeur, modifier son choix. La loyauté des affaires et la sécurité juridique constituent les limites du *ius variandi*. Par contre, le créancier pourra bien changer de remède si, après avoir opté pour l'exécution, celle-ci devient impossible ou si le nouveau moyen obtenu après la demande d'exécution s'avère, lui aussi, non conforme au contrat.

Exemple : l'entreprise A, du pays X, a chargé l'entreprise de marketing B du pays Y d'un projet de campagne publicitaire pour la promotion d'un produit déterminé, conforme aux directives de qualité indiquées dans le contrat. Suite à la remise du projet initial, celui-ci ne correspond pas aux stipulations du contrat et présente de graves erreurs. Malgré cela, l'entreprise A décide d'opter pour l'exécution, en concédant un nouveau délai à B pour qu'il corrige la prestation défectueuse. Le nouveau projet livré présente à nouveau des erreurs, A décide finalement de résoudre le contrat.

Article 7.1.4 : *Suspension de l'exécution*

- 1. Une partie tenue d'exécuter son obligation, en même temps que l'autre partie, peut en suspendre l'exécution tant que cette dernière n'a pas exécuté ou n'a pas offert d'exécuter la sienne.**
- 2. Une partie tenue d'exécuter son obligation, après l'autre partie, peut en suspendre l'exécution tant que cette dernière n'a pas exécuté la sienne.**
- 3. En tout état de cause, la partie tenue d'exécuter son obligation peut en suspendre l'exécution s'il est évident que l'autre partie n'exécutera pas la sienne à l'échéance.**

COMMENTAIRE

La règle proposée reprend l'institution de la *exceptio non adimpleti contractus*, un moyen de défense qui est conféré au débiteur d'une obligation réciproque afin qu'il puisse refuser, légitimement, d'exécuter sa propre prestation, tant que l'autre partie n'aura pas exécuté la sienne ou n'acceptera pas de le faire.

Les systèmes de tradition romaniste justifient la *exceptio* dans la théorie générale de la cause : l'idée sous-jacente de ce remède face à l'inexécution est que, dans les obligations réciproques, la cause de l'obligation de l'une des parties disparaît dès lors que l'autre partie n'exécute pas l'obligation qui lui revient. Ainsi, dans les pays OHADAC qui suivent cette tradition, l'exercice de la *exceptio* se base sur les articles relatifs au caractère synallagmatique des obligations réciproques et au principe d'exécution simultanée qui sous-tend ce type d'obligations (article 1.609 du code civil colombien ; article 692 du code civil costaricain ; article 295 du code civil cubain ; articles 1.146 et 1.184 des codes civils français et dominicain ; 1.432 du code civil guatémaltèque ; article 1356 du code civil haïtien ; article 1.356 du code civil hondurien ; article 1.949 du code civil mexicain ; article 1.860 du code civil nicaraguayen ; article 985 du code civil panaméen ; article 1.053 du code civil portoricain). L'article 1.168 du code civil vénézuélien, encore plus explicite, reprend expressément la possibilité pour chaque contractant de refuser d'exécuter la prestation, si l'autre n'exécute pas la sienne. Quant aux articles 262 et 263 du code civil néerlandais, littéralement reproduits par les mêmes articles du nouveau code civil surinamais, ils régissent expressément cette exception à l'exécution, en permettant son application y compris face à une inexécution prévisible du débiteur. Cette tendance à régir expressément la suspension de l'exécution est reflétée également dans l'article 160 de la proposition de réforme du droit français des obligations de 2008, qui reconnaît expressément le droit de suspendre l'exécution des obligations réciproques, et qui l'écarte dans les cas où cela s'avérerait contraire à la bonne foi. Il s'agit d'une limite qui impose que l'exécution soit suspendue à hauteur de l'inexécution de l'autre. De même, les articles 125 et 127 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 reprennent expressément cette exception.

Le contenu de ce remède n'est pas étranger aux systèmes anglo-américains, qui reconnaissent l'exception d'exécution, en permettant au créancier de retenir sa propre obligation jusqu'à ce que soit exécutée l'obligation réciproque [*Bollech v Charles County* (2003), MD, 166 F. Supp 2d 443 ; *SMR Technologies Inc v Aircraft Parts international Combs Inc* (2001) WD Ten. 141 F. Supp. 2d 923, 932 ; *Pack v Case* (2001), Ut. CA, 30 P. 3d 436, 441 ; *Universal Cargo Carriers Corporation v Citati* (1957), 2 QB 401.450]. Toutefois, dans les pays de la *common law*, le droit de suspendre l'exécution

de l'obligation se limite au cas d'inexécution essentielle et aux hypothèses où le contrat subordonne, implicitement ou explicitement, l'exécution d'une obligation déterminée à l'exécution d'une autre prestation [section 53 (1) (a) du *Sale of Goods Act* anglais ; de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas et de Trinité-et-Tobago ; section 52 (1) (a) du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 54 (1) (a) du *Sale of Goods Act* du Belize et section 2-609 UCC]. Dans les autres hypothèses, le créancier doit exécuter entièrement son obligation, même s'il peut réclamer des dommages et intérêts à l'autre partie en cas d'inexécution fautive (*breach of contract*).

Les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats régissent également expressément ce remède face à l'inexécution dans les obligations réciproques. Ainsi, les PU se réfèrent à la suspension de l'exécution à titre général dans l'article 7.1.3 et la partie qui a de bonnes raisons de croire que l'autre partie ne procédera pas à l'exécution essentielle peut réclamer d'obtenir les garanties correspondantes de l'exécution et suspendre en attendant l'exécution de ses propres obligations (article 7.3.4). Quant à l'article 9:201 PECL, il permet d'utiliser la suspension de l'accomplissement de l'obligation comme le moyen de faire pression sur la partie qui n'a pas exécuté, y compris dans les cas où l'inexécution revêt peu d'importance, à condition que le montant de l'obligation objet de la suspension ne soit pas disproportionné par rapport à l'obligation non exécutée et que la partie qui suspend l'obligation agisse de bonne foi. Il est également autorisé à suspendre l'exécution de ses propres obligations face à une inexécution prévisible, même si celle-ci n'est pas essentielle. De même, le DCFR régit expressément le droit de suspendre l'exécution des obligations réciproques (article III-3:401), y compris face à une inexécution prévisible, et subordonne son exercice avec le principe de *good faith and fair dealing* (article I-1:103). Dans le système de la CVIM, la suspension de l'exécution est reconnue face à l'inexécution prévisible du débiteur (article 71), sans qu'il soit nécessaire que l'inexécution soit essentielle, mais par contre il est bien exigé que cela affecte une partie substantielle des obligations contractées et que cela soit communiqué à l'autre partie, laquelle pourra éviter la suspension en apportant les garanties suffisantes prouvant qu'elle exécutera ses engagements. La même portée est conférée au droit de suspendre l'exécution par les articles 113 et 115 CESL.

Les paragraphes premier et deuxième du présent article des Principes OHADAC se consacrent expressément à la *exceptio non adimpleti contractus*, en tant que remède contre l'inexécution, tout en distinguant la situation où le créancier devra exécuter son obligation de manière simultanée ou postérieure à celle du débiteur. Cette mesure, qui est reconnue d'une manière ou d'une autre dans tous les territoires OHADAC, permet

au créancier de réagir face à l'inexécution de l'autre partie et de faire pression sur elle pour obtenir l'exécution. Il n'est pas nécessaire que l'inexécution soit essentielle pour que le créancier puisse recourir à la *exceptio*. C'est davantage dans les cas d'inexécution essentielle de l'article 7.1.2 que le créancier se fondera sur la résolution (article 7.3.1). Par conséquent, le contexte logique d'application de la suspension de sa propre exécution est celui dans lequel le défaut d'exécution émane d'une rupture fondamentale dans l'exactitude des engagements, et qui en général restera conforme aux intérêts du créancier s'il est exécuté correctement. La solution est donc différente de celle de la résolution pour laquelle la gravité de l'inexécution doit correspondre ou générer une situation de rupture dans les éléments fondamentaux portant sur l'éventuelle satisfaction des intérêts du créancier.

Exemple : Une entreprise d'informatique signe un contrat par lequel elle s'engage à l'entretien et à l'assistance technique des ordinateurs de son client, ce dernier s'engageant, en contrepartie, à payer une somme déterminée mensuellement, dans les 5 premiers jours de chaque mois. Deux mois après le commencement de la relation contractuelle, le client n'a toujours pas payé le montant mensuel convenu, par conséquent l'entreprise d'informatique n'est pas tenue de répondre aux demandes d'interventions sur les équipements informatiques.

Le paragraphe trois permet à l'une des parties de suspendre l'exécution de sa propre obligation, face à une hypothèse d'inexécution prévisible de l'autre partie. Cette solution est reconnue tant dans les systèmes de tradition de *common law* [section 41 (1) du *Sale of Goods Act* anglais, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas et de Trinité-et-Tobago ; section 42 (1) du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 40 (1) du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque] que dans les systèmes de tradition romaniste (article 336 du code de commerce costaricain ; article 1.653 des codes civils français et dominicain ; article 1.828 du code civil guatémaltèque ; article 6:263 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 752 du code de commerce hondurien ; article 384 du code de commerce nicaraguayen). De la même manière, la CESL contient des règles particulières pour le cas où, avant la date d'échéance pour l'exécution, il s'avère manifeste que l'autre partie n'exécutera pas une partie substantielle de ses obligations ou n'exécutera pas une obligation essentielle (article 71). De même dans le système des PECL, dès lors qu'une partie a l'obligation d'exécuter en premier lieu, elle a le droit de différer son exécution s'il s'avère clairement que l'autre partie n'accomplira pas son obligation à l'échéance. Dans ce cas, la partie qui doit exécuter en premier a le droit de résoudre le contrat en cas d'inexécution prévisible (p. ex. article 9:304).

Article 7.1.5 : Correction par le débiteur

- 1. Le débiteur peut, à ses frais, prendre toute mesure destinée à corriger l'inexécution, pourvu que :**
 - a) il donne, sans retard indu, notification de la mesure indiquant comment et à quel moment elle sera effectuée ;**
 - b) la mesure soit appropriée aux circonstances ;**
 - c) le créancier n'ait aucun intérêt légitime à la refuser ; et**
 - d) la mesure soit prise sans retard.**
- 2. Le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations tant que la correction n'a pas été effectuée.**
- 3. Nonobstant la correction, le créancier conserve le droit à des dommages-intérêts pour le retard occasionné, de même que pour le préjudice causé ou qui n'a pu être empêché. Néanmoins, les droits du créancier qui sont incompatibles avec l'exécution des prestations du débiteur sont eux-mêmes suspendus par la notification effective de la correction jusqu'à l'expiration du délai prévu.**
- 4. La notification de la résolution du contrat ne porte pas atteinte au droit à la correction.**

COMMENTAIRE

La possibilité de corriger l'inexécution vise à favoriser la préservation du contrat ainsi qu'à atténuer les dommages causés par son inexécution. La présente disposition correspond aux solutions des textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, qui régissent expressément ce droit largement reconnu tant dans les systèmes anglo-américains que dans la jurisprudence des pays de tradition romano-germanique.

Le droit à la correction de l'inexécution apparaît expressément dans la section 2-508 UCC et a été reconnu par la jurisprudence anglaise [*Borrowman Philips & Co v Free &*

Hollis (1878), 4 Q.B.D. 500 CA]. De même, dans le nouveau code civil surinamais, qui reprend les solutions du code civil néerlandais en la matière, le droit de corriger l'inexécution est expressément reconnu, et il est prévu que le créancier peut refuser la prestation du débiteur s'il ne propose pas de l'indemniser pour les dommages subis et de lui rembourser les frais occasionnés (article 6:86 du code civil). Dans les deux cas, il est prévu que le droit de corriger intervient au moment où le créancier notifie au débiteur son choix de réclamer des dommages et intérêts au lieu de l'exécution ou de la résolution du contrat (article 6:87 du code civil).

Dans les systèmes des autres pays qui composent la zone OHADAC, il n'existe pas de disposition consacrant expressément un tel droit au débiteur car dans les droits français et espagnol dont ils sont issus ou desquels ils dépendent directement, il n'existe pas non plus une disposition régissant expressément ce droit. Par conséquent, le droit de corriger l'inexécution a été reconnu par les juridictions [arrêt de la Cour de Cassation (*Civ*) du 24 février 1970]. Toutefois, si le défendeur fait une proposition pour corriger l'inexécution après avoir exercé une action résolutoire, la correction peut être refusée [arrêt de la Cour de Cassation (*Civ*) du 15 février 1967]. Le droit de corriger peut également découler des articles 1.609 et 1.546 du code civil colombien ; 295 et 306 du code civil cubain ; 1.138 des codes civils dominicain et français ; 937 du code civil haïtien ; 1.386 du code civil hondurien ; 1.949 du code civil mexicain ; 1.859 et 1.885 du code civil nicaraguayen ; 985 et 1.009 du code civil panaméen ; 1.053 et 1.077 du code civil portoricain ; et 1.269 et 1.167 du code civil vénézuélien.

Les présents Principes optent pour une disposition expresse de ce droit, dont l'exercice est reconnu dans tous les pays de la zone OHADAC, en suivant le modèle des textes de codification internationale en matière de contrats (article 48 CVIM ; article 7.1.4. PU ; article 8:104 PECL ; articles III-3:201 à 3:204 DCFR). La présente disposition détaille les conditions pour l'exercice de ce droit conféré au débiteur, et en particulier celle portant sur la notification et la portée de la correction, ainsi que les droits du créancier.

Le présent article exige que le débiteur, immédiatement après avoir reçu la notification du créancier de son souhait de prendre les mesures destinées à corriger l'inexécution, notifie à son tour au créancier et sans retard injustifié son intention de corriger lui-même l'inexécution, à condition que la correction s'effectue aussi sans retard injustifié. En outre, le moment pour exécuter le droit de corriger est fondamental, car le débiteur ne peut pas imposer un délai d'attente supplémentaire au créancier pour exécuter son obligation, l'absence de préjudice du créancier ne pouvant en aucun cas justifier le retard de celui qui n'exécute pas son obligation. Dans sa notification, il devra indiquer

précisément quand et comment il procèdera à la correction, celle-ci pouvant inclure la réparation et/ou le remplacement, ainsi que toute autre action destinée à réparer l'inexécution et à fournir au créancier tout ce qu'il est en droit d'espérer du contrat.

Il est également requis que la mesure de correction soit appropriée aux circonstances du contrat, de sorte qu'il est raisonnable de permettre au débiteur de faire une nouvelle tentative d'exécution. Les éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère approprié ou non de la mesure de correction, comprennent le fait de savoir si la mesure envisagée fait espérer une exécution effective du contrat et si le retard nécessaire ou probable pour effectuer la mesure de correction ne constituerait pas en soi une inexécution essentielle. Cela ne signifie pas que la mesure de correction devra être écartée par le seul fait que l'inexécution ait été considérée comme essentielle. En tout cas, le droit à la correction ne peut être restreint par le fait que le créancier change, après sa notification, d'avis.

Exemple : La société A conclut un contrat avec la société B en vertu duquel elle s'engage à installer une usine de traitement d'agrégats de construction. La société A assume la responsabilité de la planification, des dessins et de l'exécution du projet ainsi que le montage de l'usine de traitement d'agrégats et elle s'engage à livrer l'usine entièrement équipée et prête à fonctionner pour traiter les agrégats de la construction, afin de permettre de les commercialiser comme agrégats recyclables avant le 1^{er} janvier. Toutefois, à l'échéance, une trémie et cinq des dix bandes transporteuses nécessaires à l'activité de recyclage ne sont toujours pas livrées et mises en fonctionnement. Le même jour, la société A informe son client par écrit que le 10 janvier, elle livrera toutes les marchandises et mettra l'usine en fonctionnement.

Finalement, l'intérêt du créancier de refuser la mesure de correction est à prendre en compte et cet intérêt doit être légitime, et ne peut pas consister en une simple volonté de ne pas poursuivre la relation contractuelle pour empêcher le droit du débiteur. Cette limite au droit de corriger correspond à l'idée d'inexécution essentielle, mais également à l'inexécution anticipée. Par conséquent, il faut considérer que le créancier aura un intérêt légitime à refuser la correction s'il a des raisons de croire que le débiteur ne pourra pas se corriger.

Après que le débiteur a notifié son intention de se corriger, et si les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, le créancier pourra suspendre l'exécution de sa prestation jusqu'au moment de la réparation effective de l'inexécution. Toutefois, le créancier ne pourra exercer aucune action qui serait incompatible avec l'exécution effective du contrat, ce qui justifie que la notification de la résolution du contrat n'exclue pas le droit du débiteur à corriger son inexécution.

Si le créancier a correctement résolu le contrat (en application de l'article 7.3.1), la résolution restera en attente d'une notification effective de la mesure de correction, avant de produire ses effets à compter du moment où le délai de correction aura expiré sans que l'inexécution essentielle n'ait été corrigée.

Le débiteur est tenu responsable des dommages occasionnés par l'inexécution, même si la mesure de correction a réussi. De même, il est responsable du dommage supplémentaire causé par la mesure de correction, pour le retard dans l'exécution ou pour tout autre type de dommage qui n'aura pas pu être évité par la mesure de correction (principe de réparation intégrale).

Si le créancier reçoit notification effective de la mesure de correction il doit l'accepter et coopérer avec le débiteur, en lui permettant par exemple d'effectuer tout contrôle qui sera raisonnablement nécessaire pour mener à bien la mesure de correction. Si le créancier refuse la correction qui lui a été demandée, la notification de la résolution du contrat ne produira pas d'effet et ne pourra pas permettre d'obtenir des dommages et intérêts que la correction aurait permis d'éviter.

Article 7.1.6 : *Délai d'exécution supplémentaire*

- 1. En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations.**
- 2. Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses propres obligations et demander des dommages-intérêts mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen, à moins que le débiteur n'indique qu'il n'exécutera pas l'obligation durant le délai supplémentaire imparti.**
- 3. Si le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle, le créancier qui a notifié à l'autre partie la concession d'un délai supplémentaire d'exécution d'une durée raisonnable peut résoudre le contrat dès la fin de ce délai. Un délai supplémentaire d'une durée déraisonnable est porté à une durée raisonnable.**

4. En tout état de cause, le créancier peut, dans sa notification, stipuler que l'inexécution des obligations dans le délai imparti mettra fin de plein droit au contrat.

COMMENTAIRE

L'institution qui inspire le présent article des Principes OHADAC est le *Nachfrist* du droit allemand (§ 323 BGB). La reconnaissance d'un délai supplémentaire est fondée sur le concept global de l'inexécution relevant des Principes OHADAC, et dans le cadre duquel la mise en demeure n'est pas nécessaire pour permettre à la partie lésée de démontrer qu'il y a inexécution par l'autre partie. Du fait que, conformément aux présents Principes, la résolution du contrat appartient au créancier, et non au tribunal ou à l'arbitre, chaque fois qu'une inexécution essentielle se produira ou chaque fois que les conditions de la résolution du contrat seront réunies (articles 7.3.2 et 7.3.3 des présents Principes), le créancier pourra mettre fin au contrat en le notifiant au débiteur.

Dans la tradition romano-germanique, la concession d'un délai supplémentaire pour l'exécution peut se fonder sur les dispositions permettant au juge, s'il existe des causes justifiées, de fixer un délai supplémentaire au débiteur pour qu'il exécute le contrat avant d'en prononcer la résolution (article 1.184 des codes civils français et dominicain ; article 974 du code civil haïtien ; article 1.386 du code civil hondurien ; article 1.009 du code civil panaméen ; article 1.077 du code civil portoricain). L'article 134 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 s'avère davantage explicite car il permet au créancier de résoudre le contrat en le notifiant au débiteur qui, n'ayant pas respecté les délais, n'a pas non plus exécuté ses obligations dans un délai raisonnable. Pour sa part, l'article 748 du code de commerce hondurien impose au créancier le devoir de mettre en demeure le débiteur d'exécuter son obligation dans un nouveau délai imparti, qui ne peut être inférieur à quinze jours, à moins que la nature du contrat, les usages ou l'accord permette un délai inférieur. Si le délai expire sans que le contrat n'ait été exécuté, sa résolution interviendra alors de plein droit.

Des analogies peuvent être établies avec la technique « *Nachfrist* » et certaines institutions de *common law*. Par exemple, dès lors que dans un contrat de location il a été convenu que le donneur à bail pourra résoudre le contrat en cas d'impayé du locataire, en cas de retard d'un seul loyer, l'article 146 du *Law of Property Act* anglais

prévoit la concession d'un délai d'exécution supplémentaire et le pouvoir pour le juge de fixer un nouveau délai de grâce (*relief against forfeiture*). En matière de consommation, il est également exigé la concession d'un délai supplémentaire pour l'exécution (articles 87 et 88 du *Consumer Credit Act 1974*, pour le Royaume-Uni ; et sections 5-110 et 5-111 du *Uniform Consumer Credit Code* pour les États-Unis).

La possibilité de conférer un délai supplémentaire au débiteur figure expressément contenue dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats. Ainsi, les articles 47 (1) et 63 (1) CVIM reconnaissent, respectivement à l'acquéreur et au vendeur, la possibilité de fixer un délai supplémentaire d'une durée raisonnable afin que l'autre partie puisse exécuter les obligations qui lui incombent. De la même manière, l'article 7.1.5 PU permet au créancier de concéder au débiteur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de sa propre obligation. À l'expiration de ce délai le contrat pourra être résolu *ex article 7.3.1 (3)*. De même, l'article 8:106 (3) PECL se réfère à la notification par le créancier du délai supplémentaire pour l'exécution, durant lequel le créancier peut suspendre l'exécution de ses propres obligations et demander les dommages et intérêts correspondants. Il est reconnu au débiteur le même avantage par l'article III-3:503 DCFR. Pour leur part, les articles 115 et 135 CESL régissent la résolution pour retard suite à la notification du délai supplémentaire imparti pour l'exécution.

Les présents Principes retiennent cette solution face à l'inexécution du contrat et lui donne la même portée que les instruments internationaux, tout en précisant que durant le délai supplémentaire imparti par le créancier pour l'exécution, ce dernier ne pourra engager aucune action à l'encontre du débiteur. Par contre, il pourra mettre en attente l'exécution de sa propre obligation et réclamer des dommages et intérêts pour le retard ou pour toute autre perte occasionnée par l'exécution, sans toutefois prétendre à l'exécution ou à la résolution du contrat durant le nouveau délai imparti.

Dans le système des Principes OHADAC, l'introduction de cet article implique que la résolution du contrat est possible seulement dans deux cas : quand l'inexécution est essentielle et quand les conditions pour établir un délai supplémentaire d'exécution ne sont pas réunies. Pour ce faire, en concédant un délai raisonnable supplémentaire, la partie qui ensuite souhaite exercer l'action en résolution du contrat devra s'assurer que l'inexécution initiale (essentielle ou non) rend possible l'exercice de cette action. Se fondant sur ce postulat, le présent article distingue deux situations différentes qui reçoivent un traitement distinct. Dans le cas où la partie lésée a droit immédiatement à la résolution du contrat comme conséquence de l'inexécution par l'autre partie (inexécution essentielle), si elle a indiqué à l'autre partie qu'elle est disposée à

accepter la prestation, elle ne pourra pas changer d'avis sans en avertir le débiteur. Dans le cas où il y aura eu un retard d'exécution considérée comme non essentielle (parce que le délai ne faisait pas partie de l'essence du contrat et parce que le retard n'entraîne pas encore de conséquences graves pour la partie lésée), la partie lésée pourra résoudre le contrat après en avoir informé l'autre partie.

Dans le premier cas, l'octroi d'un délai supplémentaire pour exécuter, sans être inutile, ne confère toutefois à la partie lésée aucun droit supplémentaire. De même, quand le retard ou tout autre type d'inexécution s'avère essentiel, la partie lésée aura droit de résoudre immédiatement le contrat, tout en gardant la possibilité de ne pas le faire puisqu'elle peut accepter que le débiteur exécute quand même son obligation, à condition qu'il le fasse dans un délai raisonnable. Le processus mis en place dans ce cas permet de donner au débiteur une dernière chance d'exécuter ou de corriger une exécution défectueuse, sans que le créancier ne perde le droit de demander en justice l'exécution ou la résolution du contrat si le débiteur ne s'est toujours pas exécuté une fois le délai expiré. En outre, le fait que le créancier ne puisse pas utiliser d'autres moyens durant l'écoulement du délai supplémentaire protège le débiteur d'un changement brusque d'avis du créancier. Si le contrat n'est pas exécuté durant le prolongement du délai, le droit à la résolution du contrat en cas d'inexécution essentielle réapparaît une fois que le nouveau délai imparti est échu.

Toutefois, dans le second cas, si le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle, le créancier ne bénéficiera pas du droit de résolution immédiate par le simple fait que le délai est expiré. Par conséquent, à échéance du délai supplémentaire raisonnable concédé au débiteur par le créancier, ce dernier pourra résoudre le contrat. Le délai fixé par le créancier doit être raisonnable puisque dans le cas de retard non essentiel, le créancier se voit conférer un droit supplémentaire. En dernier recours, la fixation du délai supplémentaire sera laissée à l'appréciation du juge ou de l'arbitre, qui devra prendre en compte des facteurs comme le délai initialement fixé pour réaliser la prestation, le besoin pour la partie lésée d'obtenir une prestation rapide, à condition qu'il s'agisse d'un besoin évident pour la partie qui doit exécuter ; la nature des biens concernés ; les services ou les droits objet de la prestation ; ou la situation que le retard a provoquée (si la partie n'a pas pu exécuter du fait du mauvais temps il faudra lui concéder un allongement supérieur que s'il s'agissait d'un simple oubli d'exécution).

Exemple : Une entreprise textile conclut un contrat de vente par lequel elle s'engage à livrer à son client 100 000 pantalons *denim*, de tailles 38 à 44, avant le 1^{er} mars, afin qu'ils soient vendus pendant la période de printemps. Toutefois, à la date prévue,

l'entreprise ne livre que 25 000 pantalons, de qualité inférieure à celle convenue et avec des tailles erronées. L'acheteur concède au fabricant un délai de 30 jours pour qu'il livre toute la marchandise dans les conditions convenues. Le délai échu, l'entreprise textile n'a pas exécuté son obligation, aussi l'acheteur est en droit de résoudre le contrat.

Le dernier paragraphe du présent article permet au créancier lorsqu'il notifie que le débiteur dispose d'un délai supplémentaire, que l'inexécution soit essentielle ou non, que le contrat sera automatiquement résolu dans le cas où le débiteur ne s'exécutera pas dans le délai imparti. De sorte que, une fois que le délai est expiré, le contrat est considéré comme résolu, tout comme le prévoit également l'article 7.3.3.

Article 7.1.7 : *Clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité*

Une clause, qui limite ou exclut la responsabilité d'une partie en cas d'inexécution de sa part ou qui permet en partie une exécution substantiellement différente de celle à laquelle l'autre partie peut raisonnablement s'attendre, ne peut pas être invoquée dès lors qu'il serait manifestement inéquitable de le faire au regard du but du contrat et des circonstances propres à son inexécution.

COMMENTAIRE

1. Définition des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité contractuelle et nécessité de les réglementer

Dans le cadre international, il est fréquent d'ajouter au contrat des clauses destinées à imposer aux parties, ou à l'une d'elles, une responsabilité supérieure ou inférieure à celle que la loi prévoit en cas d'inexécution. Cette formule permet de moduler le régime de la responsabilité des contractants, dès lors que les conditions convenues sont réunies. Cette option s'avère particulièrement pertinente dans les secteurs économiques soumis à des situations à risque ou pour des opérations menées avec des partenaires relevant de pays dont les systèmes financiers n'ont pas encore atteint un niveau de stabilité.

Dans la majorité des systèmes juridiques présents dans la zone caribéenne, les parties se voient reconnaître la possibilité d'organiser librement le jeu des responsabilités, même s'il existe des différences quant à la réglementation et aux limites posées.

Dans les territoires caribéens romano-germaniques, les clauses restrictives de responsabilité manquent de règles les régissant d'une manière complète, bien qu'elles fondent leur solution sur l'auto intégration du système. Sans déprécier la riche production jurisprudentielle existant dans ce domaine, l'absence de règle spécifique, précise et transparente reconnaissant une validité auxdites clauses provoque une certaine incertitude à l'heure de l'harmonisation poursuivie.

Ainsi, dans les systèmes de tradition romaniste, les clauses limitatives de responsabilité sont juridiquement possibles grâce au principe de l'autonomie de la volonté, même si elles sont limitées par le respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs (article 1.616 en relation à l'article 1.604 du code civil colombien ; article 312 du code civil cubain ; article 1.547 du code civil hondurien ; article 702 du code de commerce hondurien ; article 2.437 du code civil nicaraguayen ; 1.106 du code civil panaméen ; article 1.207 du code civil portoricain). Dans les codes civils costaricain (article 1.092) et vénézuélien (article 1.505), les clauses limitatives sont régies dans le cadre des contrats de vente. En droit français, le fait que la loi ne prévoit rien dans ce domaine génère un débat quant à la validité de telles clauses. L'argument principal en leur faveur repose sur la liberté contractuelle de l'article 1.134 des codes civils français et dominicain ou de l'article 925 du code civil haïtien, même s'il est certain que dans le système français il existe des articles précis qui interdisent les clauses restrictives de responsabilité dans des contrats déterminés ou dans des circonstances particulières. Les projets successifs de réformes du code civil traitent bien précisément de cette question (article 76 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013), et considèrent que les clauses qui privent l'obligation essentielle de sa substance seront réputées non écrites. Et les systèmes issus du droit néerlandais n'ont pas non plus de dispositions expresses en la matière. La validité de ces clauses limitatives découle de l'article 6:248 des codes civils néerlandais et surinamais.

Au Royaume-Uni, le *Unfair Contract Terms Act* (UCTA) de 1977 contient un système de contrôle qui présente l'inconvénient de ne pas englober tous les contrats, ni toutes les clauses, du fait qu'il s'agit d'une réglementation à objectifs limités. Il régit les clauses d'exonération et de limitation (*exemption* et *exclusion clauses*) de la responsabilité de l'entrepreneur dans le cas des contrats-types (section 3), étant donné qu'il s'agit d'une loi visant à protéger la partie faible au contrat, même s'il englobe tous les contrats entre entreprises et les contrats à la consommation. Dans les limites fixées par la

UCTA, l'article 55 du *Sale of Goods Act* anglais permet d'exonérer et de modifier les droits, obligations et responsabilités qui découlent légalement du contrat, moyennant un accord exprès ou tacite. Une disposition identique existe dans les *Sale of Goods Act* respectifs de Montserrat, de Barbuda, des Bahamas et de Trinité-et-Tobago ; section 54 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; et dans la section 56 du *Sale of Goods Act* du Belize. Dans le droit étatsunien, la section 2-719 UCC vise la modification ou la limitation de la responsabilité contractuelle, par exemple en prévoyant expressément que les parties disposent d'un remède unique. Toutefois, une limite est posée pour le cas où les circonstances de l'espèce ne permettraient pas au moyen unique d'atteindre son objectif essentiel. Dans ce cas, il pourra être fait recours aux remèdes légaux. Une nuance est apportée par la section 2-316 UCC qui prévoit que, si les parties veulent s'en remettre à une clause d'exonération, elles doivent le faire de façon visible et le mentionner clairement dans le contrat.

Dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats, l'article 7.1.6 PU établit qu'une partie ne pourra pas se prévaloir d'« une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ». La formule contenue dans cet article, d'influence anglo-saxonne, est suffisamment large pour englober tous les types d'accords relatifs à la restriction de responsabilité contractuelle. De même, il opère une distinction entre la limite directe ou indirecte de la responsabilité en cas d'inexécution. Quant à l'article 8:109 PECL, il interdit dans des termes très généraux toutes clauses qui, dans la pratique, empêchent la partie lésée d'obtenir la réparation qui lui est normalement due, sans faire la distinction entre les clauses qui limitent ou exonèrent la responsabilité. Le paragraphe deux de l'article III-3:105 DCFR va dans le même sens sans faire de différence ni imposer de régime juridique particulier aux deux types de clauses.

La règle énoncée dans les Principes OHADAC mise sur un régime positivé des clauses de limitation ou d'exonération, similaire à celui établi dans les textes de droit uniforme, ce qui devrait supprimer les interrogations et difficultés communes, telles la place conceptuelle consacrée aux clauses restrictives de responsabilité, la typologie, la manière de les contrôler, les limites de validité à respecter et les critères qui déterminent leur sanction. Dans un régime fragmentaire, il n'est pas facile d'interpréter ou d'incorporer les intérêts du créancier face à ceux du débiteur potentiel, que vise à profiter d'un système de responsabilité allégé. Instaurer par la loi

un régime général pour ce type de clauses permet d'équilibrer les deux intérêts contraires tout en assurant la sécurité juridique ce qui réduira les risques dans les relations contractuelles internationales.

Dans la ligne des textes de référence, il est retenu un critère large de définition des clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité contractuelle, qui permettra d'établir une règle qui leur sera à toutes applicables. Les termes « limiter » et « exonérer » doivent être compris dans leur acception la plus large, puisque les deux visent fondamentalement à faire retomber sur le créancier les risques qui devraient normalement peser sur le débiteur. La clause la plus habituelle consiste à convenir d'une exonération ou d'une limitation qui concerne la responsabilité par l'attribution de dommages et intérêts, rattachée à la voie de réparation, bien que rien n'empêche d'appliquer d'autres modes de réparation en cas d'inexécution (résolution, action en exécution ou en réduction du prix du contrat). En outre, dans cette large conception des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, il convient également d'insérer l'accord qui permet à une partie d'exécuter une prestation substantiellement différente de celle que l'autre pouvait raisonnablement espérer.

Exemple : L'entreprise A du pays X, dédiée à l'exportation de cacao, conclut un contrat de vente avec B dans le pays Y, par lequel elles conviennent que si le cacao disponible au moment de la livraison n'est pas de première catégorie, l'exécution pourra se faire par la livraison d'un cacao de caractéristique similaire, et il est inclus au contrat une clause qui exclut toute responsabilité. Lors de la livraison, le cacao est de qualité inférieure, ce qui ne répond pas à la qualification de ce qui est « raisonnablement » attendu. Par conséquent, la clause d'exonération ne peut pas être appliquée.

2. Les limites à la validité des clauses contractuelles exonératoires ou limitatives de responsabilité

La majeure partie des systèmes de la zone OHADAC de tradition romano-germanique posent des limites aux clauses contractuelles limitatives de responsabilité par référence à la loi, à la morale ou à l'ordre public (article 1.547 du code civil hondurien ; article 2.437 du code civil nicaraguayen ; article 1.106 du code civil panaméen ; article 1.207 du code civil portoricain). De même, des règles parallèles existent pour déclarer la non validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité en cas de dol ou de faute grave de l'un des cocontractants (articles 63 et 1.522 du code civil colombien ; article 1.150 des codes civils français et dominicain ; article 940 du code civil haïtien ; article 1.360 du code civil hondurien ; articles 987-988 du code civil panaméen ; articles 1.054, 1.055 et 1.056 du code civil portoricain). Pour ces systèmes, la responsabilité due au dol du débiteur ne peut pas être limitée par accord entre les

parties. Une clause de cette nature serait contradictoire avec l'obligation même car la volonté de créer l'obligation se trouverait contrariée du fait que le débiteur se voit autorisé de manière délibérée et consciente à ne pas exécuter son obligation.

À titre général, dans les systèmes de *common law* la validité des clauses de limitation et d'exonération sont évaluées conformément à leur caractère « raisonnable », tel que cela est établi dans le *Unfair Contract Terms Act* de 1977. En effet, certains types de clauses qui limitent ou exonèrent la responsabilité sont interdits, dès lors que leur contenu s'avère injustifié et non raisonnables, à travers un examen qui est mené au regard des circonstances propres à chaque contrat. Et quand il n'est pas possible de s'en remettre à la loi, le contrat étant hors de son champ d'application, il est fait recours à la doctrine du *fundamental breach of contract*. Cette technique détermine que le débiteur qui prétend se prévaloir de l'efficacité de la clause d'exonération de responsabilité ne pourra pas en bénéficier si son inexécution porte sur des obligations essentielles du contrat puisqu'elle est particulièrement grave.

Les codes civils néerlandais et surinamais font appel à la raison et à l'équité pour accorder la validité à une clause exonératoire de responsabilité (articles 6:2 et 6:248). Ce principe permet au juge, si des circonstances exceptionnelles sont réunies, de remplacer les effets prévus dans le contrat ou dans la règle juridique si cela permet d'obtenir une solution réelle équitable.

Dans le système étatsunien, toute clause contractuelle restrictive, en vertu de la section 2-302 de l'UCC, est soumise à un système des minimums qui rend possible la suppression de toute clause injuste, voire de tout contrat, qui s'avérerait « non raisonnable » (*unconscionable*). L'article ne détermine pas clairement à quel moment une clause peut être considérée comme étant « *unconscionable* ». Ce terme conserve une relation très étroite avec la bonne foi et remplit, dans la pratique, une fonction substantiellement convergente. Le qualificatif « non raisonnable » peut être compris dans le sens de « trop disproportionné » ou d'« immoral ». La doctrine de la *unconscionability* sert à éviter un processus de négociation injuste. En outre, la clause d'exonération de responsabilité est contraire à l'ordre public (*public policy*) dès lors qu'il existe une grave négligence ou un comportement dolosif. En particulier, le *Restatement Second of Contracts* prévoit que la limitation de la responsabilité ne sera pas acceptée si le dommage est causé intentionnellement ou par négligence grave.

Parmi les textes d'harmonisation, l'article 8:109 PECL, sous une forte influence du droit européen continental, dispose que les accords limitatifs ou exonératoires de responsabilité ne doivent pas être contraires aux exigences de bonne foi et de loyauté. D'une façon similaire, l'article III-3:105 (2) DCFR, en référence à tous les moyens

ouverts, s'applique même si l'exonération ou la limitation est conforme aux règles relatives aux clauses-types, et prévoit une sorte de protection résiduelle. Cela signifie que la clause ne pourra pas être invoquée si elle est contraire à la bonne foi et à la loyauté contractuelle. Le premier paragraphe de l'article vise l'action en réparation et prévoit la nullité des clauses exonératoires et limitative de responsabilité pour dommages corporels causés intentionnellement ou par négligence grave. Toutefois, le concept de bonne foi n'a pas été formellement transféré à l'article 7.1.6 PU. Il peut cependant être déduit de la formule « il serait manifestement inéquitable de le faire » que les clauses d'exonération doivent être invoquées au regard de la bonne foi car il est considéré que les règles établies dans les PU relient la validité des clauses limitatives à des concepts relatifs à la morale, à la bonne foi et à la notion civiliste d'abus de droit.

La règle, ici proposée, soumet les clauses exonératoires et les clauses limitatives aux mêmes règles d'admissibilité. Le régime de contrôle de ces accords doit être identique, indépendamment du nom qui leur est conféré et pour l'équilibre du contrat, afin d'éviter qu'une partie ne puisse s'exonérer de sa responsabilité par le biais d'une clause limitative disproportionnée. En ce sens, le présent article pose des limites à la validité des accords conformément aux systèmes en présence, en optant pour des concepts étendus tout en gardant une symétrie avec l'esprit des systèmes juridiques caribéens de la zone OHADAC.

Tel que cela a déjà été mentionné, certains systèmes juridiques de la zone OHADAC considèrent la preuve de la bonne foi ou tout critère équivalent, alors que les autres systèmes juridiques anglo-saxons se fondent sur le caractère raisonnable et le respect de l'obligation essentielle du contrat. Bien que l'article ne mentionne pas expressément ces limites, les clauses limitatives ou exonératoires qui enfreindront ces limites seront considérées comme nulles. L'article n'a pas jugé utile de reprendre l'obligation fondamentale, applicable en matière contractuelle aux clauses limitatives, quant au respect de l'ordre public, de la morale et des bonnes mœurs. Une obligation présente dans la majorité des systèmes juridiques et qui s'impose comme règle impérative. Ainsi, il serait contraire à la bonne foi et à la loyauté contractuelle voire il ne serait pas raisonnable qu'une partie puisse se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité pour une situation qui n'aurait pas été prévue ou qui serait différente de celle prévue au contrat.

Le qualificatif « non raisonnable » en droit anglo-saxon (*unconscionable*) se rapporte au critère mixte, intégré par l'élément subjectif et fonctionnel, que sont les « circonstances particulières dans lesquelles l'une ou les deux parties interviennent »

et/ou par l'élément objectif quant à la « nature atypique de l'opération ». Aussi si la clause s'avère davantage bénéfique à l'une des parties au contrat cela lui confèrera le caractère « non raisonnable » ou excessif, et cette partie ne pourra pas s'en prévaloir. Dès lors que les clauses sont manifestement injustes, si leur application entraîne un déséquilibre disproportionné entre les obligations des parties, ou si les résultats produits s'avèrent peu équitables, la solution consiste à s'aligner sur les systèmes qui prévoient la nullité des clauses d'exonération pour cause d'inexécution essentielle ou de clause non raisonnable.

Enfin, en vue d'éradiquer les attitudes négligentes ou abusives du débiteur, certains systèmes romano-germaniques empêchent que des clauses limitatives préservent du dol ou de la négligence grave. Il peut apparaître délicat d'introduire une telle disposition vu qu'elle est étrangère à la sphère de la *common law*. Afin de limiter le choc entre les traditions juridiques présentes, l'article proposé évite de poser des limites au comportement subjectif du débiteur, par l'emploi de larges catégories permettant de les protéger, et dans la ligne des PU. De la sorte, le fait d'évaluer « les circonstances dans lesquelles l'inexécution s'est produite » et de déterminer si elle a été intentionnelle ou si la partie défaillante a commis une faute grave, la clause d'exonération pourra être rendue inopérante.

Exemple : A, est un entrepreneur du pays X, et possède un terrain sur lequel il souhaite installer une usine solaire photovoltaïque. Pour ce faire, il conclut un contrat avec B, entreprise du pays Y dédiée à ce type d'installation « clés en main ». Le contrat comprend une clause d'exonération de la responsabilité de B, si l'installation ne peut pas être achevée, homologuée ni mise en état de fonctionnement du fait de la modification des normes dans ce secteur (déjà annoncée) et qui concerne ladite installation. B ne mène pas avec diligence ni la logistique, ni les travaux sur le terrain ce qui entraîne un retard dans l'obtention des documents nécessaires à faire homologuer l'installation dans la forme et les délais prévus. Dans ce cas, l'inexécution est délibérée et le débiteur ne peut pas se prévaloir de la clause limitative prévue contractuellement.

Article 7.1.8 : Force majeure

- 1. Une partie peut justifier l'inexécution de ses obligations si l'exécution devient impossible pour des raisons de force majeure.**

2. Il est considéré que la force majeure existe lorsqu'une partie prouve la survenance d'un événement :
 - a) étranger à sa responsabilité et hors de son contrôle raisonnable, et
 - b) dont elle n'a pas assumé le risque, et
 - c) qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou attendu au moment de la conclusion du contrat, et
 - d) qui rend impossible l'exécution de ses obligations.
3. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre impossible l'exécution doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves admissibles de l'événement et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui l'invoque a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, la partie destinataire de la notification a le droit à des dommages-intérêts pour le préjudice découlant du défaut ou du retard de réception.
4. Le contrat est réputé résolu dès la notification, à moins que l'autre partie n'indique sa volonté contraire dans un délai raisonnable. Si l'une des parties avait obtenu un profit avant la résolution du contrat en vertu d'un acte quelconque accompli par l'autre partie en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit obtenu.
5. Si l'impossibilité d'exécution est temporelle, la résolution du contrat se produira uniquement si le retard d'exécution prive substantiellement l'une des parties de ses attentes raisonnables. Dans le cas contraire, la partie qui invoque le cas de force

majeure devra exécuter le contrat une fois que l'impossibilité aura disparu.

- 6. Si l'impossibilité d'exécution est partielle, la résolution du contrat se produira uniquement si le retard dans l'exécution prive substantiellement l'une des parties de ses attentes raisonnables. *A contrario*, la partie qui invoque le cas de force majeure devra exécuter partiellement le contrat avec une adaptation proportionnée de la contreprestation de l'autre partie.**

COMMENTAIRE

1. Définition des cas de force majeure

La justification de l'inexécution dans des cas de force majeure ou d'impossibilité est un socle commun à tous les systèmes de droit comparé et, en particulier, dans ceux qui font partie de l'OHADAC. Les textes légaux les plus traditionnels envisagent cette institution par rapport à l'obligation de délivrer une chose déterminée quand celle-ci est détruite (article 1.302 des codes civils français et dominicain ; article 298 du code civil cubain ; article 1.729 du code civil colombien ; articles 830-834 du code civil costaricain ; 1.344 du code civil guatémaltèque ; article 1.087 du code civil haïtien ; article 1460 du code civil hondurien ; article 2.017 du code civil mexicain ; articles 2.165-2.168 du code civil nicaraguayen ; article 1.068 du code civil panaméen ; article 1.136 du code civil portoricain ; article 1.344 du code civil vénézuélien). Presque tous les codes étendent la disposition légale aux obligations de faire ou à toute obligation en général, utilisant fréquemment la notion de « force majeure » ou de « cas fortuit », ou les deux en même temps (articles 64 et 1.729-1.739 du code civil colombien ; article 834 du code civil costaricain ; article 299.1 du code civil cubain ; article 1.148 des codes civils français et dominicain, maintenu à l'article 126 de l'avant projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; articles 1.325 et 1.426 du code civil guatémaltèque ; articles 937 et 1.087 du code civil haïtien ; articles 6:74 et 6:75 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.363 et 1.462 du code civil hondurien ; article 2.111 du code civil mexicain ; articles 1.851, 1.864 et 2.164 du code civil nicaraguayen ; articles 34-D, 990 et 1.070 du code civil panaméen ; articles 1.058 et 1.138 du code civil portoricain ; article 1.272 du code civil vénézuélien). Cette institution est toujours envisagée dans les textes internationaux d'harmonisation du

droit des contrats (articles 7.1.7 PU ; 8:108 PECL ; III-3:104 DCFR ; 88 CESL), qui de la même façon que les projets de réforme légale des droits nationaux plus récents tendent à une institution unique de la force majeure ou de l'impossibilité, écartant la vieille institution du cas fortuit. Finalement, cette institution est aussi envisagée dans la *common law*, en particulier après le *leading case* de la jurisprudence anglaise « *Taylor v. Caldwell* » (1863), suivie par exemple dans l'arrêt de la *High Court* de la Barbade de 2004 dans l'affaire *Hulse v Knights Ltd* (Carilaw BB 2004 HC 29) ou dans l'arrêt de la *Supreme Court* de la Jamaïque de 2002 dans l'affaire *Couttes Ltd v Barclays Bank plc* (Carilaw JM 2002 SC 84). Elle est aussi expressément reconnue dans la section 2:613 de l'UCC et dans les articles 1.130-1232 du code civil saint-lucien.

La définition des cas de force majeure qui se trouve au deuxième paragraphe du présent article permet d'insérer les conditions généralement exigées pour exonérer la responsabilité de la partie affectée.

En premier lieu, l'inexécution doit obéir à un événement étranger et extérieur à la responsabilité et au contrôle de la partie affectée et non imputable à son comportement. Certainement, il s'agit d'une condition qui peut varier et donner lieu à différents critères, car dans certains systèmes, comme le français, le caractère extérieur ou étranger de l'événement est considéré avec une extrême rigueur par rapport à d'autres ordres juridiques, exigeant que l'événement soit « extérieur » et « irrésistible » [arrêt de la Cour de Cassation (plénière) du 14 avril 2006]. Les cas où un entrepreneur invoque un cas de force majeure par le fait d'une grève de ses travailleurs sont très illustratifs. Il semble raisonnable qu'une grève sectorielle ou générale suffisse à justifier l'inexécution. Néanmoins, en droit français les tribunaux ont parfois considéré qu'une grève particulière ne suffit pas à invoquer la force majeure étant donné que l'entrepreneur peut éviter ou mettre fin à la grève s'il accède aux demandes des travailleurs. Il est plus généralement convenu que les causes de force majeure sont imputables à la partie qui les invoque et que, par conséquent, elles ne seront pas prises en compte si cette partie est en retard et si l'événement a eu lieu après expiration du délai d'exécution.

En second lieu, le fait ou situation survenue ou concomitante doit entraîner un risque non assumé par la partie affectée. La finalité de cette condition du paragraphe deux est d'empêcher que la force majeure ne soit invoquée dans les contrats pour lesquels, en raison de leur objet ou de leur finalité, l'*aleas* est consubstantiel (contrats d'assurance ou spéculatifs) ou le risque de l'événement avait été ou devait avoir été assumé par une partie au contrat [p. ex. *E. Johnson & Co (Barbados Ltd) v NSR Ltd* (1997, AC 400)].

En troisième lieu, il doit s'agir d'un événement que les parties n'ont pas pu raisonnablement prévoir ou prendre en considération au moment de la conclusion du contrat. Généralement, dans tous les systèmes l'imprévisibilité est reconduite vers des critères plus objectifs d'improbabilité raisonnable. Il convient de remarquer que les règles proposées n'exigent pas que la situation ou le fait empêchant d'exécuter l'obligation soit survenu ou postérieur au moment de la conclusion du contrat. Il suffit que le fait n'ait pas pu être prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat, même s'il s'était déjà produit. Dans plusieurs systèmes, si l'événement s'est produit au moment de la conclusion du contrat mais que les parties ignorent raisonnablement ce fait l'inefficacité ou la nullité du contrat est déterminée en vertu de la théorie de l'erreur ou de l'impossibilité de l'objet, qui ont des effets substantiellement similaires (p. ex. article 1.601 des codes civils français et dominicain ; articles 4:103 et 8:108 PECL ; articles II-7:201 et III-3:104 DCFR). Cette solution présente cependant certains inconvénients. D'un côté, la théorie de l'erreur en droit comparé révèle une plus grande complexité et des caractéristiques inconciliables. D'un autre côté, dans le commerce actuel il est généralement considéré qu'un contrat dont certaines obligations sont initialement impossibles n'est pas nécessairement nul, sauf en cas d'erreur des parties. En effet, celles-ci peuvent compter sur le fait que l'obligation initialement impossible devienne possible au moment de l'exécution (p. ex. articles 3.1.3 PU ; 4:102 PECL ; II-7:102 DCFR). Par conséquent, il est considéré que la justification de l'inexécution en cas de force majeure ou d'impossibilité a en réalité le même profil quand l'impossibilité est survenue et imprévisible que quand elle est concomitante et n'est pas connaissable par les parties. C'est le critère suivi à la section 266 du *Second Restatement on Contracts* et, selon certaines opinions, il en va de même pour les articles 79 CVIM, 7.1.7 PU et 88 CESL.

Enfin, l'événement invoqué doit rendre l'exécution de l'obligation impossible. La force majeure peut être invoquée dans des cas d'impossibilité d'exécution matérielle (physique), légale ou personnelle. Elle ne peut pas être invoquée si l'obligation devient tout simplement plus onéreuse (dans ce cas, il faudra appliquer la règle de *hardship* contenue dans la section 2 du chapitre 6 des présents Principes) ou s'il s'agit de biens génériques ou d'obligations de faire susceptibles de remplacement. En principe, les cas d'impossibilité économique ne peuvent pas non plus être invoqués à partir du présent article. Si l'événement survenu produit une hausse exorbitante du coût d'une obligation, en particulier de l'obligation pécuniaire, le caractère générique de l'argent ou la faisabilité matérielle de la prestation font que l'obligation est matériellement possible, bien qu'économiquement absurde. Bien que l'impossibilité économique soit

conçue comme un cas de force majeure dans certains systèmes caribéens, en particulier dans ceux qui suivent le droit nord-américain et sa notion de *impracticability* (section 2-615 UCC et section 261 du *Second Restatement*), elle n'est pas reconnue dans les systèmes inspirés du droit français ou, selon l'opinion dominante, dans le droit anglais. Néanmoins, les cas d'impossibilité économique peuvent être reconduits dans certains cas, et avec des effets similaires, aux institutions du *hardship* et de la frustration de la finalité du contrat, visées dans la section 3 du chapitre 6 des présents Principes.

2. Effets de la preuve de la force majeure

Le quatrième paragraphe du présent article détermine *in fine* les effets juridiques de la justification de l'inexécution en cas de force majeure. Cette justification comprend, d'un côté, le refus de payer des dommages-intérêts, et d'un autre côté la résolution du contrat *ipso iure* dès la notification de l'événement empêchant d'exécuter l'obligation. Cet effet n'est pas inhérent à la doctrine de la force majeure dans plusieurs systèmes (article 7.1.7 PU ; article 79.5 CVIM), mais il est reconnu expressément par exemple dans l'article 299.1 du code civil cubain et dans l'article 1.130 du code civil saint-lucien. En droit anglais, le contrat est résolu *ipso iure* dès que l'événement a eu lieu et n'exige même pas la notification. C'est l'option choisie par les PECL à la lumière du commentaire à l'article 9:303 (4), ainsi que dans les articles 88 CESL et III-3:104 DCFR. Selon la règle des Principes OHADAC, la résolution a lieu *ipso iure* dès la notification faite par la partie affectée, et l'autre partie a le droit de conserver le contrat. Cette précaution prend tout son sens dans les cas où l'impossibilité est simplement partielle ou temporelle et, même lorsque les attentes ou la finalité du contrat sont mis en échec, l'exécution partielle ou retardée voire même une solution de remplacement peut intéresser l'autre partie.

La notification exigée dans le troisième paragraphe du présent article est une condition pour déterminer le moment où le contrat est considéré résolu pour des raisons de force majeure. La notification est une obligation imposée à la partie affectée par l'événement et ce pour deux raisons : d'un côté, cette partie aura le devoir d'atténuer les effets de l'impossibilité au moyen d'une notification suffisamment diligente. Autrement, elle devra assumer la responsabilité des dommages subis par l'autre partie dus à l'absence ou au retard de la notification. D'un autre côté, la partie affectée par l'événement doit prouver les faits qui empêchent l'exécution de ses obligations. Cette exigence de preuve semble justifiée et elle est expressément contenue dans certains textes légaux en vigueur dans certains pays caribéens (p. ex. article 1.302 des codes civils français et dominicain ; article 1.733 du code civil colombien ; articles 1.363 et

1.461 du code civil hondurien ; article 2.169 du code civil nicaraguayen). Autrement dit, la charge de la preuve des événements incombe à la partie qui réclame la justification de l'inexécution et il est pertinent que cette preuve soit jointe à la notification à l'autre partie dans la mesure du possible.

L'inexécution d'une partie dispense l'autre partie d'exécuter son obligation, ce qui se justifie comme étant un effet naturel de la résolution du contrat. Néanmoins, dans les cas où une partie a exécuté son obligation en tout ou en partie, il faudra procéder à la restitution des prestations et, si cela n'est pas possible, à une compensation du profit obtenu par l'autre partie en vertu d'une telle exécution. Il s'agit d'une règle fondée sur un principe élémentaire d'équilibre contractuel, qui a été expressément visée dans l'article 299.2 du code civil cubain, l'article 1.325 du code civil guatémaltèque, l'article 1.851 du code civil nicaraguayen et l'article 1.070 du code civil panaméen. Le droit anglais a eu des difficultés à régler cet effet. Bien que la jurisprudence l'ait reconnu parfois sur la base de l'absence de *consideration* (arrêt de la *House of Lords* de 1943 dans l'affaire *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbain Lawson Combe Barbour Ltd*), afin d'éviter le principe « *the loss lies where it falls* », des règles écrites spécifiques ont été établies afin de parvenir au même effet. Le *Law Reform – Frustrated Contracts Act* – de 1942 anglais a donné lieu à des lois identiques dans certains pays caribéens de la *common law* : le *Law Reform (Frustrated) Act* de la Jamaïque de 1968 ; Ch. 166 du *Law of Contract Act* du Belize de 2000 ; Ch 202 du *Frustrated Contracts Act* de la Barbade de 1978 ; le *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated Contracts) Act* de 1977 des Bermudes, et l'article 1.132 du code civil saint-lucien. Les États-Unis ont opté pour la solution qui s'appuie sur une base jurisprudentielle et certains systèmes continentaux pour celle qui s'appuie sur la base des quasi-contrats (enrichissement sans cause). Malgré la diversité de moyens d'action, il existe une convergence substantielle quant à l'effet final qui vise à la restitution des prestations ou à la compensation du profit obtenu.

3. Impossibilité partielle ou temporelle

Les cinquième et sixième paragraphes envisagent les effets atténués de l'impossibilité simplement partielle ou temporelle. Dans ces cas, il est considéré que la résolution du contrat n'est raisonnable que si l'exécution partielle ou retardée met en échec les attentes raisonnables et la finalité du contrat pour l'autre partie, autrement dit, si elle entraîne une inexécution essentielle ou fondamentale. La règle est expresse dans les articles 1.376.3 du code civil guatémaltèque, 6:74 des codes civils néerlandais et surinamais, article 1.132 du code civil saint-lucien, 79.3 CVIM, 7.1.7 PU, 8:108 et 9:401 PECL, III-3:104 DCFR et 88 CESL. La jurisprudence anglaise conduit au même résultat

(*Jackson v. Union Maine Insurance Co.*, 1874 ; *Metropolitan Water Board v Dixk, Kerr & Co*, 1918 ; *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co*, 1919), tout comme la jurisprudence française, bien que cette dernière soit plus rigide concernant la reconnaissance de la mise en échec du contrat due à une impossibilité temporelle.

Conformément à la réglementation proposée dans les présents Principes, même s'il est considéré que l'impossibilité temporelle met en échec le contrat, l'autre partie pourra manifester sa volonté de ne pas résoudre le contrat (paragraphe quatre). Dans les cas où ni les attentes ni la finalité du contrat sont mises en échec, il est considéré que la partie affectée n'est pas en retard et que le contrat peut être exécuté par les deux parties.

Exemple 1 : Une société dédiée au commerce de produits textiles achète à une société grossiste qui produit et distribue des maillots de bain un lot de produits de saison pour sa chaîne commerciale. Les maillots de bain sont produits dans les usines textiles du grossiste situées dans un pays asiatique. Un cyclone inhabituellement violent produit des sérieux dégâts qui retardent la production et empêchent la délivrance du produit dans le délai établi et la retardent d'au moins deux mois. Bien que l'impossibilité soit temporelle, le contrat sera résolu à la demande du vendeur, car la délivrance de maillots de bain avec deux mois de retard met en échec les attentes raisonnables de l'acheteur, s'agissant d'un produit de saison qui doit être vendu dans un délai déterminé. Néanmoins, l'acheteur a la possibilité de notifier la conservation du contrat à la partie qui réclame la résolution.

Exemple 2 : Une entreprise de construction s'est engagée à construire et à livrer une usine industrielle dans un délai de deux ans. Les différentes phases de la construction sont complétées conformément au calendrier prévu. Un mois avant la finalisation du contrat, une insurrection armée d'un groupe révolutionnaire a lieu, affectant le transport des livraisons nécessaires pour terminer la construction. Le constructeur ne peut pas terminer les travaux dans le délai prévu, bien qu'ils soient terminés à 97 %. Les troubles de l'ordre disparaissent dans un bref délai, le transport reprend et les travaux finissent trois semaines après le délai prévu. Le constructeur n'est pas responsable du retard et le prestataire n'a pas le droit de résilier le contrat.

En principe, l'autre partie ne peut pas suspendre l'exécution de son obligation pendant la période de temps durant laquelle perdure l'impossibilité d'exécution pour la partie affectée par l'événement survenu. Mais cette règle peut comporter des exceptions selon l'ordre d'exécution et la nature de l'obligation retardée. En effet, dans certains cas la suspension de son obligation pourrait conduire à mettre en échec le contrat.

De son côté, l'impossibilité partielle ne met pas en échec le contrat si la divisibilité des obligations est raisonnablement admissible. En revanche, le contrat est résolu si une exécution partielle met en échec les attentes raisonnables de l'autre partie par rapport au contrat considéré dans son ensemble. Il s'agit d'une règle visée par les articles 1.376.3 du code civil guatémaltèque, 51 CVIM, 9:302 (2) PECL et III-3:506 DCFR. La règle proposée se trouve aussi dans la jurisprudence française (arrêt de la Cour de Cassation du 1 juin 1964), conformément au principe établi, par exemple, dans l'article 1.722 des codes civils français et dominicain. Cette règle peut poser certaines difficultés dans les systèmes de la *common law*, car le droit anglais admet la résolution du contrat si sa finalité est mise en échec par une impossibilité partielle, mais il rencontre des difficultés majeures lorsqu'il s'agit d'adapter ou de réduire proportionnellement des prestations dans le cas d'inexécution partielle. Le droit nord-américain reconnaît plus facilement cette possibilité, comme le démontrent les sections 2:615 b) UCC et 270 du *Second Restatement*.

Exemple 3 : Les organisateurs d'un congrès s'engagent avec une chaîne hôtelière à la location de 100 chambres afin d'héberger les participants d'un congrès international qui aura lieu dans leurs locaux. La salle destinée aux sessions du congrès est inutilisable à cause d'une inondation et ne pourra l'être avant la date du congrès. Bien que le congrès puisse se dérouler partiellement en ce qui concerne l'hébergement des congressistes, le contrat est considéré comme résolu, car il est raisonnable que les attentes des organisateurs soient mises en échec si les congressistes ne peuvent pas être logés au même endroit que celui où les sessions du congrès sont tenues.

Exemple 4 : Un fabricant d'automobiles situé dans le pays X s'engage avec un distributeur de bougies d'allumage pour moteurs automobiles situé dans le pays Y. Le contrat envisage la livraison de 50 000 unités dans un délai déterminé. À cause d'un conflit politique, les exportations entre les pays X et Y sont interrompues par un blocus commercial. Le distributeur, qui a déjà livré 40 000 unités, ne peut livrer les 10 000 unités qui restent. Le contrat n'est pas résolu, car le fabricant peut trouver sur le marché les unités restantes et utiliser celles qui ont été livrées. Le distributeur n'est pas responsable de l'inexécution et le fabricant devra payer le prix avec une réduction de 20 %.

Section 2 : Droit à l'exécution

Article 7.2.1 : Portée du droit à l'exécution

- 1. Le créancier a le droit à l'exécution de l'obligation, quel que soit son objet.**
- 2. Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse.**

COMMENTAIRE

1. Exécution des obligations pécuniaires

Le premier paragraphe de l'article reconnaît au créancier le droit d'exiger l'exécution de tout type d'obligation. La reconnaissance de ce droit est généralement acceptée dans les systèmes juridiques caribéens pour ce qui concerne les obligations pécuniaires.

Dans les systèmes romano-germaniques le créancier peut, en se fondant sur le principe *pacta sunt servanda*, contraindre le débiteur à exécuter l'obligation à laquelle il est tenu (articles 1.546 du code civil et 870 du code de commerce colombiens ; articles 692 du code civil et 463 du code de commerce costaricains ; articles 305 du code civil et 329 du code de commerce cubains ; article 1.184 des codes civils dominicain et français ; article 1.535 du code civil guatémaltèque ; article 974 du code civil haïtien ; articles 1.386 du code civil et 747 du code de commerce honduriens ; articles 1.949 du code civil et 376 du code de commerce mexicains ; article 1.885 du code civil nicaraguayen ; articles 1.009 du code civil et 759 du code de commerce panaméens ; articles 1.077 du code civil et 250 du code de commerce portoricains ; articles 1.167 du code civil et 141 du code de commerce vénézuéliens ; qui prévoient pour les obligations réciproques la possibilité de choisir entre la résolution ou l'exécution). Ce droit présente peu d'obstacles quand l'obligation consiste à remettre une chose de genre comme de l'argent (article 693 du code civil costaricain ; article 3:296 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.847 du code civil nicaraguayen ; article 981 du code civil panaméen ; article 1.049 du code civil portoricain). Les moyens pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation pécuniaire sont régis par les lois procédurales (p. ex. article 527 du code colombien de procédure civile ; articles 420 et s. du code mexicain de procédure civile ; articles 1.038 et s. du code panaméen de procédure civile ; article 527 du code vénézuélien de procédure civile).

De même, en droit de *common law* lorsque l'obligation inexécutée porte sur le paiement, il existe la *action for an agreed sum*. Toutefois, cette action pour exiger le paiement de la somme d'argent ne correspond pas exactement au cadre de l'exécution, ni non plus à celui du moyen de réparation, car ce que la partie lésée obtient ne peut pas être autre chose que la somme convenue, plus parfois les intérêts correspondants. Les règles issues du droit anglais régissent deux types d'action : en premier lieu, l'action pour exiger la somme d'argent découlant du contrat, par exemple le prix des biens conformément aux lois relatives à la vente (section 49 du *Sale of Goods* anglais, des Bahamas, d'Antigua-et-Barbuda, de Montserrat, et de Trinité-et-Tobago ; section 50 du *Sale of Goods* du Bélize ; et section 48 du *Sale of Goods* de la Jamaïque). En second lieu, l'action pour exiger un prix raisonnable pour les biens vendus, conformément à la réglementation sur la vente lorsque le contrat n'a pas fixé le prix (section 8 du *Sale of Goods* anglais ; section 10 du *Sale of Goods* des Bahamas, d'Antigua-et-Barbuda, de Montserrat, de Trinité-et-Tobago et du Bélize ; et section 9 du *Sale of Goods* de la Jamaïque). Dans le premier cas, la condition fixée est que la propriété doit être passée entre les mains de l'acheteur. Toutefois, quand le prix doit être payé à une date précise, indépendamment de la prise de possession, si l'acheteur ne paie pas, le vendeur peut en exiger le prix même si la propriété n'a pas été transférée à l'acheteur. La législation étatsunienne sur la vente régit également la *action for price* dans la section 2-709 UCC.

Le droit d'exiger le paiement d'une obligation pécuniaire est régi aussi par les textes de droit uniforme. En effet, en matière de contrat de vente, les articles 62 CVIM et 132 CESL reconnaissent au vendeur le droit de réclamer le paiement du prix. Et d'une façon générale, pour les sommes d'argent, les articles 7.2.1 PU, 9:101 PECL et 3:301 DCFR reconnaissent le droit à l'exécution du créancier. Ces deux derniers articles visent la possibilité, déjà prévue dans les règles anglo-saxonnes relatives à la vente, selon laquelle le créancier, même s'il n'a pas pris possession de la chose, peut exiger l'exécution et recevoir le prix en paiement. Toutefois deux limites sont posées à ce droit : que le créancier puisse avoir réalisé une opération raisonnable de remplacement sans effort ni coût significatif ou que l'exécution ne s'avère pas raisonnable au regard des circonstances de l'espèce.

Par conséquent, le présent article fait écho à tous les systèmes présents dans la zone OHADAC en matière d'obligations pécuniaires. Le présent article s'applique à toutes les obligations pécuniaires, quelle que soit la monnaie dans laquelle le paiement doit être réalisé, et comprend la réclamation des dommages et intérêts lorsqu'ils seront à payer

en espèces, ce qui est l'hypothèse normale. Les voies procédurales pour procéder à cette réclamation relèvent des lois nationales.

Malgré la formulation générique du présent article, le droit n'est pas illimité mais l'exercice de ce droit doit s'ajuster au caractère raisonnable. Par conséquent, et dans la même ligne que les PECL et le DCFR, dès lors que les marchandises n'ont pas été livrées ou que les services n'ont pas été prêtés, les présents Principes préfèrent la réalisation d'une opération raisonnable de remplacement, conformément aux règles d'atténuation du préjudice (article 7.4.3 des Principes OHADAC).

2. Exécution d'obligations non pécuniaires

En contrepartie du caractère contraignant ou obligatoire du contrat (article 1.2 Principes OHADAC), le créancier devrait pouvoir exiger l'exécution forcée non seulement des obligations pécuniaires mais également des obligations non pécuniaires. Cependant, l'effet obligatoire du contrat n'est pas commun à tous les systèmes en présence dans la zone caribéenne, puisque si dans les systèmes romano-germaniques l'exécution est admise sans difficulté comme un moyen d'exiger l'exécution de tout type d'obligation, dans la *common law*, par contre, il s'agit d'un remède exceptionnel.

En effet, dans les systèmes romano-germaniques, la demande d'exécution a traditionnellement été considérée comme le remède principal, émanant du principe *pacta sunt servanda*, et est reconnue généralement dans tous les codes pour les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Ainsi, dans les droits de tradition romaniste il existe des articles qui reconnaissent le droit au créancier de réclamer au tribunal qu'il contraigne le débiteur à réaliser la remise (obligation de donner une chose déterminée) ; ou que cette obligation soit exécutée aux frais du débiteur (obligations de donner une chose générique et obligations de faire) ; ou que le débiteur défaillant soit contraint à ses frais de refaire ce qu'il a mal fait (obligations de faire et de ne pas faire) : articles 1.546, 1.610, 1.612 du code civil et 870 du code de commerce colombiens ; articles 692, 693, 694, 695, 696 du code civil et 463 du code de commerce costaricains ; articles 233, 289, 290 et 291 du code civil cubain ; articles 1.184, 1.143 et 1.144 des codes civils français et dominicain ; articles 1.535, 1.323, 1.324 et 1.327 du code civil guatémaltèque ; articles 974, 933 et 934 du code civil haïtien ; articles 1.386, 1.357, 1.359 du code civil et 747 du code de commerce honduriens ; articles 949, 2.027, 2.028, 2.064 du code civil et 376 du code de commerce mexicains ; articles 1.885, 1.847, 1.849, 1.850, 1.853, 1.856, 1.858 du code civil nicaraguayen ; articles 1.009, 981, 983, 984 du code civil et 759, 774 du code de commerce panaméens ; articles 1.077, 1.049, 1.051, 1.052 du code civil et 250 du code

de commerce portoricains ; articles 997-998 du code civil saint-lucien ; articles 1.167, 1.266, 1.268 du code civil et 141 du code de commerce vénézuéliens. Et dans la même ligne, figure dans les codes civils néerlandais et surinamais (articles 3:296 et 3:299) l'exécution des obligations autres que de sommes d'argent.

Au contraire, dans le droit anglo-américain les remèdes normaux d'action contre l'inexécution sont l'action en réclamation d'une somme d'argent (*action for an agreed sum*), si l'inexécution est une obligation pécuniaire, et la réclamation de dommages et intérêts (*action for damages*), dans les autres cas. L'exécution est une solution exceptionnelle et constitue un remède discrétionnaire pouvant être concédé par le juge dans certains cas. Quand la demande en exécution porte sur une obligation de donner ou de faire, le remède est intitulé *order* ou *decree of specific performance*. Quand il porte sur une obligation négative (de ne pas faire), il s'agit d'une *injunction*. Toutefois, la terminologie est variable, puisque parfois le terme *injunction* est employé pour l'exécution forcée d'obligations positives.

Le caractère exceptionnel du remède [*Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores Ltd* (1997), UKLH 17 ; sections 345, 357-369 du *Restatement Second of Contracts*] fait qu'il n'est reconnu que lorsque l'indemnisation s'avère inappropriée pour pallier l'inexécution [*Beswick v Beswick* (1968), AC 58], soit par l'impossibilité ou l'extrême difficulté d'évaluer le préjudice, soit parce que la prestation non exécutée est unique et irremplaçable (p. ex. un immeuble déterminé ou un bien meuble qui ne se trouve pas facilement sur le marché ou qui présente pour l'acheteur une valeur affective). Ce fondement, quant à l'exécution, figure également dans les règles applicables à la vente en Angleterre et dans les territoires caribéens placés sous son influence (article 52 du *Sale of Goods* anglais, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas, et de Trinité-et-Tobago ; article 53 du *Sale of Goods* du Belize ; et article 51 du *Sale of Goods* de la Jamaïque).

Toutefois, aux États-Unis les juridictions ont étendu le remède d'exiger l'exécution aux cas de vente de choses de genre dans lesquels la livraison s'avère urgente pour l'acheteur ou dans lesquels l'exécution de substitution s'avère impossible ou très difficile dans les circonstances de l'espèce. Cette tendance a été confirmée législativement dans la section 2-716 UCC. Et bien qu'en droit anglais ce courant ne soit pas clairement identifié, il a parfois fondé quelque décision de justice [*Sky Petroleum Ltd v Petroleum Ltd* (1974), 1 WLR 576].

En outre, vu qu'il s'agit d'un remède exceptionnel, les juridictions apprécient la pertinence de ce remède au regard, par exemple, de l'équilibre entre le préjudice que l'exécution impose au débiteur et le bénéfice qu'il suscite pour le créancier, du

comportement du créancier ou l'équilibre du contrat. En outre, ce remède n'est pas disponible pour les contrats de travail et de services aux personnes [*Lumley v Wagner* (1852), EWHC (Ch.) J96 ; *Duff v Russell* (1891), 14 NY Supp. 134], ni non plus pour les contrats à exécution successive (contrats de construction et autres prestations de services), du fait qu'il s'avère difficile pour les juridictions d'en contrôler l'exécution (*difficulty of supervision*). Enfin, ce remède est également exclu, si les parties, du fait de la nature même du contrat, ne peuvent pas s'exiger réciproquement l'exécution.

Ce panorama diversifié des législations nationales impose quelques précautions à l'heure de réglementer l'exécution des obligations non pécuniaires dans les Principes OHADAC. Les différences existant entre les systèmes romano-germaniques et anglo-américains de la zone caribéenne ne sont pas seulement théoriques et il convient d'éviter d'entrechoquer les principes qui s'avèrent fondamentaux dans les différents États. Cela explique le souhait de suivre l'exemple des textes de droit uniforme (article 46 CVIM ; article 7.2.3 PU ; article 9:102 PECL ; article III-3:302 DCFR ; article 110 CESL), en reconnaissant le droit d'exiger l'exécution sur le modèle des systèmes romano-germaniques (article 7.2.1), tout en régissant les exceptions sur le modèle de la *common law* (article 7.2.2).

Il s'agit, ainsi, de reconnaître les avantages du droit d'exiger l'exécution qui répond à la force obligatoire du contrat et qui est le plus approprié pour satisfaire pleinement le droit du créancier. Mais ce droit de contraindre le débiteur afin qu'il exécute son obligation doit connaître des limites.

En outre, à l'instar de ce qui se passe pour l'article précédent, les législations nationales définiront les voies de recours possibles pour obtenir l'exécution.

3. Portée du droit à l'exécution

Le second paragraphe du présent article se réfère au cas où l'exécution n'est pas conforme à ce qui a été convenu (exécution défectueuse ou exécution partielle). Pour ces cas, la demande d'exécution suppose qu'il est possible de pallier les défauts d'exécution, soit par la correction ou la réparation de la prestation, soit par le remplacement de la chose défectueuse par une autre conforme.

Dans les systèmes caribéens de tradition romaniste, la réparation ou le remplacement de la prestation défectueuse n'est pas prévu, hormis pour le contrat de vente dans le domaine de la construction, pour lequel la question est traitée de façon traditionnelle à savoir en permettant à l'acquéreur de choisir entre une remise sur le prix ou la résolution (et non pas la correction du défaut). Ces cas sont régis par le droit des contrats à la consommation (p. ex. article 80 de la loi vénézuélienne pour la défense

des personnes et l'accès aux biens et services ; articles 11, 13 et 29 du décret 3466 de 1982, pour la Colombie).

De même, en droits français et anglais la transposition de la directive 1999/44 reconnaît aux consommateurs le droit à réparation ou à substitution du bien non conforme (articles L 211-1 à L 211-18 du Code de la Consommation ; et Partie V du *Sale of Goods Act* de 1979), mais il n'existe pas de règle générale pour les contrats commerciaux. En droit anglo-américain, le remède ordinaire face à l'exécution défectueuse est le versement de dommages et intérêts. Le débiteur peut éviter la responsabilité pour les dommages causés en corrigeant le défaut mais il ne peut pas y être contraint par le créancier.

La réparation de la prestation non conforme est bien régie par le droit néerlandais, tant à titre général (article 7:21 des codes civils néerlandais et surinamais) qu'en matière de contrats à la consommation (article 7:22 des codes civils néerlandais et surinamais). Elle figure également dans les textes de droit uniforme. Ainsi, l'article 46.2 CVIM permet à l'acheteur de demander le remplacement si le défaut de conformité constitue une inexécution essentielle. Dans les autres cas, il conviendra de procéder à la réparation en vertu du paragraphe trois du même article. La CESL prévoit ce droit à titre général à l'article 110.2, et pour les contrats à la consommation à l'article 111. Enfin, le recours est encadré par les articles 7.2.3 PU, 9:102 PECL et III-3:302 DCFR.

Le droit à réparation ou à substitution de la prestation non conforme est soumis, dans les Principes OHADAC, aux mêmes limites que la prétention générale d'exécution, qui sont énumérées à l'article suivant.

Article 7.2.2 : Exécution d'obligations non pécuniaires

Il est fait exception au droit à l'exécution d'une obligation non pécuniaire lorsque :

- a) l'exécution est impossible en droit ou en fait ; ou**
- b) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou**
- c) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ; ou**

- d) le créancier, en raison des circonstances, peut en obtenir satisfaction d'une façon plus raisonnable ;
ou**
- e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.**

COMMENTAIRE

Le présent article énonce les limites fixées à l'exigence d'exécution des obligations non pécuniaires, faisant écho aux dispositions des systèmes juridiques présents dans la zone OHADAC et avec les règles de droit uniforme.

La première limite se réfère à l'impossibilité physique ou juridique d'exécuter, qui est une dérogation à l'exécution généralement admise dans tous les systèmes de l'OHADAC. L'impossibilité physique résulte de la perte ou de la destruction de la chose et l'impossibilité juridique résulte de l'interdiction d'exécuter en raison d'une règle de droit, d'une décision administrative, etc. Dans ces cas, la partie lésée conserve les actions en résolution et la réclamation de dommages et intérêts. Si l'impossibilité est seulement provisoire, elle ne constitue pas une véritable limite à l'exercice d'une action en exécution, à moins que l'exécution de la prestation à un moment donné ne soit essentielle pour satisfaire l'intérêt du créancier.

Exemple 1 : À la date du 15 de février, le fabricant A de pesticides et de fongicides à des fins agricoles du pays X, convient avec l'entrepreneur agricole B, du pays Y, de la livraison de 1 000 unités de son produit pour le 1^{er} avril. À la date d'échéance, A ne livre pas la marchandise, car il manque de stock suffisant pour couvrir la commande. Le 7 avril, B exige l'exécution, mais le 5 du même mois une règle interdisant la vente et l'exportation de produits contenant un composant spécifique utilisé dans la fabrication des pesticides est entrée en vigueur. L'exécution est juridiquement impossible : B devra décider de résoudre le contrat et/ou réclamer des dommages et intérêts.

Dans le droit uniforme, la limite à l'impossibilité est prévue aux articles 7.2.2 (a) PU ; 9:102 (2) (a) PECL ; III.-3:302 (3) (a) DCFR ; 110.3 (a) CESL.

La deuxième limite est commune également aux systèmes de la zone OHADAC et concerne les cas dans lesquels la prestation consiste à une prestation personnalisée du débiteur.

Cette limite est expressément visée par les articles 1.612.1 du code civil colombien ; 790 du code civil costaricain ; 290 et 293 du code civil cubain ; 1.324 et 1.328 du code civil guatémaltèque ; 1.359.1 du code civil hondurien ; 2.027.1 *a contrario* et 2.064 du code civil mexicain ; 1.850 du code civil nicaraguayen ; et pour le droit anglais par l'article 16 du *Trade Union and Labour Relations Act* 1974 ; articles 69-71 du *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978. Dans les textes de référence, les articles 7.2.2 (d) PU, 9:102 (2) (c) PECL et III.3:302 (3) (c) DCFR traitent de cette exception.

Dans ces situations, forcer le débiteur à exécuter sa prestation constituerait une atteinte à sa liberté. Toutefois, les lois procédurales de certains systèmes juridiques ont adopté des moyens coercitifs indirects envers le débiteur tels que les amendes ou les astreintes du droit français et néerlandais, régies également de manière limitée à l'article 7.2.4 PU.

Les présents Principes ont préféré traiter ces situations en tant que limite au recours à l'exécution, et ne pas recourir aux sanctions pécuniaires pour contraindre l'exécution afin d'éviter de se heurter aux systèmes de *common law*.

La plus grande difficulté que cette exception amène, porte sur la définition de la prestation à caractère strictement personnel du débiteur. Une interprétation trop extensive conduirait à exclure le recours à l'exécution pour la majorité des obligations contenant une prestation de service (construction d'objets, conseil fiscal ou juridique, services informatiques, etc.). En effet, il est évident que si le créancier choisit de conclure un contrat avec un professionnel en particulier et non avec un autre, c'est parce qu'il a confiance dans ses compétences professionnelles. Toutefois, il est clair qu'à de nombreuses occasions les qualités du débiteur ne s'avèrent pas indispensables, de sorte que toute autre personne présentant des compétences et une expérience analogues pourrait effectuer la prestation au frais du débiteur.

Une prestation à caractère strictement personnel ne consiste pas, non plus, à l'établissement d'un document juridique, puisque si l'acte objet du document est précis sur tous ses éléments essentiels, la déclaration de volonté du débiteur pourra être remplacée par le juge ou l'arbitre, sauf si cela s'avérait incompatible avec la nature même de l'acte juridique (article 3:300 des codes civils néerlandais et surinamais).

Quant aux obligations personnelles de ne pas faire, il est possible d'imposer au débiteur l'inactivité au moyen d'une décision de justice ou d'une sentence arbitrale qui, si elle n'est pas respectée, donnera lieu au versement de dommages et intérêts.

Exemple 2 : L'entreprise de textile A du pays X, et le styliste B, du pays Y, ont inséré dans le contrat de services une clause de non concurrence, dont la durée est de 2 ans à compter de la date de cessation de leur relation juridique. Cinq mois après avoir cessé cette relation, B conclut un contrat pour prêter ses services à l'entreprise C qui opère dans le même secteur que A. Cette dernière saisit le tribunal pour exécution de la clause pour la durée convenue contractuellement. Si B n'exécute pas la décision de justice, il sera tenu de verser des dommages et intérêts.

Dans d'autres circonstances, l'exécution ne sera pas possible en cas d'obligation personnelle de ne pas faire.

Exemple 3 : Reprenant les mêmes faits que l'exemple 1, s'il s'agit d'une clause de confidentialité contractuellement convenue et que B viole le secret professionnel, le seul moyen de défense disponible pour A est l'indemnisation par des dommages et intérêts.

En réalité, le champ d'application de l'exception fait partie des cas où la personne du débiteur est unique et non substituable (artiste ou professionnel irremplaçable), de sorte que la réalisation de la prestation ne peut pas être déléguée à une autre personne, ou dès lors que l'exécution implique une relation confidentielle et personnelle entre les parties au contrat.

Exemple 4 : A, du pays X, charge le peintre de renom B, du pays Y, pour qu'il réalise une peinture murale dans la salle de réunion de l'entreprise. Face à l'inexécution de B, A ne pourra pas réclamer l'exécution, puisqu'il ne peut pas obliger B à réaliser la peinture (cela porterait atteinte à sa liberté personnelle, susceptible de se ressentir dans la qualité de l'œuvre) et ne peut pas non plus le remplacer par un autre artiste.

Exemple 5 : A, B et C se sont engagés à constituer une société professionnelle. Toutefois, A décide au dernier moment de ne pas faire partie de la société et ne se présente pas pour signer l'acte de constitution de la société. Les autres associés ne peuvent pas contraindre A à signer, vu que cela reviendrait à lui imposer à s'engager personnellement contre son gré. Le seul remède disponible face à l'inexécution de A est la réclamation de dommages et intérêts.

Les deux limites suivantes, qui font exception à la réclamation de l'exécution, se fondent sur le caractère non raisonnable de la demande. Parfois, l'exécution n'est pas impossible pour le débiteur, ni ne présente de caractère personnel, mais il ne s'avère pas raisonnable d'en réclamer l'exécution sans engendrer pour le débiteur un effort ou un coût excessif, au regard des avantages qu'elle apportera à la partie lésée, ou parce que celle-ci pourra obtenir facilement satisfaction par une prestation de substitution.

En définitive, vu que l'exécution peut constituer, dans certains cas, une mesure trop ferme, il faut la pondérer selon chaque cas d'espèce, au regard du caractère raisonnable.

Les exceptions mentionnées rattachent la réglementation de l'exécution aux systèmes de *common law*. Et, bien qu'elles ne soient pas prévues expressément dans les systèmes OHADAC de tradition française ou espagnole, elles ne sont pas totalement étrangères aux systèmes de *common law* puisqu'elles peuvent relever du principe de bonne foi et de l'interdiction d'abuser du droit. Elles figurent bien dans l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 129) et dans les textes de droit uniforme [article 46.3 CVIM ; article 7.2.2 (b) et (c) PU ; article 9:102 (2) (b) et (d) PECL ; article III-3:302 (3) b) DCFR ; article 110.3 (b) CESL].

La limite posée par le paragraphe c) est formulée par les termes d'« efforts ou des dépenses déraisonnables », afin d'éviter de n'être comprise que sur le plan économique. La règle englobe les cas où le coût est disproportionné, et également ceux pour lesquels l'exécution génère pour le débiteur des inconvénients excessifs par rapport au bénéfice que la prestation procure au créancier.

Exemple 6 : Dans un contrat de construction pour la réalisation d'une piscine dont les dimensions sont spécifiées dans le contrat, l'entreprise de construction n'exécute pas son obligation et livre une piscine dont les dimensions diffèrent de 10 cm de ce qui a été convenu. L'exécution est réclamée par la propriétaire, mais elle n'est pas envisageable vu le coût économique élevé et l'effort de correction du début qui serait disproportionné pour le bénéfice qu'en tirerait la partie lésée.

Exemple 7 : A loue à B une propriété pour l'utiliser comme terrain d'essai de véhicules « quatre quatre ». Il est établi dans le contrat une clause par laquelle, à la fin du contrat, le terrain doit être restitué en parfait état de lissage. B n'exécute pas cette clause et A demande l'exécution qui, toutefois, n'est pas évaluée. Le fondement du refus d'exécution repose sur le fait que le terrain a été ensuite loué à une entreprise d'activité de loisirs pour faire des pistes de quads et qui a besoin d'un terrain irrégulier. Bien que le coût d'exécution de la clause contractuelle n'est pas très élevé, son exécution ne présente aucun bénéfice pour A. Exiger l'exécution ne s'avère pas raisonnable.

L'exigence d'une exécution par une substitution raisonnable [paragraphe d)] est également importante pour apprécier l'opportunité d'une exécution. Pour évaluer le caractère ou non « raisonnable », il faut non seulement prendre en compte la nature des biens objet du contrat, mais également les circonstances dans lesquelles

l'inexécution s'est produite et l'effort qui devrait être fourni par la partie lésée pour trouver un prestataire de substitution.

Finalement, le paragraphe e) du présent article pose une limite indirecte à l'exigence d'exécution au regard de la rapidité de réaction de la partie lésée. Ainsi, celle-ci perdra son droit d'exiger l'exécution si elle n'en fait pas réclamation dans un délai raisonnable à partir du moment où elle a eu connaissance ou aurait dû en avoir connaissance de l'inexécution.

La règle émane du droit anglais et reprend les articles 46.2 et 3 CVIM, 7.2.2 e) PU, 9:102 (3) PECL et III-3:302 (4) DCFR. Cette règle est analogue à celle contenue à l'article 7.3.3 (3) des présents Principes pour l'exercice des droits à la résolution du contrat et, du fait que celle-ci a pour finalité de protéger le débiteur des inconvénients susceptibles de découler d'un exercice hors délai du droit à l'exécution et d'empêcher les éventuels abus et spéculations de créanciers peu scrupuleux au détriment du marché. Il s'agit d'éviter que la partie qui n'exécute pas n'ait préparé l'exécution (en tenant à disposition la chose ou en ne prêtant pas ses services à une autre personne), jusqu'à ce que le créancier doive lui demander de s'exécuter.

La notion de délai raisonnable et de la nature des biens variera selon chaque contrat ainsi que les circonstances de l'inexécution. Le délai commence à courir à partir du moment où la partie lésée a eu connaissance ou devait connaître l'inexécution, si celle-ci est essentielle. Et dans le cas d'inexécution non essentielle, le délai raisonnable commence à courir au moment où cesse le délai supplémentaire accordé pour l'exécution, conformément aux dispositions de l'article 7.1.6 des Principes OHADAC.

La perte du droit pour réclamation tardive ne doit pas être confondue avec la prescription de l'action, qui limite aussi l'exercice du droit conformément aux dispositions du chapitre 9 des présents Principes.

Section 3 : Résolution

Article 7.3.1 : Droit à la résolution du contrat

- 1. Une partie peut résoudre le contrat en cas d'inexécution essentielle de la part de l'autre partie.**
- 2. Une partie peut également résoudre le contrat en cas d'inexécution non essentielle de la part de l'autre partie, après l'expiration du délai supplémentaire**

accordé conformément à l'article 7.1.6 et si l'autre partie n'a toujours pas exécuté ou corrigé l'inexécution de l'obligation, à moins que les conséquences soient de faible importance.

COMMENTAIRE

1. La configuration de la résolution en cas d'inexécution selon un modèle objectif

Dans tous les systèmes juridiques, la résolution est la conséquence de l'obligation synallagmatique. Ainsi, dans les contrats bilatéraux ou réciproques, chaque partie est tenue d'exécuter sa prestation à condition de recevoir ce qui lui a été promis. Par conséquent, face à l'inexécution de l'autre partie, la partie lésée a droit de se libérer de sa propre obligation. Toutefois, la possibilité de résoudre le contrat en cas d'inexécution se heurte au principe cardinal du droit des contrats : *pacta sunt servanda*. Pour cette raison, et pour d'autres d'ordre pratique et économique, les différents systèmes juridiques posent plus ou moins d'obstacles et de conditions à l'action en résolution.

La différence entre les modèles subjectifs ou objectifs de l'inexécution dans les systèmes de la zone de la Caraïbe repose sur la recherche ou non du motif de l'inexécution.

Dans les systèmes fondés sur la faute, la résolution prend la forme d'une sanction (résolution-sanction de droit privé), et est conçue comme un reproche fait au comportement négligent et dolosif du débiteur défaillant, alors que les cas d'inexécution non fautive sont ramenés à la théorie des risques (p. ex. articles 1.068-1.072 du code civil panaméen ; article 1.344 du code civil vénézuélien). Par contre, dans les systèmes anglo-saxons, le caractère fautif ou non de l'inexécution ne conditionne pas le droit ou non de résoudre le contrat (dans le même sens, article 6:265.1 des codes civils néerlandais et surinamais).

Dans le droit uniforme, la tendance objective prédomine. Dans les PU, le créancier insatisfait a le droit de résoudre le contrat indépendamment du caractère fautif ou non de l'inexécution (articles 7.3.1 et s.). De manière similaire, la CVIM reconnaît à la partie lésée par l'inexécution le droit d'agir en résolution à condition que les conditions requises soient remplies (inexécution essentielle), indépendamment de son caractère fautif (articles 45 et 61).

Pour leur part, les PECL et le DCFR, alors qu'ils retiennent le concept unitaire et objectif de l'inexécution, traitent des cas d'inexécution dus à un empêchement total et permanent dont le débiteur ne peut être tenu pour responsable, et pour lesquels le contrat se trouve automatiquement résolu [articles 9.303 (4) PECL et III-3:104 (4) DCFR]. Dans la même ligne, figure l'article 126 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Cette dernière solution est celle que les Principes OHADAC ont préféré adopter en écho à d'autres droits en vigueur dans la région, et selon lesquels il sera « automatiquement mis fin » au contrat en cas d'impossibilité d'exécution pour cause de force majeure (article 7.1.8 des présents Principes). Le concept objectif de la résolution pour inexécution est retenu et il sera *ipso iure* dans ce cas (paragraphe quatre de l'article 7.1.8), et ne concernera les cas spécifiques d'une cause justificative que pour le régime de la résolution.

2. L'inexécution grave ou essentielle ou l'octroi d'un délai supplémentaire comme conditions de la résolution

La majorité des systèmes de tradition romaniste, sous l'influence de l'article 1.184 du code civil français, conçoivent la résolution pour inexécution comme une condition résolutoire implicite dans les contrats bilatéraux ou synallagmatiques, en cas de défaillance de l'une des parties (article 1.546 du code civil colombien ; article 692 du code civil costaricain ; article 1.184 du code civil dominicain ; article 1.535 du code civil guatémaltèque ; article 974 du code civil haïtien ; articles 1.386 du code civil et 747 du code de commerce honduriens ; article 1.949 du code civil mexicain ; article 1.885 du code civil nicaraguayen ; article 1.009 du code civil panaméen ; article 1.077 du code civil portoricain ; article 141 du code de commerce vénézuélien). Font exception à la règle, l'article 306 du code civil cubain qui considère la résolution comme étant l'une des causes d'extinction des obligations et l'article 1.167 du code civil vénézuélien, qui la considère comme l'un des effets du contrat, comme un effet particulier des contrats bilatéraux. Et la majorité des codes du commerce ne la régit pas, non plus, en tant que condition résolutoire implicite, mais comme un remède général (article 870 du code de commerce colombien) ou seulement pour des contrats spécifiques (p. ex. articles 973 et 1.325 du code de commerce colombien ; article 463 du code de commerce costaricain ; article 329 du code civil cubain ; article 711 du code civil guatémaltèque ; article 376 du code de commerce mexicain ; article 759 du code de commerce panaméen ; article 250 du code civil portoricain)

Du fait que la résolution ne figure pas comme le remède à proprement parler face à l'inexécution, les codes hérités des droits français et espagnol n'en délimitent pas les

conditions en exigeant positivement, par exemple, une inexécution essentielle. Toutefois, cette condition a été posée par la doctrine et la jurisprudence fondée sur l'équité (arrêt de la Cour Suprême de Justice de Colombie du 18 décembre 2009, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01 ; du 22 octobre 2003, Exp. 7451 ; et du 11 septembre 1984, *Gaceta Judicial*, tome 176, n° 2415). L'avant-projet de réforme du droit français des obligations s de 2013 (article 132) établit également que la gravité de l'inexécution est une condition pour obtenir la résolution.

Traditionnellement, les systèmes anglais et étatsunien (et les systèmes sous leur influence) ont mis en place des filtres pour éviter le recours injustifié à la résolution. Dans leur approche classique, ces droits divisent les clauses contractuelles en *conditions* et *warranties*, et octroient seulement à la partie lésée par l'inexécution des premières le droit de résoudre le contrat (p. ex., suivant le régime de la section 53 du *Sale of Goods Act* anglais ; section 53 du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago, utilisant une formulation identique ; et sections 52 et 54 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque et du Belize, respectivement).

Il est également permis à une partie au contrat de résoudre le contrat (même si ce n'est pas en présence d'une *condition*), en cas d'une *renunciation* ou *repudiation* du contrat par l'autre partie. Le débiteur « répudie » un contrat dès lors qu'il manifeste par son comportement ou verbalement son intention de ne pas exécuter son obligation ou s'il déclare expressément qu'il lui sera impossible d'exécuter les termes essentiels de sa prestation.

Toutefois, la classification rigoureuse des *contractual terms* s'assouplissent par la voie judiciaire et législative et donc, dans certains cas, les juges estiment que la clause est de type « intermédiaire » (*intermediate* ou *innominate term*), et autorise la résolution en se fondant sur le caractère *sufficiently serious* de l'inexécution et sur la gravité des conséquences pour le créancier [*Hong-Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (1962), 2 QB 26]. L'introduction d'une troisième catégorie de clauses contractuelles sert à mettre l'accent sur les conséquences de l'inexécution, bien qu'un tel transfert de critère est davantage formel que matériel. Donc d'un point de vue historique et pratique, par principe pour considérer que l'inexécution permet la résolution, il faut qu'elle soit grave, c'est-à-dire que ses conséquences affectent de manière sérieuse le résultat ou le bénéfice que le créancier espérait obtenir du contrat. Ce principe est connu sous le nom de *substantial failure in performance* pour les territoires dépendant des États-Unis [Article 2, Partie 7 : *Remedies* UCC ; sections 241 et 242 du *Restatement Second of Contracts*].

Dans les codes civils néerlandais et surinamais, le filtre utilisé pour éviter des résolutions fantaisistes est la technique du *Nachfrist*. Ainsi, même si l'exécution est encore possible, le créancier ne peut pas déclarer le contrat résolu sans mettre préalablement le débiteur en demeure (article 6:265.2 des codes civils néerlandais et surinamais). Par conséquent, le créancier devra enjoindre le débiteur de s'exécuter en lui octroyant un délai supplémentaire. Et ce n'est qu'une fois que ce délai aura expiré sans que l'exécution ait été réalisée que la résolution pourra intervenir. La mise en demeure n'est pas exigée ni le délai supplémentaire si les parties ont convenu d'un terme essentiel (*fatale termijn*). De même, la résolution est possible sans délai si l'exécution de la prestation est temporairement ou définitivement impossible, sans qu'il ne soit important de savoir si cela est dû à une force majeure ou à une faute. Quant à la limite relative à l'inexécution, le présent article écarte la résolution dès lors que l'inexécution « au regard de sa nature ou de son importance mineure, ne justifie pas la résolution et les effets qu'elle entraîne ».

Dans le même sens, le droit uniforme combine l'inexécution essentielle (*fundamental breach*) et la technique du *Nachfrist*. Ce régime de résolution figure aux articles 49 et 64 CVIM, 7.3.1 PU ; 9:301 PECL, III-3:502 DCFR, et 114 et 134 CESL.

Les Principes OHADAC, suivant cette ligne d'inspiration, adoptent une solution qui, bien qu'elle ne soit pas retenue dans certains droits nationaux, ne leur est toutefois pas étrangère. La possibilité de résoudre le contrat est reconnue à la partie qui n'a pas obtenu satisfaction du fait de toute inexécution, y compris le retard et l'exécution défectueuse. En présence d'une inexécution essentielle prévue à l'article 7.1.2 ou dans une clause prévue par les parties au contrat, le créancier lésé pourra résoudre le contrat sans avoir besoin d'octroyer un délai supplémentaire au débiteur, qui n'a pas de sens dans cas. Mais si l'exécution continue d'être possible et utile (inexécution non essentielle, soit pour retard soit pour défaut de prestation), le créancier pourra octroyer un délai supplémentaire afin de lui donner une dernière chance pour exécuter son obligation. Le régime prévu à l'article 7.1.6 implique que le créancier ait le droit de résoudre le contrat à l'expiration du délai imparti, même s'il s'agit d'une inexécution non essentielle. Toutefois, une correction est introduite afin d'éviter que la partie contractante opportuniste n'utilise ce moyen de résolution pour se sortir d'une mauvaise affaire, en invoquant une inexécution de faible importance. Pour cette raison, il est prévu qu'il ne pourra pas agir en résolution dès lors que l'inexécution est de moindre importance, une exception, comme cela a été indiqué, qui est contenue également à l'article 6:265 des codes civils néerlandais et surinamais et dans la Directive 1999/44/CE (article 3.6).

Article 7.3.2 : *Inexécution anticipée et insuffisance de garanties*

- 1. Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie.**
- 2. La partie qui croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie peut exiger d'elle des garanties suffisantes de bonne exécution dans un délai raisonnable et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations. Elle peut résoudre le contrat si ces garanties ne sont pas fournies dans ledit délai raisonnable.**

COMMENTAIRE

1. Résolution du contrat en cas d'inexécution anticipée

La règle proposée au paragraphe premier du présent article reprend ce qui est dénommé en droit anglo-saxon *anticipatory breach of the contract*, et qui permet à une partie de résoudre le contrat avant l'échéance, dans le cas d'inexécution essentielle prévisible de l'autre partie. L'institutionnalisation de ce concept s'avère utile non seulement pour le créancier, qui peut de la sorte utiliser ce moyen de défense face à l'inexécution, sans attendre que son intérêt contractuel soit insatisfait et ainsi se reporter sur un marché alternatif pour obtenir une prestation en remplacement, mais également au débiteur qui verra minimiser le dommage qu'il sera tenu de réparer pour inexécution.

Le droit de résolution, reconnu par le présent article face à une inexécution prévisible, est fondé sur l'idée qu'il n'est pas possible qu'une partie demande que l'autre partie continue d'être liée à elle par le contrat alors qu'il s'avère évident que cette partie ne peut pas exécuter son obligation ou qu'elle ne le fera pas à la date convenue. La reconnaissance de ce droit comme moyen de protection implique une égalité entre l'inexécution essentielle prévisible et l'inexécution essentielle d'une obligation déjà échue. Par conséquent, la partie qui résout le contrat face à l'inexécution prévisible de l'autre est fondée à utiliser tous les remèdes contenus dans les présents Principes en cas d'inexécution, y compris de réclamer des

dommages et intérêts si, à l'échéance de l'obligation, il existe une cause justifiant l'inexécution ex article 7.1.8 des présents Principes.

Cette règle trouve son origine dans la *common law* [*Hochster v de La Tour* (1853), 2 E&B 678] ; *Universal Cargo Carriers Corp v Citati* (1957), 2 QB 401 ; *Frost v Knight* (1872), LR 7ex 111 ; *Federal Commerce & Navigation Ltd v Molma Alpha Inc* (1979), AC 757 ; et *Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd*, (1980), WLR 277] et a été expressément reconnue dans la section 250 du *Restatement Second of Contracts* et dans la section 2-610 UCC. Parallèlement, dans les pays de l'OHADAC dépendant du droit anglo-américain, la jurisprudence reconnaît expressément ce remède face à l'inexécution, permettant au créancier de résoudre le contrat dès lors que le débiteur manifeste clairement son intention de ne pas exécuter [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Jemmott v Rodríguez* (2009), No. 2888 de 2006 (Carilaw TT 2009 HC 49)].

Dans les systèmes juridiques romanistes, il n'existe pas de disposition qui, à titre général, permette de résoudre le contrat face à une inexécution prévisible du débiteur. Toutefois, cette règle n'est pas totalement méconnue dans ces systèmes car ils permettent d'exercer l'action résolutoire face à une situation d'inexécution prévisible en matière de vente (article 1.530 du code civil vénézuélien). D'autre part, il existe une ligne jurisprudentielle favorable à la résolution du contrat pour inexécution intentionnelle du débiteur qui permettrait de reconnaître ce moyen de défense face à l'inexécution prévue par les articles 1.546 du code civil colombien, 306 du code civil cubain, 1.184 des codes civils dominicain et français, 1.432 du code civil guatémaltèque, 1.386 du code civil hondurien, 1.949 du code civil mexicain, 1.009 du code civil panaméen, 1.077 du code civil portoricain ou 1.167 du code civil vénézuélien.

Les dispositions de l'article 6:80 du code civil néerlandais et surinamais et l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 128) sont davantage explicites sur ce point. Les articles 116 et 136 CESL visent le risque d'inexécution anticipée de la part de l'acheteur ou du vendeur, respectivement comme cause permettant à l'autre partie de résoudre le contrat si cette inexécution est essentielle.

De même, la règle de l'inexécution anticipée est expressément contenue dans les textes internationaux de droit uniforme en matière contractuelle (article 72.1 CVIM ; article 7.3.3. PU ; article 9:304 PECL ; article 3:504 DCFR) qui, comme dans les présents Principes, exige la réunion de deux conditions pour permettre au créancier de résoudre le contrat avant la date d'échéance de l'obligation.

En premier lieu, il est nécessaire que l'inexécution future soit évidente [*Chilean Nitrate Sale Corp v Marine Transport Co Ltd (The Hermosa)* (1982), All ER 234], c'est-à-dire qu'une simple suspicion n'est pas suffisante même si elle est bien fondée. Par conséquent, il doit y avoir de la part du débiteur un manque de capacité ou de volonté évident à exécuter, qui pourrait être expressément notifié par le débiteur ou mis en évidence par son comportement. Dans d'autres cas, dès lors que le comportement du débiteur fait seulement naître des doutes quant à sa volonté ou à sa capacité d'exécuter la prestation, il faudra s'en tenir au cas prévu au paragraphe deux du présent article, qui permet à la partie lésée de demander une garantie d'exécution dans un délai raisonnable. La disposition sera également applicable dès lors qu'un risque de retard d'exécution pèse : si une partie indique qu'elle exécutera, mais avec du retard, l'autre partie lésée pourra résoudre le contrat si la date d'exécution constitue un terme essentiel du contrat.

En second lieu, il est important que l'inexécution qui est prévue soit essentielle [*Afovos Shipping Co SA v Pagnan and Lli (The Afovos)* (1983), 1 WLR 195], dans le sens de l'article 7.1.2 des Principes OHADAC, de sorte qu'elle cause au créancier un préjudice certain qui le prive de toute attente relative au contrat, sauf s'il avait prévu ou aurait pu prévoir en bonne logique ce résultat.

Exemple : Une entreprise familiale spécialisée dans le dessin, la fabrication et la commercialisation de produits de bijouterie, signe un contrat avec un acheteur par lequel elle s'engage à livrer 100 pièces uniques spécialement dessinées pour un évènement qui aura lieu le 5 janvier. Le 2 janvier, l'entreprise familiale informe son client de l'impossibilité de livrer à temps les bijoux, ce qui permet au client de résoudre le contrat.

2. Résolution du contrat pour suffisance de garantie d'exécution

Tout comme le paragraphe premier exige une inexécution essentielle manifeste, dans le second paragraphe des présents Principes il suffit que le créancier croie raisonnablement ou à juste titre qu'il y aura une inexécution essentielle. D'où le fait que les mesures prévues sont différentes, puisque dans le second cas le cocontractant ne pourra pas directement résoudre le contrat.

En vue de protéger son intérêt, le présent article propose comme solution de permettre à la partie cocontractant, qui craint l'inexécution essentielle de l'autre, de suspendre sa propre exécution (si elle n'a pas encore exécuté la sienne), alors même qu'elle demande au débiteur de lui fournir les garanties suffisantes qu'il va exécuter ses obligations dans un délai raisonnable.

Si le créancier ne reçoit pas cette garantie et qu'il a des raisons de croire que l'autre partie n'exécutera pas, il pourra résoudre le contrat conformément à ce qui est prévu à l'article 7.3.3 des présents Principes, puisque le fait de ne pas fournir de garantie vaut inexécution anticipée de l'obligation et ouvre droit à la résolution.

Exemple 1 : A dans le pays X, qui est un architecte de renom et propriétaire d'une entreprise de construction, s'engage à réaliser le projet et la construction de nouveaux bâtiments qui accueilleront les bureaux de l'entreprise commerciale B, du pays Y. La livraison est une condition essentielle qui figure au contrat à une date déterminée. Peu de temps après la signature du contrat, B apprend que A a accepté un autre projet de grande envergure. Par conséquent, craignant que sa construction ne soit pas terminée dans les délais prévus, B demande à A qu'il lui confirme dans un délai de dix jours s'il exécutera son obligation dans les temps. Si A ne le fait pas, B sera en droit de résoudre le contrat.

La règle générale relative à la « *adequated assurance of performance* » a été développée par le droit étatsunien et figure à la section 2-609 UCC, mais ne figure dans aucun autre ordre juridique de la zone. Toutefois, certains systèmes, même s'ils n'ouvrent pas la possibilité de résoudre le contrat, prévoient dans le cadre des contrats de vente la possibilité pour le vendeur de s'abstenir d'exécuter, s'il a un doute sur l'exécution de l'autre partie et ce, principalement face au risque d'insolvabilité. C'est le cas des articles 1.073 du code civil costaricain, 1.613 des codes civils dominicain et français, 1.624 du code civil hondurien, 2.287 du code civil mexicain, 2.594 du code civil nicaraguayen, 1.237 du code civil panaméen, 1.356 du code civil portoricain, 1.407 du code civil saint-lucien et 1.493 du code civil vénézuélien. Toutefois, le droit anglais ne dispose pas de règle équivalente. Il reprend expressément la règle de l'article 6:80 (1) (c) des codes civils néerlandais et surinamais, qui se trouve aussi dans les textes d'harmonisation du droit (article 7.3.4 PU ; article 8:105 PECL ; article III-3: 505 DCFR).

La teneur des garanties raisonnables dépendra de chaque contrat et des circonstances de chaque espèce. La règle ne doit pas être interprétée dans le sens qu'il s'agit d'exiger du débiteur la prestation de garantie à proprement parler d'un point de vue juridique (réelle ou personnelle), mais que, parfois, un simple engagement d'exécution de la part du débiteur ou tout autre comportement susceptible de rassurer le créancier sur l'exécution, sera parfois suffisant.

Exemple 2 : En reprenant l'hypothèse du contrat de construction de l'exemple 1, il suffira que B s'engage à exécuter son obligation et qu'il prouve à A qu'il a embauché des salariés supplémentaires afin de mener à bien les deux projets.

Article 7.3.3 : Exercice de la résolution

- 1. Sauf stipulation contraire, la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.**
- 2. Lorsque le créancier a accordé un délai supplémentaire d'exécution indiquant, conformément au paragraphe 3 de l'article 7.1.6, que le contrat sera considéré comme étant automatiquement résolu si le débiteur n'exécute pas l'obligation dans le délai imparti, une nouvelle notification n'est pas nécessaire et le contrat sera résolu à l'échéance du délai supplémentaire ou du délai raisonnable imparti.**
- 3. Lorsque l'offre d'exécution est tardive ou que l'exécution n'est pas conforme, le créancier perd le droit de résoudre le contrat s'il ne fait pas parvenir à l'autre partie une notification dans ce sens dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'offre ou de la non-conformité ou à partir de la fin d'un délai supplémentaire d'exécution, le cas échéant.**

COMMENTAIRE

Le présent article adopte un système de résolution extrajudiciaire par simple notification à la partie défaillante adressée par la partie lésée. Il s'agit d'un modèle convergent en droit comparé et qui figure, avec quelques différences, dans les droits de tradition néerlandaise et anglo-américaine.

Toutefois, les systèmes juridiques de tradition romaniste prévoient, comme principe, un modèle de résolution judiciaire, hérité de l'article 1.184 du code civil français et, sous l'influence de cet article, de l'article 1.124 du code civil espagnol. Après avoir constaté l'inexécution, le créancier ne peut pas déclarer unilatéralement la résolution du contrat, mais il doit demander judiciairement la résolution. La décision relative à la résolution demeure en définitive entre les mains du juge, qui contrôle *a priori* l'opportunité de recourir à cette solution. Le système relève de la conception de la

résolution comme sanction, dont l'application doit être contrôlée par le juge (article 1.546 du code civil colombien ; article 692 du code civil costaricain ; article 1.184 des codes civils dominicain et français ; article 1.582 du code civil guatémaltèque ; article 974 du code civil haïtien ; article 1.386 du code civil hondurien ; article 1.949 du code civil mexicain ; article 1.885 du code civil nicaraguayen ; article 1.009 du code civil panaméen ; article 1.077 du code civil portoricain ; article 1.167 du code civil vénézuélien).

Malgré cela, le modèle reconnaît des exceptions à la résolution judiciaire. Traditionnellement les codes la prévoient en matière de vente de biens meubles, pour laquelle la résolution *ipso iure* ou automatique intervient dès lors que l'acheteur ne s'est pas présenté pour récupérer la chose dans le délai prévu (article 1.085 du code civil costaricain ; article 1.657 des codes civils français et dominicain ; article 1.442 du code civil haïtien ; article 1.664 du code civil hondurien ; article 1.2752 du code civil panaméen ; article 1.394 du code civil portoricain ; article 1.531 du code civil vénézuélien). Il est fait également exception à la résolution judiciaire, cette fois dans le domaine conventionnel et non légal, si une clause résolutoire a été expressément prévue dans le contrat de vente de biens immeubles (article 1.656 des codes civils français et dominicain ; article 1.441 du code civil haïtien ; articles 1.663 du code civil hondurien ; article 1.275.1 du code civil panaméen ; article 1.393 du code civil portoricain).

En outre, dans la majorité de ces systèmes, la résolution judiciaire a été relayée par la jurisprudence, en vue de faciliter les relations juridiques et économiques. En un mot, la nécessité de saisir le juge pour résoudre le contrat face à une inexécution n'est pas ressentie dans ces droits comme un principe logique indiscutable et auquel il est impossible de renoncer. L'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 va dans cette ligne de la suppression de cette exigence.

Le droit néerlandais présente la caractéristique particulière de réunir les deux modèles en permettant créancier lésé de choisir entre les deux (article 6:267.1 des codes civils néerlandais et surinamais).

Le droit anglo-américain suit un modèle de résolution extrajudiciaire caractérisé par ses faibles exigences formelles. La résolution du contrat pour inexécution ne se produit pas automatiquement, mais le créancier a la faculté de choisir entre la résolution ou le maintien du contrat. C'est la prérogative reconnue au créancier insatisfait de choisir entre une solution ou une autre, au regard des conséquences économiques de chacune, sans que l'automatisme de la mesure ne puisse lui imposer une résolution qui s'avérerait inappropriée. Le problème réside dans la détermination des modalités

d'exercice du choix du débiteur. Sur ce point, une grande liberté formelle est reconnue par ces systèmes et permet au créancier de résoudre le contrat sans avoir besoin de le notifier. Il suffit que, par son comportement non équivoque, il s'avère manifeste qu'il a décidé de mettre fin au contrat [*Sookraj v Samaroo* (2004), UKPC 50]. Normalement, le silence ou la simple inaction ne seront pas suffisants pour cela, même si la règle n'est pas absolue, vue que parfois le silence manifeste de façon claire qu'il est mis fin au contrat [*Vitol SA v Norelf Ltd* (1996), AC 800].

Dans la majorité des cas, la résolution sera exercée par notification adressée par le créancier au débiteur, exigée parfois par la loi. Mais la notification ne s'avère pas nécessaire si le créancier, pour réduire le montant des dommages et intérêts, a conclu un contrat de substitution pour pallier l'inexécution, car dans ce cas il sera considéré qu'il a opté pour la résolution [*Guston v Richmond-upon-Thames LBC* (1981) ; section 2.706 UCC ; section 48.3 du *Sale of Goods Act* anglais et des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago ; sections 47.3 et 49.3 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque et du Belize, respectivement].

En droit uniforme, le droit de résoudre le contrat s'exerce de façon extrajudiciaire par la notification unilatérale du créancier lésé. Tel en disposent les articles 26 CVIM et 118 et 138 CESL.

La notification est prévue aussi par les articles 7.3.2. (1) PU, 9:303 (1) PECL et III-3:507 (1) DCFR. Ces dispositions délimitent aussi le droit à la résolution [article 7.3.2. (2) PU ; article 9:303 (2) PECL ; article III-3:508 (1) DCFR].

Finalement, concernant la forme que la déclaration de volonté du créancier devra prendre pour la résolution, à titre général la majorité des systèmes préfère la liberté de forme, mais pas de façon aussi radicale que le système de *common law*. Dans la ligne de ce principe, la CVIM (article 26) mentionne uniquement la *notice*, à l'instar des PU [article 7.3.2 (1)], des PECL [article 9.303 (1)], du DCFR [article III-3.507 (1)] et de la CESL (articles 118 et 138). Les deux textes des Principes et celui du DCFR, par le concept de « notification », expliquent qu'elle peut être réalisée par tout moyen approprié aux circonstances [articles 1.9 PU ; 1.303 (1) PECL ; article I-1.109 (2) DCFR]. La tendance à accorder une liberté formelle fait exception dans certains systèmes. Tel est le cas des systèmes juridiques néerlandais et surinamais, qui exigent que la notification se fasse par écrit (article 6:267 des codes civils néerlandais et surinamais), sans toutefois requérir une forme particulière à cet écrit puisque un acte sous-seing privé est considéré comme suffisant (article 3:37.1 des codes civils néerlandais et surinamais).

Faisant écho à ces textes, les Principes OHADAC prévoient que le droit de résolution s'exerce, sauf disposition contraire des parties, par une notification unilatérale de la partie lésée adressée à l'autre partie, et optent pour une forme de notification simple, respectant la liberté formelle, même si dans la pratique il est préférable d'opter pour un écrit afin de se préserver un moyen de preuve.

La résolution implique, donc, que le créancier se prévale de la faculté ou du droit qui lui est reconnu. Cela présente des avantages évidents du point de vue pratique puisque, outre la souplesse, l'efficacité et le coût modique que présente cette solution, cela permet également d'éliminer toute incertitude sur le sort du contrat comme cela est le cas durant la procédure de résolution judiciaire, et de fluidifier les relations juridiques. Cela signifie que les parties pourront recourir à cette solution à leur gré et sans contrôle. Au contraire, l'exigence d'une inexécution essentielle ou grave ou l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution, comme condition du droit à la résolution du contrat, sont soumis à la réponse de la partie lésée et, en cas de désaccord, les voies de résolution du litige demeurent ouvertes.

Dans les cas de résolution à l'issue du délai supplémentaire d'exécution, normalement la partie lésée adressera deux notifications à l'autre partie : la première pour lui fixer le nouveau délai imparti et l'autre pour lui notifier la résolution. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 7.1.6 (3) des présents Principes, il est possible pour le créancier dans une seule et unique notification d'octroyer un nouveau délai au débiteur et de lui notifier qu'à défaut d'exécution à l'issue de ce délai, le contrat sera automatiquement résolu. Cette possibilité est également prévue expressément dans les articles 7.1.5 (3) PU, 8:106 (3) PECL, III-3:507 DCFR et 115.3 et 135.3 CESL. Ils imposent au créancier de procéder à une nouvelle notification, ce qui n'est pas le cas du paragraphe deux de présent article.

Enfin, le paragraphe trois limite le droit de résoudre le contrat en se fondant sur le retard d'exécution, tel que cela a déjà été mentionné dans l'article 7.2.2 (4). En cas d'exécution tardive ou d'exécution non conforme, le silence du créancier peut laisser croire au débiteur qu'il accepte la prestation et qu'il ne va pas exercer son droit à la résolution. Pour cette raison, la partie lésée devra notifier sa décision de résoudre le contrat dans un délai raisonnable. Quand le créancier a octroyé au débiteur un délai supplémentaire pour exécuter, le délai raisonnable pour lui notifier la résolution commencera à courir à compter de l'échéance du délai supplémentaire. Dans les autres cas, le délai sera calculé à compter du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la proposition d'exécution hors délai ou le défaut de conformité de la prestation.

Le sens à donner au « délai raisonnable » dépendra de la nature de chaque contrat, du délai initialement prévu pour l'exécution et des circonstances de l'inexécution. Ainsi, dans le cas de biens périssables, le délai sera plus court, de même que dans les cas où une solution de remplacement s'avèrera plus facile à obtenir, permettant d'éviter des abus sur la variation des prix.

Article 7.3.4 : Effets de la résolution

- 1. La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives.**
- 2. Elle n'a pas d'effet sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clause destinée à produire effet même en cas de résolution.**
- 3. Chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution matérielle s'avère impossible ou non raisonnable, elle doit être effectuée en valeur. Néanmoins, la partie qui a résolu le contrat n'est pas tenue à la restitution de la valeur si elle prouve que la perte ou la destruction de l'objet a pour cause la force majeure.**
- 4. La partie tenue à la restitution doit remettre les profits perçus de la chose et a le droit à une indemnité pour les dépenses nécessaires ou de conservation faites.**

COMMENTAIRE

1. L'effet libératoire de la résolution du contrat

Les conséquences caractéristiques de la résolution sont au nombre de deux : d'une part elle libère les parties de leurs obligations non encore exécutées (effet libératoire) et d'autre part elle permet de récupérer les prestations déjà exécutées (effet restitutoire).

Dans les systèmes caribéens de tradition romaniste, l'articulation de la résolution pour inexécution comme condition résolutoire implicitement contenue dans les contrats synallagmatiques (commentaire sous l'article 7.1.1) implique l'application des effets qui lui sont propres : remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. Cet effet *ex tunc* est proche de celui qui intervient dans les cas de nullité du contrat. Toutefois, cette théorie de la résolution-annulation du contrat est une source de problèmes dans la pratique. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence pose d'importantes exceptions à la règle de l'effet rétroactif, telles que celles qui portent sur les clauses contractuelles de résolution extrajudiciaire des différends et sur les contrats à exécution successive ou à exécution périodique.

Au contraire, dans les systèmes anglais et américain et dans les droits qui sont sous leur influence, la résolution ne produit d'effets qu'à partir du moment où elle est exercée par le créancier, et ne concerne pas les obligations ayant déjà été exécutées, ni celle exigibles avant la résolution. De ce fait, l'effet libératoire n'intervient que pour l'avenir : les parties se libèrent des obligations non encore échues au moment de la résolution, mais continuent d'être tenues d'exécuter les obligations déjà échues. Les systèmes issus du droit néerlandais retiennent la même idée puisque la résolution est dépourvue d'effets rétroactifs [articles 6:269 et 6:271 des codes civils néerlandais et surinamais].

Sur les points communs de toutes les traditions, le paragraphe premier de l'article proposé reprend l'effet libératoire de la résolution. La résolution produit seulement des effets à partir du moment où elle est exercée par la partie lésée, et libère les parties de leurs obligations futures mais sans affecter les obligations déjà exécutées ni celles à échoir et qui sont exigibles avant la fin du contrat.

Exemple : A et B concluent un contrat de construction par lequel A est le donneur d'ordre et B le preneur d'ordre. Si le donneur d'ordre décide de résoudre le contrat pour inexécution du fait du preneur d'ordre, B pourra réclamer la part du prix correspondant à la construction réalisée correctement avant la résolution du contrat et devra livrer à A la partie de la construction réalisée.

Les textes internationaux de droit uniforme suivent cette même ligne en consacrant également l'effet libératoire [article 81.1 CVIM ; article 7.3.5 (1) PU ; article 9:305 (1) PECL ; article III-3:509 (1) DCFR].

2. Les clauses contractuelles non affectées par la résolution

La subsistance du contrat se matérialise par l'applicabilité après la résolution des clauses non directement concernées par l'objet des prestations : les clauses de

règlement des dommages et intérêts (*liquidated damages*) et autres clauses pénales ; les clauses de règlement extrajudiciaires des différends découlant du contrat ; les clauses relatives au choix de la loi applicable ; les clauses de confidentialité ou celles de non concurrence, etc., dont la survivance relève du paragraphe second.

Cette règle est commune à tous les systèmes. Ainsi pour ceux d'origine anglo-américaine, les *ancillary obligations* (obligations accessoires) ne sont pas affectées par la voie de résolution [*Heyman v. Darwins* (1942), AC 356, HL]. Dans les codes néerlandais ou surinamais il n'existe pas une règle qui retient expressément cette solution mais elle découle des articles 6:269 et 6:271. Dans la tradition romaniste, l'applicabilité de ces clauses après la résolution du contrat est l'une des exceptions reconnues par la jurisprudence à l'efficacité rétroactive. L'article 138 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations 2013 dispose dans ce sens.

Exemple : Une entreprise de dessin et de fabrication automobiles de luxe insère dans ces contrats de prestation de services qu'elle conclut avec les ingénieurs la clause suivante : « Les deux parties reconnaissent que l'information et la documentation reçue sous toute forme (digitale ou analogique, etc.) par l'autre partie, ou à laquelle elles auront accès pour les besoins du service prêté dans le cadre du contrat, est de caractère hautement confidentiel et ne devra pas être divulguée, ni utilisée pour un objectif différent que celui prévu au contrat ». Après la résolution du contrat par l'entreprise pour inexécution d'une livraison de projets à la date convenue, cette clause continue de s'appliquer pendant une durée raisonnable et la résolution ne dispense pas la partie contractante de son obligation de confidentialité.

De même, la règle figure dans les textes internationaux de droit uniforme : articles 81.1 CVIM, 7.3.5 (3) PU, 9:305 (2) PECL et III.- 3:509 (2) DCFR.

3. L'effet restitutoire de la résolution du contrat

Le troisième paragraphe de la règle proposée régit l'effet restitutoire de la résolution, en se fondant sur la rétroactivité limitée, en vue uniquement de régler la situation existant entre les parties du fait de l'inexécution. Il a été opté pour le modèle moderne de l'effet de la résolution, adopté par les codes civils néerlandais et surinamais, et par certains textes de droit uniforme.

En effet, alors que le droit anglo-américain représente l'absence d'effet rétroactif (malgré quelques exceptions), les systèmes romanistes préconisent comme règle générale la restitution avec effets réels, comme conséquence de la rétroactivité de la résolution. Dans le modèle proposé, le problème est observé avec plus d'empirisme et

il est préféré d'établir des règles simples qui permettent de régler la situation économique des parties qui découle de la résolution.

Il s'agit d'un choix qui, cependant, ne s'avère pas si absolument étranger des traditions en présence dans la zone caribéenne. S'il est certain que le point de départ théorique des systèmes est celui indiqué dans le paragraphe précédent, il n'en demeure pas moins que le développement jurisprudentiel et législatif a nuancé les positions rigides initiales relatives à la non-rétroactivité ou à la rétroactivité de la résolution.

Ainsi, en droit anglo-américain, bien que la règle générale ne prenne pas en compte l'effet restitutoire, dans certaines circonstances il est reconnu à la partie qui a exécuté totalement ou partiellement sa prestation de la récupérer (*restitutory remedy*).

Dans les contrats de vente, la résolution par le vendeur pour inexécution de l'acheteur a normalement pour seul effet d'obliger personnellement celui-ci à la restitution, sans que la récupération de la propriété des biens vendus ne puisse se faire au détriment des tiers ou des créanciers de l'acheteur [articles 38-48 du *Sale of Goods Act* anglais ; sections 39-48 du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago ; sections 40-49 du *Sale of Goods Act* du Belize ; sections 40-47 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; sections 2-703 (2) et 2-706 UCC ; alors que la section 2-702 (2) UCC établit une exception limitée à cette règle]. Toutefois, le rejet justifié des biens par l'acheteur (résolution) emporte bien récupération de la propriété des biens pour l'acheteur, tant en droit anglais [*Kwei Tek Chao v British Traders Ltd* (1954), 2 QB 459], que dans l'UCC [section 2-401 (4) ; article 2-602 (2)].

Pour ce qui concerne la récupération de sommes d'argent versées, les droits anglais et étasunien présentent une divergence. Le droit anglais restreint beaucoup le champ d'application de l'exception au principe général de la non-rétroactivité, de sorte que le créancier lésé peut prétendre à la restitution des sommes versées seulement s'il y a eu rupture du contrat [section 1 du *Law Reform (Frustrated contracts) Act* ; article 20 du *Contract Act* du Belize ; section 3 du *Law Reform (Frustrated contracts) Act* de la Jamaïque ; section 6 du *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated Contract)* des Bermudes] ou dans les cas de *termination for breach*, si aucune contrepartie n'a été reçue (*total failure of consideration*). Donc, s'il y a eu un début d'exécution, aussi minime soit-il, il est considéré qu'il y a *partial failure of consideration*, que l'action restitutoire n'est pas possible et que seule l'action personnelle de *damages* est envisageable. Toutefois, souvent il est difficile de distinguer entre l'exécution partielle et celle qui diffère substantiellement de ce qui a été convenu, et cela apporte une souplesse à l'application de la règle anglaise. Aux États-Unis, cette règle ne s'applique

pas : la *failure of consideration* n'est pas nécessaire et il suffit que l'inexécution soit suffisamment sérieuse pour que cela justifie la résolution du contrat, afin que la partie soit fondée à récupérer les somme versée par anticipation, sauf dans les cas de résolution partielle.

D'une part, la résolution *ex tunc* et avec des effets réels, préconisée par les systèmes nationaux de tradition romano-germanique, a été nuancée par la jurisprudence, face aux difficultés pratiques que présente la totale rétroactivité. Pour les éviter, il a été prévu un large champ de voies de restitution par équivalent et, même, des exceptions ont été créées à la règle générale sur la base de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations contractuelles (dans les contrats à exécution successive). D'autre part, l'effet réel de la restitution est abandonné en présence d'un tiers qui doit être protégé. Cette évolution figure dans l'article 137.3 et 4 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Le modèle ici proposé vise à ce que la personne qui a exécuté une prestation sans rien recevoir en retour, doive pouvoir la récupérer soit, soit par équivalent. Le but poursuivi est de régler la situation existant après la résolution. Ce système est celui suivi fondamentalement par les propositions de droit uniforme [article 81.2 CVIM ; article 7.3.6 (1) PU ; articles 9:307-309 PECL ; articles III-3:511 et s. DCFR].

Dans la règle que les présents Principes proposent, la résolution marque le commencement de l'obligation légale de restitution des prestations perçues par les parties. Par conséquent, la partie qui aurait payé par anticipation une somme d'argent et qui n'aurait pas reçu l'exécution conforme en retour, pourra récupérer cette somme. S'il ne s'agit pas d'argent, le contractant qui aurait remis un bien à l'autre partie, sans recevoir de contreprestation, pourra le récupérer. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, si la récupération du bien remis s'avère impossible *in natura* (par exemple, parce qu'elle a été perdue ou est passée entre les mains d'un tiers), la restitution se fera en argent.

Il faut souligner qu'il ne s'agit pas d'un versement de dommages et intérêts, bien que dans la pratique, à de nombreuses reprises, la somme de l'indemnisation peut constituer l'un des postes correspondant à la prestation perçue et qui n'a pas été rendue. Toutefois, il existe d'autres cas où il ne peut pas être procédé au versement de dommages et intérêts parce que l'inexécution est justifiée (article 7.1.8), et que la partie devra, quand même, restituer ce qu'elle a reçu afin d'éviter tout enrichissement sans cause.

La restitution par équivalent intervient également quand, même si la restitution *in natura* ne s'avère pas impossible, il n'est pas raisonnable de créer une difficulté trop importante ou un coût économique disproportionné.

Exemple 1 : Le sculpteur A a été engagé par B pour réaliser une sculpture de bas-reliefs sur la façade principale de sa maison. À la fin des travaux, B ne paie pas le prix convenu, et A décide de résoudre le contrat. Bien qu'il ne soit pas physiquement impossible de desceller les bas-reliefs de la façade, le coût en serait disproportionné. Par conséquent, B devra restituer à A le montant des travaux.

Pour évaluer l'équivalent, sauf disposition contraire convenue entre les parties, le montant de la prestation au moment prévu de l'exécution servira de référence.

La partie lésée par l'inexécution ne sera pas tenue de restituer le montant de la prestation qui lui a été remis par le débiteur défaillant, s'il prouve que la perte ou la destruction du bien s'est produit pour cause de force majeure (article 7.1.8 des présents Principes).

Exemple 2 : L'entreprise A du pays X, fabricant de boissons et à base de fruits tropicaux, conclut avec l'entreprise fructicole B du pays Y, un contrat de vente par lequel B s'oblige à livrer cinq tonnes de bananes. B a trouvé un meilleur acheteur pour ses bananes et livre à A cinq tonnes de mangues. Face à cette inexécution, A décide de résoudre le contrat et d'acheter les bananes à un autre producteur. Toutefois, avant que la restitution n'intervienne, un cyclone de grande envergure détruit tous les entrepôts du port et entraîne la perte des bananes. L'entreprise A n'est pas responsable de la perte des marchandises, elle ne perd pas son droit de résoudre le contrat et ne sera pas tenue de restituer la prestation à l'entreprise B.

4. La liquidation de l'état de possession du débiteur à la restitution

Conformément au paragraphe quatre de la règle ici proposée, la liquidation de l'état de possession du débiteur à la restitution se fera au regard des critères suivantes. En premier lieu, le débiteur de la restitution est tenu de rendre, soit *in natura* soit par équivalent, les fruits et les bénéfices perçus de la chose, mais pas ceux qu'il aurait dû percevoir. En second lieu, il a droit au remboursement des frais qu'il aurait engagé pour la conservation du bien. Et en troisième lieu, les autres frais seront remboursés s'ils constituent un enrichissement pour le destinataire de la restitution.

De telles règles ne sont pas étrangères aux systèmes juridiques caribéens de tradition romano-germanique et entraînent l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause ou de la rétroactivité de la résolution. Dans les systèmes d'origine anglaise, le premier critère serait probablement appliqué si le créancier de la restitution subissait

un préjudice du fait de l'inexécution du contrat [*Planché v Colburn* (1831), 8 Bing 14], ou dans les cas de rupture [section 1 du *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* ; article 20 du *Contract Act* du Belize ; section 3 du *Law Reform (Frustrated contracts) Act* de la Jamaïque ; et section 6 du *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated contract* des Bermudas]. Mais si celui qui réclame la restitution est coupable de l'inexécution, il n'a pas droit au paiement des bénéfices [*Sumpter v Hedges* (1989), 1 QB 673]. En droit anglo-américain, le vendeur qui est en possession de biens qui ont été à juste titre refusés (pour défaut de conformité avec les termes du contrat) est traité comme un simple dépositaire, avec une obligation de veiller raisonnablement sur la chose en vue de sa conservation [section 36 du *Sale of Goods Act* anglais ; section 37 du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, d'Antigua-et-Barbuda et de Trinité-et-Tobago ; section 38 du *Sale of Goods Act* du Belize ; section 36 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque ; section 2-602 (b) et (c) UCC]. En droit anglais, cela constitue sa seule obligation. Toutefois, en droit étasunien si l'acheteur est un commerçant, cela peut lui être imposé dans des circonstances particulières y compris l'obligation de procéder à la revente des biens (section 2-603 UCC).

5. Droits des tiers

Cette règle vise seulement à régir les relations entre les parties et ne s'intéresse pas aux droits des tiers relatifs aux biens objet du contrat concerné par la résolution. Pour le droit des tiers, il faut s'en remettre aux droits nationaux applicables. Par exemple, l'éventuelle existence d'un tiers acquéreur le protège par le fait que la résolution du contrat ne peut pas lui porter préjudice.

Article 7.3.5 : *Cumul avec des dommages-intérêts*

La résolution n'exclut pas le droit de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution si des préjudices subsistent après la résolution. Néanmoins, le débiteur n'est pas responsable des pertes subies par le créancier dans la mesure où celui-ci aurait pu les réduire en prenant des mesures raisonnables.

COMMENTAIRE

Face à l'inexécution du contrat, la partie lésée pourra utiliser pour la défense de son droit tous les remèdes qu'elle jugera pertinents, à condition qu'ils ne soient pas

incompatibles entre eux [article 7.1.3 (2) des Principes OHADAC]. Concrètement, le droit de résoudre le contrat et l'attribution de dommages et intérêts sont des moyens compatibles.

C'est la solution retenue par la *common law*, qui prévoit que l'inexécution par l'une des parties de la prestation convenue au contrat (*primary obligation*) fait naître l'obligation secondaire au versement d'une indemnisation pour les dommages occasionnés par l'inexécution (*secondary obligation: to pay damages*). De même, dans les systèmes juridiques d'origine romano-germanique la règle générale est la compatibilité des remèdes [article 1.546.2 du code civil colombien ; article 692 du code civil costaricain ; article 306 du code civil cubain ; article 1.184.2 des codes civils dominicain et français ; article 1.535.2 du code civil guatémaltèque ; 974.2 du code civil haïtien ; article 6:277 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.386.2 du code civil hondurien ; article 1.949.2 du code civil mexicain ; article 1.885.2 du code civil nicaraguayen ; article 1.009.2 du code civil panaméen ; article 1.077.2 du code civil portoricain ; article 1.167 du code civil vénézuélien ; articles 45 et 61 CVIM ; articles 7.3.5 et 7.4.1. PU ; article 8:103 PECL ; article III-3:102 et III.-3:502 DCFR). Tous les systèmes s'accordent sur la condition préalable selon laquelle la résolution pour inexécution ne doit pas avoir été causée par un cas de force majeure.

Il existe plus de problème en droit comparé sur la question de savoir si le dommage résolutoire doit être d'intérêt positif (intérêt de l'exécution) ou d'intérêt négatif (intérêt de confiance). Dans les modèles appliquant le modèle rétroactif, il peut y avoir une antinomie si le créancier peut se prévaloir de l'intérêt positif mais que, toutefois, la résolution a des effets *ex tunc*. La règle admise est l'indemnisation de l'intérêt contractuel positif et c'est également l'option retenue par le droit néerlandais (article 6:277 des codes civils néerlandais et surinamais : *positief contractsbelang*).

En droit anglo-américain, l'intérêt positif est protégé, puisque l'objectif est de placer la partie lésée dans la même situation que si le contrat avait été exécuté [« *so far as money can do it (...) in the same situation (...) as if the contract had been performed* »]. Toutefois, s'il le souhaite, le créancier lésé pourra opter pour l'intérêt négatif (*reliance loss*), mais jamais pour les deux cumulativement. La limite de la combinaison des demandes (*loss of bargain, reliance loss and restitution*) est posée par le principe interdisant la double couverture pour un même préjudice (*principle against double recovery*).

En droit uniforme, la règle générale consiste en l'indemnisation de l'intérêt positif [article 74 CVIM ; article 7.4.2 (1) PU ; article 9:502 PECL ; article III.-3:702 DCFR ; article 160 CESL].

L'article ici proposé a opté pour une règle ouverte, sans établir si l'intérêt indemnisable est positif ou négatif, laissant entre l'un ou l'autre le choix qui conviendra le mieux à la partie lésée.

Il est important de ne pas confondre la demande de dommages et intérêt avec la possibilité de réclamer des sommes qui, au regard du commentaire de l'article précédent, découle de la non rétroactivité de la résolution, sachant que ces sommes ne seront dues que si elles l'étaient avant la résolution du contrat.

Exemple : Si dans un contrat de vente il est convenu que l'acheteur remet une somme d'argent à titre d'acompte (versement ferme), et si le contrat est résolu précisément pour défaut de paiement de l'acompte, le vendeur pourra demander : a) l'acompte pour la somme convenue et due avant la résolution, et b) les dommages et intérêts pour le préjudice causé par l'inexécution du contrat.

Enfin, la partie lésée doit atténuer les dommages et intérêts, c'est-à-dire qu'elle ne pourra pas demander une indemnité pour les pertes qui auraient pu être évitées par une prestation de remplacement, par exemple, si celle-ci était possible (commentaire sous l'article 7.4.3 Principes OHADAC).

Section 4 : Dommages-intérêts

Article 7.4.1 : Droit aux dommages-intérêts

- 1. L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans les présents Principes.**
- 2. N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.**
- 3. Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte subie par le créancier et le bénéfice dont il a été privé.**
- 4. Les préjudices non matériels produits par l'inexécution du contrat, tels que la souffrance, la**

perte de jouissance ou l'angoisse sont aussi indemnisables.

COMMENTAIRE

1. Indépendance et compatibilité du droit à percevoir des dommages et intérêts

Les dommages et intérêts entrent dans le cadre des remèdes configurant la responsabilité contractuelle. L'inexécution de l'obligation convenue au contrat entraîne une atteinte à l'intérêt du créancier et l'indemnisation a pour fonction de compenser le préjudice qui en résulte. Pour ce faire, le droit à être indemnisé naît face à tout type d'inexécution à condition que cela soit justifié.

En droit anglais, il est considéré que l'inexécution de l'obligation convenue contractuellement (*primary obligation*) fait naître l'obligation secondaire d'indemniser le préjudice subi (*secondary obligation to pay damages*). C'est le remède normal, car la *common law* est restrictive dans la reconnaissance de la demande d'exécution [*Photo Production Ltd v Securicor Ltd*. (1980), UKHL 2].

De même, dans les systèmes de tradition romano-germanique figure, à titre général, le devoir d'indemniser le préjudice pour inexécution contractuelle (articles 1.613 et s. du code civil colombien ; articles 701 et s. du code civil costaricain ; article 293 du code civil cubain ; articles 1.146 et s. des codes civils français et dominicain ; articles 1.433 et s. du code civil guatémaltèque ; articles 936 et s. du code civil haïtien ; articles 1.360 et s. du code civil hondurien ; articles 2.107 et s. du code civil mexicain ; articles 1.860 et s. du code civil nicaraguayen ; articles 986 et s. du code civil panaméen ; articles 1.054 et s. du code civil portoricain ; articles 996 et 1.001 et s. du code civil saint-lucien ; articles 1.264 et s. du code civil vénézuélien). Toutefois, dans certains systèmes de cette tradition, la question s'est posée quant à l'indépendance de l'indemnisation. Ainsi, c'est le cas de la Colombie où la jurisprudence a accepté l'indépendance des actions en matière civile, comme cela se passe en matière commerciale [article 925 du code de commerce colombien ; arrêt de la Cour Suprême de Colombie, chambre de cassation civile, du 3 octobre 1977 (*Gaceta Judicial*, tome CLV, n° 2396, 1977, p. 320-335) ; au contraire, arrêt de la Cour Suprême de Justice, chambre de cassation civile, du 2 juin 1958, (*Gaceta Judicial*, tome LXXXVIII, n° 219, pp. 130-134) et du 14 août 1951 (*Gaceta Judicial* 1951, p. 55-63). De même, au Venezuela, le silence du législateur a mené la doctrine à envisager la possibilité d'exercer une action en dommages et intérêts indépendamment de la résolution ou de l'inexécution, ou si elle se trouve subordonnée à ces moyens. La jurisprudence a déclaré l'autonomie de l'action dans

une décision importante du 10 novembre 1953 (CFC/SCMT, 10/11/1953, *Gaceta Forense*, 2a E., No 2, pp. 431 s.), et malgré cela, une grande partie de la doctrine continue de trouver qu'il est difficile de construire une règle générale sur l'indépendance des actions. Les codes civils néerlandais et surinamais configurent un régime basique applicable aux dommages contractuels et extracontractuels, c'est-à-dire à toute obligation d'indemniser en vertu des articles 6:74 et s.

Le paragraphe premier du présent article présente le droit aux dommages et intérêts comme un remède indépendant et compatible avec les autres remèdes. Il est indépendant parce que, dans le cadre des présents Principes, la partie lésée peut décider de l'actionner comme unique remède face à une prestation défectueuse ou non conforme, ou face à l'exécution impossible par le débiteur. Il peut également être exercé concomitamment à d'autres remèdes avec lesquels il sera compatible, par exemple, pour compenser le dommage découlant d'une résolution contractuelle face à une inexécution essentielle ou avec le droit à l'exécution en cas d'exécution tardive, pour compenser les dommages que le retard aura occasionnés au créancier.

2. Caractère non pertinent de la faute

La majorité des systèmes de tradition romano-germanique partent de la faute de la partie défaillante comme condition pour octroyer des dommages et intérêts à la partie lésée. Ce sont donc des systèmes subjectifs ou fondés sur la faute (articles 1.147 et 1.148 des codes civils français et dominicain ; articles 937 et 938 du code civil haïtien ; article 1.424 du code civil guatémaltèque ; articles 1.360 et 1.362 du code civil hondurien ; articles 1.860, 1.862, 1.863, 1.864 du code civil nicaraguayen ; articles 986, 988, 989, 990 du code civil panaméen ; articles 1.054, 1.056, 1.057 et 1.058 du code civil portoricain). D'autres codes, comme le cubain (article 293), le saint-lucien (article 1.002) et le vénézuélien (article 1.264), semblent s'orienter vers la thèse objective, toutefois dans ce dernier code, il est en fait établi une responsabilité fondée sur la faute, qui est présumée de façon absolue par le législateur (articles 1.271 et 1.272 du code civil vénézuélien).

Les systèmes juridiques néerlandais et surinamais, bien qu'un esprit d'objectivité transparaisse, ne parviennent pas à se détacher totalement de la faute. Ainsi, l'article 6:75 des codes civils néerlandais et surinamais prévoient que pour imputer des dommages et intérêts, l'inexécution doit être imputable au débiteur soit parce qu'il est reconnu coupable, soit parce qu'il s'agit d'un risque qui est imputé par la loi, la relation juridique ou par « une opinion généralement admise » (*de in het verkeer geldende opvatting*). Il apparaît qu'il est fait mention de l'imputation pour faute et également pour risque (imputation subjective et objective).

Parmi les systèmes clairement objectifs figurent les droits du contexte anglo-américain, pour lesquels le débiteur engage sa responsabilité pour la simple inexécution, en l'absence de raisons positives susceptibles de l'excuser, et cela sans avoir besoin de vérifier s'il a ou non commis une faute. Dans cette même ligne, l'article 77 CVIM régit les dommages et intérêts sur le modèle objectif, tel que le prévoit l'article 79 qui dispose que les causes exonératoires prévues dans cet article n'ouvrent pas un droit à dommages et intérêts. Entrent également dans ce groupe les PU (article 7.4.1) et les propositions d'harmonisation du droit en Europe : articles 9:501 (1) PECL et III-3:701 (1) DCFR. De même, l'article 159.1 CESL a opté pour le système objectif.

Conformément à cette tendance à l'objectivisation et en écho à l'adoption d'un concept d'inexécution de type objectif (commentaire sous l'article 7.1.1 des présents Principes), la règle proposée ici ne fonde pas l'attribution de dommages et intérêts à la partie lésée sur la faute du débiteur défaillant. Par conséquent, cette attribution est justifiée chaque fois que l'inexécution du débiteur ne proviendra pas d'un cas de force majeure (article 7.1.8) ou qu'elle ne sera pas couverte par une clause d'exonération ou de limitation de responsabilité (article 7.1.7).

3. Non pertinence de la mise en demeure du débiteur

Dans la majorité des systèmes caribéens romano-germaniques, en cas de retard d'exécution la responsabilité n'est engagée que si la partie défaillante est mise en demeure d'exécuter. Dans ces droits, la mise en demeure marque le point de départ du transfert de risques en cas de perte de la chose due et également du devoir d'indemniser les dommages occasionnés par le retard d'exécution (article 1.615 du code civil colombien ; article 1.084 du code civil costaricain ; article 255 du code civil cubain ; article 1.146 des codes civils français et dominicain ; article 1.433 du code civil guatémaltèque ; article 936 du code civil haïtien ; article 1.364 du code civil hondurien ; article 2.105 du code civil mexicain ; article 1.859 du code civil nicaraguayen ; article 985 du code civil panaméen ; article 1.053 du code civil portoricain ; article 999 du code civil saint-lucien ; article 1.269 du code civil vénézuélien). De même, les codes civils néerlandais et surinamais exigent la mise en demeure dans les cas où l'exécution de la prestation est encore possible ou si elle est impossible de façon temporaire (article 6:74.2). Toutefois, certains codes du commerce ne conditionnent pas la responsabilité pour retard d'exécution des obligations commerciales à la mise en demeure (article 418 du code de commerce costaricain ; article 63 du code de commerce cubain ; article 677 du code de commerce guatémaltèque ; article 85 du code de commerce mexicain ; article 232 du code de commerce panaméen ; article 94 du code de commerce portoricain).

Pour les juristes anglo-américains, la mise en demeure est un concept étranger. En cas d'inexécution, le devoir d'indemniser court à compter de la date d'exécution convenue au contrat. Si aucune date n'a été convenue pour l'exécution, le débiteur devra exécuter dans un délai raisonnable et le droit à l'indemnisation ne naîtra qu'à l'expiration de ce délai sans que le créancier ne doive procéder à une quelconque mise en demeure. De même, à partir du moment où la partie défaillante n'exécute pas, elle en assume les risques (section 20 du *Sale of Goods Act* du Royaume-Uni de 1979 ; section 22 du *Sale of Goods Act* des Bahamas, de Montserrat, de Barbuda, de Trinité-et-Tobago et du Belize ; et section 21 du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque), sans pouvoir invoquer la *frustration* pour se libérer de son obligation en cas d'impossibilité d'exécution, il sera alors considéré qu'il existe *self-induced frustration*.

Tout en suivant la voie marquée par les systèmes anglo-saxons, la demande de dommages et intérêts pour retard dans la CVIM, PU, PECL et DCFR n'est pas conditionnée à une mise en demeure, ni à une notification d'inexécution.

La présente règle, conformément au commentaire sous l'article 7.1.1 relatif au concept d'inexécution, ne rattache pas la mise en demeure à la naissance du droit à des dommages et intérêts. Et ce bien que, comme cela a été vu, un grand nombre d systèmes de la zone caribéenne qui conditionnent l'indemnisation du retard d'exécution au fait que le débiteur ait été préalablement mis en demeure. Toutefois, cette option se heurterait frontalement aux conceptions juridiques anglo-américaines, pour lesquelles la mise en demeure est une mesure « troublante », sans compter qu'elle constitue un système très pratique, rapide et sûr, tel que l'exige les relations commerciales.

4. Le préjudice réparable doit avoir un caractère certain

L'indemnisation remplit une fonction d'indemnisation, aussi il ne suffit pas qu'il y ait simplement inexécution du contrat pour que naisse le devoir d'indemniser, mais il faut que cette inexécution cause au débiteur un préjudice qui doit être certain (paragraphe deux).

Exemple 1 : A, une entreprise du pays X, n'a pas exécuté son obligation de livrer à l'entreprise B, du pays Y, des biens de genre déterminés dont le prix était en baisse. B n'ayant toujours pas payé le prix, s'il parvient à acheter les marchandises à un autre fournisseur à un prix plus bas que celui convenu dans le contrat, il n'aura subi aucun dommage et A n'aura donc pas à lui verser de dommages et intérêts bien qu'il n'ait pas exécuté ses obligations contractuelles.

Exemple 2 : Suite aux conseils négligents de son avocat qui lui a annoncé des perspectives infondées de bénéfices, A décide d'investir ses économies dans une entreprise. Si finalement, par hasard, il en tire des bénéfices économiques, A ne pourra pas demander de dommages et intérêts à son avocat, car bien que celui-ci n'ait pas exécuté son obligation en n'agissant pas avec la diligence requise par sa *lex artis*, A n'a subi aucun dommage effectif.

Une exception à cette règle d'or figure dans la majorité des systèmes, sous le nom de *nominal damages* en droit anglo-saxon. Des indemnisations symboliques sont octroyées au demandeur par le seul fait de l'inexécution, même s'il ne lui a pas causé un préjudice effectif [*Surrey CC v Bredero Homes Ltd* (1993), 1 WLR 1361] ou si malgré le préjudice, il n'est pas possible de prouver son existence [*Columbus & Co Ltd v Clowes* (1903), 1 KB 244] ou son montant [*Erie County Natural Gas and Fuel Co Ltd v Carrol* (1911), AC 105]. Toutefois, la finalité habituelle des *nominal damages* ne consiste qu'à constater la violation du droit du demandeur.

Outre cette particularité de la *common law*, et bien que beaucoup moins connue, il existe en France une exception au principe de la nature compensatoire du droit aux dommages et intérêts de l'article 1.145 du code civil français. Lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, le débiteur sera tenu au paiement de dommages et intérêts par le simple fait d'avoir enfreint son obligation. Cette même exception existe dans les articles 1.612 du code civil colombien, 1.145 du code civil dominicain, 1.326 du code civil guatémaltèque, 2.104 *in fine* du code civil mexicain, 1.001 du code civil saint-lucien, et 1.266 du code civil vénézuélien. De même, tous les systèmes visent une autre exception en matière d'obligations pécuniaires (commentaire sous l'article 7.4.6 Principes OHADAC).

Il est implicitement exigé que le dommage découle de l'inexécution, à savoir, qu'il existe un lien de causalité suffisant entre l'inexécution et le préjudice causé.

La règle posée par le paragraphe trois comprend également la possible indemnisation du préjudice futur, à savoir, celui qui n'est pas encore survenu mais qui peut être prévisible avec un degré de certitude raisonnable. Est exclu le préjudice hypothétique ou celui fondé sur de simples conjectures ou espérances. Le dommage futur prend parfois la forme d'un manque à gagner ou d'une perte de chance. Les articles 74 CVIM, 7.4.3 PU, 9:501 (2) (b) PECL et III-3:701 (2) DCFR se réfèrent au préjudice futur en droit uniforme.

5. Le principe de réparation intégrale

Le principe de réparation intégral du préjudice, selon lequel l'indemnisation a pour finalité de rétablir autant que faire se peut la perte d'équilibre des intérêts due à l'inexécution et de placer la partie lésée dans la situation dans laquelle elle serait si le préjudice n'avait pas eu lieu. Ce principe représente, dans tous les systèmes juridiques OHADAC, l'essence même du droit à réparation et doit être considéré dans l'axe du calcul de l'indemnisation [article 1.613 du code civil colombien ; article 1.149 des codes civils français et dominicain ; article 1.434 du code civil guatémaltèque ; article 939 du code civil haïtien ; articles 6:95 et 6:96 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.365 du code civil hondurien ; articles 2.108, 2.109 et 2.115 du code civil mexicain ; article 1.865 du code civil nicaraguayen ; article 991 du code civil panaméen ; article 1.059 du code civil portoricain ; article 1.004 du code civil saint-lucien ; article 1.273 du code civil vénézuélien ; section 1-106 UCC ; section 347 du *Restatement Second of Contracts* ; arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *Vaugh v Odle* (1982), No. 765, *Carilaw* BB 1982 HC 44 ; article 74 CVIM ; articles 7.4.2 et 7.4.3 PU ; article 169 CESL).

Les effets du principe de réparation intégrale sont préférés dans la majorité des systèmes pour leur intérêt positif ou comme mesure générale de l'exécution permettant d'indemniser le préjudice contractuel. L'indemnisation vise à placer le créancier dans la même situation et offre les mêmes résultats économiques que si l'exécution avait eu lieu. Par contre, l'« intérêt négatif ou de confiance » place toujours le créancier dans la situation dans laquelle il se trouvait avant la conclusion du contrat.

En droit anglais, la règle de l'indemnisation de l'intérêt positif a été retenue par l'arrêt de l'affaire *Robinson v Harman* en 1848 (1 Ex Rep 850) de sorte que, parfois, le cocontractant peut réclamer seulement l'intérêt négatif, par exemple parce que la perte de bénéfices sera très difficile à prouver [*Anglia TV v Reed* (1971), 3 All ER 690 ; *McRae v Commonwealth Disposals Commission* (1951), 84 CLR 377]. Le droit étatsunien, dans la même ligne, permet à la partie lésée de choisir entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif (sections 347 et 349 du *Restatement Second of Contract*), qui est le résultat pratique auquel conduit également le droit anglais.

Les systèmes caribéens de tradition romano-germanique ne font pas dogmatiquement la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif même si les juridictions ont procédé à cette distinction. Elle est expressément énoncée dans les PECL et DCFR (article 9:502 et III-3:702) sous l'intitulé « Mesure des dommages et intérêts en général », et également l'intérêt positif figure à l'article 160 CESL.

Nonobstant, alors qu'il est considéré que c'est la forme la plus appropriée pour répondre au principe de réparation intégrale et promouvoir la confiance dans les

contrats, dans les présents Principes il a été opté pour ne pas établir définitivement la possibilité d'indemniser l'intérêt d'exécution. À certaines occasions, il sera difficile de le calculer et de l'octroyer, d'où le choix d'une règle ouverte permettant à la partie lésée (ou au juge ou à l'arbitre) d'établir un calcul des dommages selon les circonstances de l'espèce.

Le principe de réparation intégrale fonctionne également comme limite à la réclamation de dommages et intérêt, afin d'éviter un enrichissement de la victime, et comporte l'interdiction des « dommages et intérêts punitifs » (*punitive damages*), dont le caractère est sanctionnateur. Dans le droit anglais, bien qu'ils soient admis dans quelques cas de responsabilité civile extracontractuelle, aucune inexécution contractuelle ne peut justifier l'octroi de dommages et intérêts sanctionneurs, comme cela a été refusé dans l'arrêt *Addis v Gramophone Co. Ltd* (1909, AC 488). Aux États-Unis, ce refus des dommages et intérêts sanctionneurs est consacré dans de nombreuses règles et dans la section 1-106 UCC, alors que les tribunaux les octroient en matière de responsabilité extracontractuelle et voire même dans les cas où, suite à l'inexécution du contrat, il est conjointement exercé une action de *tort* [*St Louis and SFR Cov v Lilly* (1916), 162 SW 266 ; *Armada Supply Inc v S/T Agios Nocolas* (1986), 639 F. Supp. 1161, 1162 ; *Thyssen Inc v SS Fortune Star* (1985), 777 F.2d 57, 63].

6. Le préjudice réel et le gain manqué

En vertu du paragraphe trois du présent article, le préjudice comprend ce que le droit romain connaît sous le nom de « préjudice réel » (*damnum emergens*) et de gain manqué (*lucrum cesans*). Le préjudice réel est constitué d'une perte subie qui est effective et connue. Il couvre, en premier lieu le préjudice intrinsèque, à savoir, la valeur de la prestation non réalisée (ou le complément de la prestation réalisée de façon défectueuse). En second lieu, il couvre tout type de frais engagé par le créancier et qui s'est avéré inutile à cause de l'inexécution ou du dommage causé aux biens du créancier, y compris les biens non matériels, au défaut d'exécution de la prestation convenue. Le manque à gagner se réfère aux bénéfices raisonnables qui n'ont pas pu être obtenus, à savoir, les avantages qui n'ont pas pu être acquis à cause de l'inexécution. La possibilité d'indemnisation qu'ouvrent les deux concepts est communément partagée [article 1.613 du code civil colombien ; article 1.149 des codes civils français et dominicain ; article 1.434 du code civil guatémaltèque ; article 939 du code civil haïtien ; article 6:96.1 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.365 du code civil hondurien ; articles 2.108 et 2.109 du code civil mexicain ; article 1.865 du code civil nicaraguayen ; article 991 du code civil panaméen ; article 1.059 du code civil portoricain ; article 1.004 du code civil saint-lucien ; article 1.273 du

code civil vénézuélien ; article 74 CVIM ; article 7.4.2 (1) PU ; article 9:502 PECL ; article III-3:702 DCFR ; article 160 CESL]. Dans la *common law*, il ne fait aucun doute que l'*expectation interest* englobe les deux éléments, bien que la distinction ne soit pas très utilisée par les tribunaux.

Le gain manqué implique une certaine dose d'incertitude et d'aléas, du fait qu'il concerne normalement le futur. De sorte qu'il n'est pas suffisant d'établir la simple possibilité ou espérance de réalisation d'un gain pour qu'il existe une probabilité objective et raisonnable que ce gain se serait réalisé. Ce caractère « raisonnable » auquel se réfère le paragraphe trois du présent article sera apprécié en prenant en compte le cours normal de choses et au regard des circonstances propres à l'espèce.

Exemple : Le navire « Calixto », propriété de l'entreprise A du pays X, a été transporté au chantier naval de B, du pays Y, afin que des travaux de nettoyage et de peinture de son fond soient effectués. Parce que ces travaux n'ont pas été effectués avec l'expertise professionnelle exigible, le navire a accosté de manière défectueuse et s'est échoué. Le navire a été considérablement endommagé et sa livraison à A est donc retardée de trois mois. A a donc demandé des dommages et intérêts pour le manque à gagner dû à l'immobilisation du navire qui n'a pas pu être utilisé pour des opérations de pêches durant ces trois mois. Dans l'estimation de ce manque à gagner, il faudra prendre en compte la quantité de poissons pêchés en moyenne par ce bateau durant les mêmes mois des années antérieures, le tout avec prudence et en excluant les gains soit non fondés, soit fondés uniquement sur des attentes.

7. Le préjudice moral contractuel

Même si dans les contrats commerciaux, cela ne sera pas très fréquent, le paragraphe quatre du présent article prévoit que la réparation du préjudice découlant de l'inexécution comprendra également, le cas échéant, le préjudice non matériel ou le préjudice moral.

Dans la zone OHADAC, il n'existe pas de position commune quant à la réparation de ce type de préjudice. Le droit anglais part d'une posture négative, énoncée dans la fameuse décision relative dans l'affaire *Addis v Gramophone* (1909, AC 488), et qui a été réitérée à de multiples occasions, y compris récemment [*Johnson v Gore Wood & Co* (2002), UKHL 65]. Toutefois, ces derniers temps, les réticences se sont amoindries et les tribunaux anglais et des États caribéens de *common law* ont accepté de dédommager le préjudice moral contractuel dans deux types de cas : en premier lieu, lorsque le contrat consiste à fournir du plaisir, de la relaxation ou la paix [affaires *Jarvis v Swans Tours* (1973), QB 233 ; *Ruxley Electronics and Construction v Forsyth* (1996),

UKHL 8 ; *Farley v Skinner* (2002), AC 732 ; arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *Brathwaite v Bayley* (1992), Carilaw BB 1992 HC 23 ; *Jamaica Telephone Co Ltd v Rattray* (1993), 30 JLR 62]. En second lieu, lorsque l'inexécution du contrat provoque des problèmes physiques ou des désagréments [*Watts v Morrow* (1991), 4 All ER 937 ; arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *Harvey-Ellis v Jones* (1987), Carilaw BB 1987 HC 44].

En droit français, même si le code civil ne le vise pas expressément, la doctrine et la jurisprudence considèrent que le préjudice moral est indemnisable à titre général. De la même façon, l'arrêt du 9 décembre 2010 de la formation plénière de la Cour constitutionnelle colombienne (arrêt C-1008/10) a admis la réparation des préjudices matériels et non matériels en matière contractuelle, par le biais du principe de réparation intégrale. À Cuba, la doctrine penche pour la possibilité de dédommagement sur le fondement de l'article 294 du code civil cubain, qui renvoie à la responsabilité extracontractuelle pour fixer l'indemnité d'inexécution du contrat. Toutefois, dans d'autres systèmes romano-germaniques, face au silence des codes civils, les tribunaux se montrent restrictifs dans leur reconnaissance : cela se passe au Mexique ou au Venezuela, où un arrêt de la Cour suprême de justice, chambre de cassation civile du 12 août 2011, a reconnu la réparation du préjudice moral dans un cadre contractuel tant dans les cas où, concomitamment à la responsabilité contractuelle, intervient la faute extracontractuelle. Aux Pays-Bas, le préjudice moral paraît être limité aux cas de responsabilité extracontractuelle, bien que sur le fondement de l'article 6:106 des codes civils néerlandais et surinamais il est retenu aussi au regard de la responsabilité contractuelle. Dans le cadre communautaire européenne, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 mars 2002 (As. C-168/00: *Simone Leitner/TUI Deutschland Gmb & Co KG*) déclare la possibilité de dédommager le préjudice moral.

De la même manière, les propositions formulées par le droit uniforme reconnaissent que le préjudice réparable ne se limite pas à son aspect pécuniaire, mais inclut également toute forme de souffrance, désagrément, charge psychologique, ou en général, tout « préjudice moral » que l'inexécution a fait subir à la partie lésée [article 7.4.2. (2) PU ; article 9:501 (2) PECL ; article III-3:701 DCFR].

Au regard de la règle ici proposée, la souffrance, l'angoisse, la perte de jouissance, ainsi que toute atteinte à la réputation personnelle ou professionnelle sera susceptible d'être dédommagée. La réparation peut se faire par le versement d'une indemnisation économique, ce qui est le plus normal, ou par toute autre mesure qui s'avère adaptée

au cas d'espèce, comme la publication d'un communiqué de presse ou la publication d'excuse, etc.

Exemple : A, un ténor célèbre du pays X, est engagé pour l'inauguration du nouveau théâtre de l'opéra national du pays Y. Alors qu'il reste peu de temps avant l'ouverture et que la participation de A a été médiatisée au niveau national et international, les organisateurs de l'événement ont décidé d'engager un jeune ténor européen récemment devenu très populaire, résiliant ainsi le contrat conclut avec A. Ce dernier pourra donc demander des dommages et intérêts non seulement pour le préjudice économique que suppose la non obtention de la rémunération convenue pour sa prestation et pour les dépenses encourues en vue de l'exécution, mais aussi pour les dommages causés à sa réputation pour avoir été remplacé par un autre artiste, ce qui a été annoncé au niveau international.

Article 7.4.2 : Extension du préjudice indemnisable

Le débiteur est tenu du seul préjudice prévu ou qui aurait pu raisonnablement être prévu par les parties au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution.

COMMENTAIRE

1. La règle de la prévisibilité du préjudice dans les systèmes nationaux

Une stricte application du principe de la réparation intégrale du préjudice impliquerait pour le débiteur un risque exorbitant, et entraverait les relations juridiques et économiques. D'où l'élaboration de critères pour délimiter la portée du préjudice réparable. Le principal, utilisé dans la majorité des systèmes juridiques de la zone est la règle de la prévisibilité ou « *rule of remoteness* ».

La règle est consacrée par les articles 1.150 et 1.151 du code civil français qui utilisent les paramètres de prévision et de prévisibilité comme critère déterminant le préjudice réparable dès lors que l'inexécution n'est pas dolosive et qui limite dans ce second cas la réparation au préjudice en tant que « conséquence immédiate et directe de l'inexécution du contrat ». La théorie de la prévisibilité permet de répartir les risques du contrat entre les parties, de sorte que la partie défaillante ne sera tenue responsable que du préjudice que les parties auraient prévue ou aurait dû prévoir au

moment de la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle la règle de la prévisibilité repose sur le propre accord de volonté.

La règle de la prévisibilité a été incorporée dans les systèmes romano-germaniques (article 1.617 du code civil colombien ; articles 1.150-1.151 du code civil dominicain ; articles 940-941 du code civil haïtien ; article 1.366 du code civil hondurien ; article 1.866 du code civil nicaraguayen ; article 992 du code civil panaméen ; article 1.060 du code civil portoricain ; articles 1.005-1.006 du code civil saint-lucien ; articles 1.274-1.275 du code civil vénézuélien), qui différencient généralement le débiteur de bonne foi du débiteur malveillant. Le premier ne sera tenu responsable que du préjudice prévu ou qui aurait dû être prévu au contrat, le second le sera de tous les préjudices qui découleront immédiatement ou directement de l'inexécution.

D'autres codes de la zone traitent de l'un des critères seulement et rendent le débiteur défaillant responsable des seuls préjudices qui découlent immédiatement et directement du défaut d'exécution, sans distinguer entre la faute ou le dol pour l'extension du préjudice réparable [article 704 du code civil costaricain ; article 6:98 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.434 du code civil guatémaltèque ; article 2.110 du code civil mexicain].

En droit anglais, la décision rendue dans l'affaire *Hadley v Baxendale* (1854, EWHC J70) est habituellement considérée comme le point de départ de la règle « *remoteness of damages* ». Elle contient les critères de « prévisibilité ou d'imprévisibilité du préjudice » liés à la « juste et raisonnable prise en compte des parties » au moment de la conclusion du contrat. L'évolution ultérieure sur la manière d'interpréter la « *rule of remoteness* » l'a éloignée du lien qu'elle a avec le contrat, mettant l'accent sur la prévisibilité du préjudice par la partie tenue d'indemniser l'autre. Toutefois, la décision *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilles)* (2008, UKHL 48) implique un revirement de la règle qui fonde la prévisibilité sur ce dont les parties ont convenu au contrat et sur l'interprétation qui en découle. Ces mêmes principes ont été aussi appliqués par les tribunaux caribéens [arrêt de la *High Court* de la Barbade dans l'affaire *Frederick v Lee* (2007), No. 662, 2006, Carilaw BB 2007 HC 18]. La règle de la prévisibilité figure également à la section 2-715 UCC.

2. La règle de prévisibilité du préjudice dans les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats

La CVIM puise dans les sources de la *common law* et reprend la théorie de la prévisibilité dans son article 74 : après avoir proclamé le principe de réparation intégrale dans son premier paragraphe, elle limite sa portée dans le second

conformément au critère de prévisibilité en référence seulement à la connaissance du débiteur défaillant, tel que l'a établi la jurisprudence anglaise dans l'affaire *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas)*, et non pas tel que les parties en ont expressément ou tacitement convenu dans le contrat. L'instrument relatif à la vente (CESL) contient une règle similaire à l'article 161. Les PU visent la règle à l'article 7.4.4. À l'instar de la CVIM, les PU se réfèrent à la prévisibilité du préjudice au moment de la conclusion du contrat et seulement au regard de la partie défaillante. Dans le commentaire, il est précisé que la partie défaillante ne doit pas prendre en charge les préjudices qui ne pouvaient pas être prévus au moment de conclure le contrat ni le risque qui, pour cette raison, ne peut pas être prévu et couvert par une assurance.

Un compromis semble être trouvé entre la tendance romano-germanique et la *common law* aux articles 9:503 PECL et III-3:703 DCFR, qui retiennent la règle de la prévisibilité sous son acception anglaise et, par conséquent, ne visent que le débiteur défaillant, tout en établissant une règle spéciale pour les cas d'inexécution intentionnelle ou délibérée, selon le modèle français.

3. La règle de prévisibilité des Principes OHADAC

Dans le présent article, la règle de la prévisibilité est établie pour une répartition des risques dus à l'inexécution du contrat sur le fondement de l'autonomie des parties. Pour ce faire, il est fait référence au préjudice prévu par les parties ou qui aurait pu raisonnablement être prévu, à savoir, à la responsabilité pour les risques relevant de l'accord de volonté des parties. Il est ainsi exclu la réinterprétation effectuée par les PU, PECL et DCFR qui, comme cela a déjà été vu, dirigent la règle de la prévisibilité seulement à l'égard de la partie défaillante.

Au contraire, dans le présent article il est proposé de se référer aux deux parties et à la nature du préjudice, en permettant aux parties de savoir ce à quoi elles se sont engagées et à quelles conséquences elles s'exposent en cas d'inexécution. C'est à cela également que se rattache la « prévision ou la prévisibilité raisonnable » au moment de la conclusion du contrat.

Au regard de cette règle, la partie défaillante sera tenue responsable du préjudice découlant de son inexécution selon le cours normal des choses, et ayant été prévu au contrat comme risque couvert ou qui aurait dû être raisonnablement prévu au moment de conclure le contrat (par exemple, sur la base des relations commerciales existant préalablement entre les parties ou les informations échangées entre elles).

Exemple : Un incendie s'est déclenché dans un parking dû au défaut de vigilance et de contrôle de A, l'entreprise propriétaire. Une fourgonnette appartenant à la société

professionnelle B, un marchand d'art, qui y était garée a été considérablement brûlée. A, n'ayant pas exécuté son devoir de surveillance, est responsable des dommages causés à la fourgonnette. Cependant, il n'est pas responsable de la perte d'une collection de photographies anciennes, d'une grande valeur, qui se trouvait à l'intérieur puisque le contenu de la fourgonnette n'avait pas fait l'objet de déclaration expresse et que l'entreprise propriétaire du parking ne pouvait pas raisonnablement prévoir que des biens d'une telle valeur étaient stockés dans le véhicule.

Le présent article ne reprend pas l'exception qui, comme cela a été vu, figure dans certains systèmes juridiques et règles d'harmonisation au regard de la responsabilité du débiteur dont le comportement défaillant est fautif ou gravement négligent. Les raisons de ce choix normatif sont variables : en premier lieu, la solution contraire oblige les opérateurs à procéder à des investigations délicates sur l'intention du débiteur, une tâche souvent compliquée puisqu'elle relève du contexte subjectif, et va à l'encontre de la logique des relations commerciales. En second lieu, la *common law* et certains systèmes romano-germaniques méconnaissent cette différence qui n'existe pas non plus dans la CVIM, la CESL ni les PU. La troisième raison est d'ordre pratique et est confortée par la pratique jurisprudentielle de certains systèmes juridiques qui établissent bien, quant à eux, une distinction entre le débiteur malveillant et le débiteur fautif : mais vu que le caractère prévisible est le seul qui est nécessaire, l'extension de responsabilité finit par être la même dans l'un et l'autre cas.

Article 7.4.3 : Atténuation du préjudice

- 1. Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.**
- 2. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice indépendamment de leur efficacité.**

COMMENTAIRE

Le présent article porte sur le dit « devoir d'atténuation » ou « *duty of mitigation* » ou « *to mitigate* », c'est-à-dire sur la règle qui empêche que la partie lésée par

l'inexécution ne réclame des dédommagements pour les pertes qui auraient pu être évitées, limitées ou atténuées, simplement s'il avait adopté les mesures raisonnables appropriées aux circonstances de l'espèce.

L'atténuation du préjudice constitue un principe fondamental du droit anglo-américain des contrats, et la décision relative à l'affaire *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* (1912, AC 673) peut être considérée comme un *leading case* en la matière. Le principe s'applique également pour les tribunaux des territoires caribéens de souche anglo-saxonne [p. ex. arrêt de la *Court of Appeal* de la Jamaïque dans l'affaire *National Transport Co-operative Society Ltd v Attorney General* (2011), Civ. App. n. 117].

Dans les systèmes caribéens issus de la tradition romano-germanique, les codes civils ne retiennent pas le devoir du créancier de réduire le préjudice causé par l'inexécution. Cependant, la règle peut se fonder sur la bonne foi contractuelle, consacrée comme principe général. La matérialisation positive de ce devoir figure bien dans certains codes de commerce (p. ex. articles 1.074, 1.077, 1.078 et 1.079 du code de commerce colombien). Les codes civils néerlandais et surinamais ne retiennent pas expressément le devoir d'atténuation, mais la doctrine considère qu'elle figure à l'article 6:101, qui régit la négligence de celui qui contribue au préjudice pour limiter la réparation du préjudice contractuel et qui sera traitée dans le commentaire de l'article 7.4.4 des présents Principes.

En réalité, tant le devoir d'atténuation que la négligence de celui qui y contribue sont des limites qui peuvent être rattachées à la causalité : le débiteur ne peut répondre que des dommages qu'il a effectivement provoqués, et non de ceux qui sont dus au comportement de la victime qui les aura causés ou aggravés. Ces limites figurent dans tous les systèmes et peuvent être invoquées par le débiteur défaillant afin de réduire le montant du préjudice réparable.

L'analyse de la règle, objet du présent commentaire, permet de délimiter trois règles. Selon la première, la partie lésée a droit à réparation pour tous les dommages qui auraient pu (ou dû) être évités ou limités en prenant les mesures raisonnables appropriées aux circonstances (paragraphe premier). En réalité, et malgré la dénomination anglaise de « *duty to mitigate* », il ne s'agit pas d'une véritable obligation, car elle découle du droit à réparation, mais plutôt d'une charge dont la sanction sera la réduction du montant de l'indemnisation. L'établissement de cette règle vise à éviter que la passivité de la partie lésée par l'inexécution n'augmente le préjudice qui aurait pu facilement être atténué.

Les « mesures raisonnables » varieront d'un cas à l'autre, selon les circonstances, et parfois elles consisteront simplement à effectuer une prestation de remplacement conformément à l'article 7.4.6 des présents Principes. Ce qui n'est absolument pas nécessaire, c'est que la partie lésée prenne des mesures présentant un risque économique.

Exemple 1 : A, une entreprise de vente « on line », charge l'entreprise de construction B de réparer la toiture de son entrepôt de stockage dans un délai d'un mois, avant le début de la saison des tempêtes. À la date convenue, le travail n'est toujours pas achevé. Face à la menace que représente la saison des pluies, A, qui est conscient, d'une part, que mettre en suspens son activité entraînerait de lourdes pertes et, de l'autre, que les marchandises stockées sont délicates et seraient irrémédiablement endommagées par la pluie, décide de charger C, une entreprise fabricante de plastiques, de construire une couverture provisoire afin de protéger la toiture de l'entrepôt en attendant que les réparations soient achevées.

Conformément à une seconde règle, le préjudice atténué n'est pas réparable. C'est le cas si le créancier parvient à réduire ou éviter les dommages. Dans ce cas, il ne pourra pas réclamer d'indemnisation pour le dommage atténué.

Exemple 2 : A, une entreprise de pêche du pays X, a conclu un contrat avec B, du pays Y, par lequel il s'engage à lui livrer les poissons pêchés chaque jour. Le matin du jour « d », B ne se présente pas au port afin de récupérer la prise du jour et A décide de la vendre à la halle au poisson, où il en obtient un meilleur prix que ce dont il avait convenu avec B. Par conséquent, A ne pourra pas demander de dommages et intérêts à B.

De même, si les mesures adoptées dépassent la limite du raisonnable et qu'elles entraînent une réduction extraordinaire du préjudice subi, il ne sera pas réparé pour la différence. Comme cela a déjà été vu, la raison est que l'indemnisation ne remplit qu'une fonction purement compensatoire (commentaire sous l'article 7.4.1).

Une troisième règle prévoit que la partie lésée devra être remboursée de tous les frais qu'elle aura engagés pour atténuer le préjudice, à condition que ces frais soient raisonnables et ce, indépendamment de l'aboutissement ou non des mesures prises (paragraphe deux).

Exemple 3 : Reprenant les faits de l'exemple 1, l'entreprise A peut demander à B de rembourser les frais engagés pour la couverture protectrice de plastique de l'entrepôt de stockage.

Au contraire, si le créancier a adopté des mesures extraordinaires et disproportionnées qui ont augmenté le dommage, il ne pourra pas récupérer les frais ni demander à être indemnisé pour les dommages supplémentaires.

Le devoir d'atténuation figure à l'article 77 CVIM, l'article 7.4.8 PU, l'article 9:505 PECL, l'article III-3:705 DCFR et l'article 163 CESL.

Article 7.4.4 : *Préjudice imputable au créancier*

Le débiteur n'est pas responsable du préjudice subi par le créancier dans la mesure où les actes du créancier ont contribué à produire l'inexécution ou ses effets.

COMMENTAIRE

Comme cela a été indiqué dans le commentaire de l'article précédent, le comportement de la partie lésée ayant contribué au préjudice constitue une autre limite au dédommagement intimement rattaché au lien de causalité.

S'il est effectivement rattaché au devoir d'atténuation, certains systèmes le régissent de façon conjointe [article 6:101 des codes civils néerlandais et surinamais], il ne s'agit pas de la même limite. Le devoir de réduire le dommage n'intervient pas tant qu'il n'y a pas inexécution. Ce n'est que dans ce cas que le créancier devra prendre les mesures raisonnables pour réduire le préjudice qui en découle. Toutefois, cette règle porte sur l'hypothèse plus large où le créancier contribue à l'inexécution même ou aux dommages. En réalité, l'objectif vise simplement à imputer au responsable la seule partie du préjudice dont il est réellement responsable, ce qui explique pourquoi il s'agit d'un problème de causalité ou d'imputation objective.

Le présent article englobe deux hypothèses de fait différentes : dans la première, l'inexécution est totalement ou partiellement due au comportement du créancier, par exemple pour non-respect de son obligation de collaborer en vue de l'exécution de la prestation du débiteur, ou non-respect de contrats connexes, ou par des actes ou des omissions de personnes rattachées au créancier, etc.

Exemple 1 : L'entreprise pharmaceutique A, du pays X, charge C, du pays Y, de construire un bâtiment pour ses nouveaux laboratoires, selon les plans que B, un célèbre architecte, avait réalisé pour elle. Une fois le bâtiment construit, il est constaté qu'il ne présente pas la résistance sismique requise et il est démontré que cela est dû à un défaut des plans. Par conséquent, C n'est pas responsable de l'inexécution.

La seconde hypothèse se réfère au comportement (action ou omission) qui entraîne l'aggravation du dommage produit par l'inexécution.

Exemple 2 : L'entreprise horticole A, du pays X, avait vendu 3 tonnes d'avocats à l'entreprise B, du pays Y, pour la préparation de guacamole en pot. Dans les termes du contrat figurait une clause stipulant que les avocats devaient être livrés à un état de maturité permettant qu'ils soient stockés dans des chambres frigorifiques pendant au moins une semaine. Cependant, les avocats ont commencé à pourrir le deuxième jour après leur livraison. Il est ensuite prouvé que bien que B n'avait pas exécuté ses obligations contractuelles, en livrant des avocats trop mûrs, la température des chambres frigorifiques de A n'était pas adaptée pour conserver des fruits dans leur état optimal. Par conséquent, B ne sera pas responsable de tous les préjudices subis.

La conséquence, en tout cas, sera l'exclusion ou la diminution de la responsabilité, selon le degré d'intervention de la partie lésée dans l'inexécution ou la survenance du dommage.

Dans les systèmes caribéens de tradition romano-germanique, cette limite, bien qu'elle ne soit pas consacrée à titre général par les codes, a connu un développement jurisprudentiel. En effet, tant en matière de responsabilité contractuelle que de responsabilité extracontractuelle, les tribunaux considèrent que la négligence du créancier qui contribue à la survenance de l'inexécution ou de ses effets doit entraîner une diminution du *quantum* servant à l'indemnisation, qui est proportionnel au degré de participation de la partie lésée ou y compris une exonération de responsabilité si l'inexécution est exclusivement due à la faute de la partie lésée.

Dans la *common law*, la question de la faute de la partie lésée dans la production du dommage n'était pas, jusqu'à l'adoption du *Law Reform (Contributory Negligence) Act* en 1945, considéré comme important en matière de réclamation pour des dommages contractuels. Une réglementation similaire existe dans d'autres États de la *Commonwealth*, ainsi que dans certains États d'Amérique du Nord. La nouvelle loi a imposé de réduire l'indemnisation de la victime dans les cas où elle a contribué à la survenance du dommage, en matière de responsabilité extracontractuelle (*tort*). Jusqu'alors, le problème de la *contributory negligence* avait été très peu débattu en droit anglais, vu que le développement solide de la jurisprudence sur le devoir d'atténuation permettait de résoudre la majorité des cas. Toutefois, par la suite la possibilité d'étendre l'application de la règle à la responsabilité contractuelle s'est posée. De toute façon, il a été soutenu que même en cas de responsabilité contractuelle, si le défendeur parvient à démontrer que le préjudice causé est

exclusivement dû au comportement négligent du demandeur, le défendeur ne pourra absolument pas être tenu pour responsable [*Lambert v Lewis* (1982), AC 255].

Les PECL et le DCFR retiennent dans deux dispositions l'hypothèse de la perte imputable à la partie lésée (article 9:504 PECL) ou au créancier (article III-3:704 DCFR), et prévoient dans ce cas que la partie défaillante ne sera pas responsable. De même, l'article 162 CESL dispose que le débiteur ne sera pas responsable des pertes subies par le créancier dans la mesure où ce dernier aura contribué à l'inexécution ou à ses effets. Plus précisément, les PU disposent à l'article 7.4.7 que dès lors que le dommage est dû en partie à un acte ou à une omission de la partie lésée ou à un autre événement pour lequel cette partie assume le risque, le montant du dédommagement sera réduit à hauteur de la contribution de ces facteurs au dommage tout en prenant en compte le comportement de chacune des parties. Il prévoit, donc, la diminution de l'indemnisation comme cela est le cas dans les systèmes romano-germaniques. Aucune mention n'est faite à la négligence de celui qui contribue au dommage dans la CVIM, toutefois, la question pourrait tomber sous le coup de l'article 80.

Article 7.4.5 : *Calcul du préjudice*

- 1. Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement.**
- 2. Le créancier qui, ayant résolu le contrat, ne procède pas à un contrat de remplacement peut, s'il existe un prix courant pour la prestation convenue, recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution. Par prix courant, on entend le prix généralement pratiqué pour une prestation effectuée dans des circonstances comparables au lieu où elle aurait dû être effectuée ou, à défaut du prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il paraît raisonnable de prendre comme lieu de référence.**
- 3. Les dispositions des paragraphes précédents s'entendent sans préjudice du droit de la partie lésée**

**d'obtenir des dommages et intérêts supplémentaires
conformément aux règles de cette section.**

COMMENTAIRE

Afin de faciliter le calcul du préjudice en matière de responsabilité contractuelle quand il y a eu résolution du contrat, certains systèmes consacrent positivement les règles de calcul concret et de calcul abstrait. Le premier est fondé sur le prix actuel, par exemple, lorsqu'il a été procédé à une prestation de substitution ou de remplacement. Le calcul abstrait se produit lorsque l'indemnisation se calcule sur la base d'un standard, comme le prix du marché du bien que le créancier devait avoir perçu.

Dans le droit harmonisé, des critères précis sont expressément retenus pour évaluer le préjudice suite à la résolution pour inexécution et correspondent exactement à ces systèmes de calcul concret et abstrait. Ainsi, les articles 75 CVIM, 7.4.5 PU, 9:506 PECL, III-3:706 DCFR et 164 CESL prévoient que si le créancier a procédé à une prestation de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, l'indemnisation devra correspondre à la différence entre le prix fixé au contrat initial et le prix du contrat de remplacement. À cela il convient d'ajouter le dédommagement pour toute autre perte qui serait démontrée. S'il n'a pas été procédé à une prestation de remplacement, les articles 76 CVIM, 7.4.6 (1) PU 9:507 PECL, III-3:707 DCFR et 165 CESL mentionnent un système de calcul abstrait : la différence entre le prix contractuel et le prix du marché.

Les codes civils caribéens ne retiennent pas de tels critères de calcul, mais les tribunaux en tiennent compte, par contre, pour fixer le montant des dommages et intérêts, surtout dans les contrats commerciaux. De plus, une forme de calcul concret est retenue, mais dans le cadre de l'exécution, concernant les obligations de faire, que le créancier peut demander d'exécuter au frais du débiteur en cas d'inexécution (article 1.610 du code civil colombien ; article 695 du code civil costaricain ; article 290 du code civil cubain ; article 1.144 du code civil français et dominicain ; article 1.323 du code civil guatémaltèque ; article 934 du code civil haïtien ; article 1.357 du code civil hondurien ; article 2.027 du code civil mexicain ; article 1.849 du code civil nicaraguayen ; article 983 du code civil panaméen ; article 1.051 du code civil portoricain ; article 997 du code civil saint-lucien ; article 1.266 du code civil vénézuélien).

Dans d'autres systèmes, les règles relatives au calcul concret et abstrait ne sont établies que pour les contrats de vente. Cela figure dans les articles 7:36 et 7:37 des codes civils néerlandais et surinamais ; et dans les règles de tradition anglaise, bien

qu'elles ne se réfèrent qu'au calcul abstrait [sections 50 (3) et 51 (3) du *Sale of Goods Act* anglais, et formulées de manière identique : sections 50 (3) à 51(3) du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas, de Trinité-et-Tobago, du Belize, de Montserrat, et sections 49 (3) à 50 (3) du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque]. La législation étasunienne prévoit, toutefois, les deux critères de calcul : calcul concret [sections 2-706 (1) et 2-712 (1) UCC], et calcul abstrait (section 2-713 UCC).

Dans les présents Principes, les deux critères d'évaluation du préjudice sont retenus. Le premier paragraphe fait référence au calcul concret, sur la base d'une prestation de remplacement ou d'un contrat de remplacement, exécuté dans un délai et d'une manière raisonnables. L'indemnisation sera calculée en prenant la différence entre le contrat initial et le contrat de remplacement. Si le contrat de remplacement n'est pas raisonnable, car la différence de prix avec le contrat initial présente une différence exorbitante, la présente règle ne sera pas applicable.

Exemple 1 : A, une entreprise exportatrice de cacao dans le pays X, a conclu a contrat de vente avec la société B du pays Y, par lequel A est tenu de livrer 2 tonnes de cacao et B de payer 200. Au moment de la livraison, A n'exécute pas son obligation et B se voit obligé d'acheter le cacao à C, qui le vend à 250. A devra verser des dommages et intérêts d'une valeur de 50, qui est la différence entre le prix convenu et le prix payé lors de l'opération de remplacement.

Le calcul abstrait est prévu au paragraphe deux, et concerne le prix du marché, s'il existe, de la prestation objet du contrat. Dans ce cas, le montant de l'indemnisation sera calculé en tenant compte de la différence entre le contrat initial et celui en cours. Une question délicate se pose quant au moment à retenir pour le calcul, car le prix du marché est fluctuant (surtout celui de certains biens) et le montant de l'indemnisation pourrait dans ce cas varier considérablement selon la date retenue. Les textes internationaux préfèrent se référer au prix du marché à la date de la résolution [articles 76 (1) CVIM ; article 7.4.6 (1) PU ; article 9:507 PECL ; article III-3:707 DCFR ; article 165 CESL]. Toutefois, dans le système anglo-américain la règle générale retient le prix du marché des biens à la date de l'inexécution [articles 50 (3) et 51 (3) du *Sale of Goods Act* anglais, et dans une formulation identique : sections 50 (3) à 51(3) du *Sale of Goods Act* d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas, de Trinité-et-Tobago, du Belize, de Montserrat ; et sections 49 (3) à 50 (3) du *Sale of Goods Act* de la Jamaïque], ou dès lors que le créancier a eu connaissance de l'inexécution [section 2-713 (1) UCC]. Ce dernier choix vise à éviter que les parties puissent spéculer sur l'inexécution dans un marché fluctuant. C'est également la règle d'évaluation retenue à l'article 7.3.4 (3) des présents Principes. Toutefois, dans le cas d'indemnisation du préjudice, les Principes

OHADAC se rallie à la première solution, dans la mesure où la prise en compte du prix au moment de la résolution s'avère plus ajustée au principe de réparation intégrale du préjudice tant réel que du manque à gagner. Dans le cas où il surgirait une différence importante ou si la résolution est négligente ou spéculative, les règles des articles 7.4.2 et 7.4.3 (1) ne serviront qu'à ajuster le calcul ou, le cas échéant, à choisir le prix de référence à la date de l'inexécution.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, si lorsque A se prépare à effectuer la livraison, B refuse injustement le cacao de A et celui-ci ne parvient pas à vendre sa marchandise, les préjudices subis devront être estimés en prenant en compte le prix du cours du cacao au jour de la résolution du contrat. C'est-à-dire que si le prix convenu au contrat, qui n'a pas été payé, est de 200 et que le prix du marché est de 300, A aura droit à des dommages et intérêts de 100 (300-200).

Il a été préféré l'introduction de ces critères de calcul du préjudice dans la résolution pour inexécution bien qu'ils ne figurent pas dans une grande partie des systèmes caribéens qui fournissent des méthodes de calcul facile, rapide et sûr parce qu'elles sont utiles dans les échanges commerciaux.

Toutefois, le présent article fixe des règles à titre simplement probatoire qui ne dérogent pas aux principes généraux sur la détermination du préjudice. Il s'agit simplement d'alléger la charge de la preuve qui pèse sur le créancier au moment d'évaluer le préjudice intrinsèque (*propter rem ipsam non habitam*), et non de limiter le *quantum* de l'indemnisation, puisque la partie lésée peut prétendre à des dédommagements supplémentaires conformément à la présente section (paragraphe trois).

Article 7.4.6 : Dommages-intérêts moratoires

- 1. Sauf stipulation contraire, le retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire, même justifié, donne droit au créancier aux intérêts.**
- 2. Les intérêts courent à compter du jour où l'obligation est exigible.**
- 3. Sauf stipulation contraire, le retard non justifié dans l'exécution d'une obligation pécuniaire donne également droit au créancier d'être indemnisé pour les préjudices supplémentaires subis, qui sont**

indemnisables conformément aux règles de cette section.

COMMENTAIRE

1. L'obligation de paiement des intérêts

Le présent article établit une règle spéciale pour le calcul du dommage dans les cas d'exécution tardive d'une obligation pécuniaire. Dans ces cas, la majorité des systèmes juridiques caribéens se fondent sur le préjudice réel et le manque à gagner dans un *forfait* : l'intérêt. Par conséquent, dès lors que le débiteur a été mis en demeure (si la condition est nécessaire) ou à partir du moment où il existe un retard d'exécution, la somme convenue comme obligation principale produira des intérêts, et constituera l'indemnisation par dommages et intérêts, directement et sans avoir besoin de produire une quelconque preuve [article 1.617 du code civil colombien ; article 706 du code civil costaricain ; article 1.153 des codes civils français et dominicain ; 1.435 du code civil guatémaltèque ; article 943 du code civil haïtien ; article 1.367 du code civil hondurien ; article 707 du code de commerce hondurien ; article 2.117.2 du code civil mexicain ; article 1.867 du code civil nicaraguayen ; article 993 du code civil panaméen ; article 223 du code de commerce panaméen ; article 1.061 du code civil portoricain ; article 1.008 du code civil saint-lucien ; article 1.277 du code civil vénézuélien ; section 354 (1) du *Restatement Second of Contracts* ; articles 78 et 84 CVIM ; article 7.4.9 (1) PU ; article 9:508 (1) PECL ; article III-3:708 (1) DCFR ; articles 168-171 CESL].

Cuba mérite une mention particulière, car les conventions relatives aux intérêts est illicite dans ce pays, à l'exception des obligations découlant d'opérations effectuées avec des établissements de crédit ou de commerce international (article 294 du code civil cubain). Ainsi, l'article 315 du code de commerce autorise à établir par convention des intérêts sans taxe, ni limite d'aucune sorte pour les prêts à caractère commercial.

En Angleterre, jusqu'à très récemment, aucun intérêt de retard n'était imputé au débiteur sauf si l'obligation relève de valeurs commerciales ou si une convention expresse de paiement des intérêts a été convenue (dans ce cas, il ne s'agit pas d'une indemnisation pour le préjudice d'une somme due en application de ce que les parties ont convenu entre elles). En 1982, la loi a autorisé (*Administration of Justice Act*) qu'un tribunal puisse octroyer le paiement d'intérêts, y compris si le débiteur a payé avant que le jugement ne soit rendu mais pourvu que ce soit après avoir été mis en demeure judiciairement. Et pour les obligations commerciales, le *Late Payment of Commercial*

Debts (Interest) Act de 1998 impose le paiement d'intérêts moratoires comme « *implied term* » de ce type de contrats.

Dans la droite ligne de tout ce qui précède, la règle ici proposée confère à la partie lésée par l'inexécution de l'obligation de paiement d'une dette numéraire, le droit d'obtenir les intérêts convenus au contrat. Le droit à recouvrer les intérêts ne constitue pas en réalité un dédommagement au titre de dommages et intérêts. D'où le fait que les règles générales sur ce moyen de défense établi dans la présente section ne sont pas applicables. Les intérêts sont le produit ou le fruit de l'argent (fruit civil), ce qui explique que la partie défaillante soit tenue de les payer même si l'inexécution est justifiée conformément à l'article 7.1.8 des Principes OHADAC, car la solution contraire consisterait en un enrichissement du débiteur qui percevrait des intérêts sur cette somme qu'il aurait dû déjà verser à l'autre partie.

Exemple : A, du pays X, a acheté 100 tonnes de café à B, du pays Y. À l'échéance de son obligation de paiement, A ne peut pas payer l'intégralité de la somme qu'il doit à B du fait d'une nouvelle réglementation nationale, qui contrôle les sorties de capitaux à l'étranger. Dans ce cas, bien que l'inexécution soit justifiée par la force majeure, A devra verser à B les dommages et intérêts correspondants.

Compte tenu de la nature des intérêts sur une somme d'argent, le droit de la partie lésée à les recouvrer n'est soumis à l'établissement d'aucune preuve quant à l'existence d'un préjudice certain, comme cela a déjà été mentionné dans le commentaire sous l'article 7.4.1 des présents Principes.

Cette obligation contractuelle de paiement des intérêts en cas d'inexécution est applicable, sauf si les parties en ont convenu autrement, par exemple par l'introduction d'une clause contractuelle de règlement du préjudice conformément à l'article 7.4.7 des présents Principes.

2. Taux d'intérêt

La majorité des systèmes caribéens ont pour habitude de laisser l'autonomie de la volonté déterminer le taux d'intérêt et à défaut de convention sur ce point, la règle supplétive établie prévoit que ce sera le taux d'intérêt légal qui s'appliquera [article 1.617 du code civil colombien ; article 1.435 du code civil guatémaltèque ; articles 6:119 et 6:120 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.367 du code civil hondurien (intérêt légal de 6 %) ; article 2.117.2 du code civil mexicain ; article 1.867 du code civil nicaraguayen (intérêt légal de 9 %) ; article 993 du code civil panaméen (intérêt légal de 6 %) ; article 1.061 du code civil portoricain (intérêt légal de 6 %)]. Concernant le *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act* de 1998, il permet

également, mais avec des limites, l'accord sur un intérêt contractuel (article 8). Toutefois, le code de commerce de Cuba, dans la réglementation du prêt commercial, permet aux parties de convenir d'un intérêt contractuel mais, à défaut d'accord écrit, le prêt sera gratuit (articles 314 et 315 du code de commerce cubain). Toute prestation convenue au profit du créancier entre sous la dénomination d'intérêt (article 315.2 du code de commerce cubain).

D'autres systèmes en vigueur dans la zone renvoient directement à l'intérêt légal (article 1.153 des codes civils français et dominicain ; article 943 du code civil haïtien ; article 1.277 du code civil vénézuélien).

Les articles 9:508 (1) PECL et III-3:708 (1) DCFR disposent que le taux d'intérêt sera calculé conformément au taux moyen appliqué par les banques commerciales pour les prêts à court terme aux clients professionnels, pour la monnaie du lieu où le paiement doit être effectué. Ce taux est également le point de départ de l'article 7.4.9 (2) PU, qui ajoute ensuite qu'en l'absence d'un tel taux en ce lieu, le taux retenu sera celui du taux de l'État de la monnaie de paiement et en l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt sera le taux approprié fixé par la loi de l'État de la monnaie de paiement. Toutefois, la CVIM ne fixe aucun taux d'intérêt vu qu'il s'est avéré impossible de parvenir à un accord sur un taux standard. Le taux d'escompte n'est pas adapté pour mesurer correctement les coûts du crédit, et un consensus ne s'est pas non plus dégagé pour préférer les coûts du crédit du pays du vendeur ou de celui de l'acheteur.

Des problèmes similaires se sont posés pour fixer un taux d'intérêt supplétif au taux contractuellement convenu dans le présent article. Il est nécessaire d'éviter de favoriser une monnaie forte au détriment des autres, et les intérêts légaux qui s'appliquent dans les différents États de la zone sont très variés. De ce fait, il a été considéré que s'agissant de contrats commerciaux, la solution la plus adéquate sera de laisser aux parties la liberté de régler la question et, à défaut, il appartiendra aux arbitres ou aux tribunaux d'établir un indice de référence *ad hoc* ou conforme à la loi qui régira le contrat ou la loi du for. Il est donc recommandé d'insérer au contrat une clause qui détermine le taux d'intérêt qui régit les obligations pécuniaires découlant du contrat, comme celles proposées à la fin du commentaire du présent article.

3. *Dies a quo* de l'échéance de l'intérêt

Les intérêts commenceront à courir à partir du jour où la dette arrive à échéance sans être payée et sans que la partie lésée n'ait à adresser de mise en demeure ou de notification (paragraphe deux). C'est le cas si, conformément aux dispositions de

l'article 6.1.2 (a) des présents Principes, une date déterminée ou déterminable a été fixée pour le paiement et si le débiteur ne paie pas, les intérêts commenceront à courir à compter de cette date. Et si, comme le prévoit l'article 6.1.2 (b), un délai de paiement a été fixé, les intérêts ne courront qu'à la fin de la période du délai convenu.

C'est le système de prédilection des règles de droit harmonisé qui ne requièrent pas de mise en demeure pour que le retard de paiement constitue une inexécution [article 7.4.9 (1) PU ; article 9:508 (1) PECL ; article III-3:708 (1) DCFR], et est le modèle retenu par les présents Principes (article 7.1.1). Par conséquent, si la partie lésée a accordé un délai supplémentaire pour le paiement, conformément à l'article 7.1.6, les intérêts devront courir à compter de la date initiale à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée et non à compter de la notification ou à la fin de la période supplémentaire.

Exemple : A, du pays X, a acheté 100 tonnes de café à B, du pays Y et a fixé comme date de livraison et de paiement le 1^{er} juin. Arrivé à l'échéance, B livre la marchandise mais A n'exécute pas son obligation de paiement, invoquant qu'elle est pendante au recouvrement de certaines factures. B décide de lui accorder un délai supplémentaire de 30 jours pour exécuter son obligation. Finalement, A paie le 30 juin. B peut demander des intérêts à compter du 1^{er} juin, date d'échéance de la dette.

4. Les préjudices supplémentaires

Les intérêts ont pour finalité d'éviter que le retard de paiement ne soit économiquement profitable à la partie défaillante, mais ne constitue pas à proprement parler des dommages et intérêts, donc aucune preuve du préjudice n'est à produire. Pour ce faire, la partie lésée pourra réclamer le dédommagement pour les préjudices supplémentaires que l'inexécution à la date lui auront causé, à condition qu'ils soient indemnisables conformément aux présents Principes, c'est-à-dire à condition que l'inexécution ne soit pas justifiée et que les préjudices invoqués répondent aux conditions de certitude et de prévisibilité.

Exemple 1 : En reprenant l'exemple du paragraphe 1, entre le moment de l'échéance et celui du paiement effectif, la valeur de la devise baisse en conséquence de l'inflation. Cette baisse n'est pas compensée par les intérêts dus conformément au paragraphe premier du présent article, mais B ne pourra pas réclamer de dommages et intérêts supplémentaires pour cette raison puisque l'inexécution de A était justifiée.

Exemple 2 : A, du pays X, conclut un contrat de vente immobilier avec B, du pays Y. Ils ont convenu contractuellement que la date de paiement serait le 3 avril. L'importance de cette date est mentionnée au contrat, puisque A avait besoin de cet argent pour rembourser un prêt qui arrivait à échéance ce jour-même, ce qui était la véritable

raison de la vente. L'acheteur B ne paie pas le jour convenu, et par conséquent, A ne peut rembourser son prêt à l'échéance et doit payer un haut taux d'intérêts pour son retard. Le vendeur pourra non seulement demander à B de payer les intérêts produits par le prix à compter du 3 avril jusqu'au moment du paiement effectif, mais aussi les intérêts du prêt comme dommages et intérêts supplémentaires.

Cette solution est retenue également par les textes internationaux [article 7.4.9 (3) PU ; article 9:508 (2) PECL ; article III-3:708 (2) DCFR]. Et également elle figure dans certains codes de commerce de la zone OHADAC (p. ex. article 679 du code de commerce guatémaltèque ; article 708 du code de commerce hondurien). Toutefois, il n'est pas possible de réclamer des dédommagements supplémentaires dans certains systèmes juridiques de la zone, comme dans le droit néerlandais et surinamais (article 6:119, sans préjudice de l'exception prévue au paragraphe premier) ou au Costa Rica (article 706 du code civil).

CLAUSES SPÉCIFIQUES RELATIVES AU TAUX D'INTÉRÊTS

Tel que cela a été indiqué au paragraphe deux du commentaire du présent article, la difficulté de fixer un intérêt unique qui fonctionne à titre supplétif à l'intérêt contractuel oblige les parties qui auront soumis leur contrat aux règles des Principes OHADAC d'insérer au contrat une clause déterminant le taux d'intérêt applicable.

Les clauses proposées ci-après diffèrent selon si une date a été fixée pour le paiement (clause A), ou au contraire, si les parties avaient convenu d'une période au cours de laquelle le débiteur devra honorer son obligation pécuniaire (clause B).

Les deux correspondent à l'esprit des présents Principes et, par conséquent, n'imposent pas pour que le retard soit considéré comme une inexécution qu'il soit procédé à une mise en demeure, ni à une notification (article 7.1.1).

Le premier paragraphe fixe le taux d'intérêt et la date d'échéance. Et le second paragraphe prévoit la possibilité de dédommager les préjudices supplémentaires et à titre facultatif ces préjudices seront réparables même si rien ne le mentionne dans la disposition de l'article 7.4.6 (3) des présents Principes.

Option A : Date prévue pour l'exécution

« L'inexécution de l'obligation (paiement du prix, restitution du prêt, etc.) à la date convenue dans la clause (...) du présent contrat donnera droit à la partie lésée de

recouvrer un intérêt de (...) % à compter de la date d'échéance et jusqu'au moment où le paiement sera devenu effectif, peu importe que le défaut de paiement soit ou non justifié.

La partie lésée pourra également réclamer un dédommagement pour tout préjudice supplémentaire, à condition qu'il soit certain, prévisible et que l'inexécution ne soit pas justifiée. »

Option B : Délai d'exécution

« L'inexécution de l'obligation (paiement du prix, restitution du prêt, etc.) à la fin de la période de temps accordée pour exécuter l'obligation convenue dans la clause (...) du présent contrat donnera droit à la partie lésée de recouvrer un intérêt de (...) % à compter de la fin du délai fixé et jusqu'au moment où le paiement sera devenu effectif, peu importe que le défaut de paiement soit ou non justifié.

La partie lésée pourra également réclamer un dédommagement pour tout préjudice supplémentaire, à condition qu'il soit certain, prévisible et que l'inexécution ne soit pas justifiée. »

Article 7.4.7 : Clauses de liquidation des dommages-intérêts

- 1. Lorsque les parties sont convenues d'une somme due en cas d'inexécution d'une obligation, cette somme sera due, indépendamment de l'existence ou de l'étendue du dommage.**
- 2. Toutefois, si elle apparaît, au vu du préjudice effectif ou en raison des circonstances, excessive ou disproportionnée, elle sera réduite même si les parties en ont convenu autrement.**

COMMENTAIRE

1. Caractéristique des clauses pénales

Tel que le paragraphe premier du présent article le prévoit, les parties au contrat peuvent fixer le montant de l'indemnité pour les préjudices contractuels, en convenant que la partie défaillante devra payer à la partie lésée une somme déterminée et ce, indépendamment du préjudice qu'il lui aura été causé. Il s'agit des dites « sanctions compensatoires » ou « clauses pénales » ayant pour fonction de liquider de manière anticipée les dommages et intérêts dans les systèmes romano-germaniques et, en droit anglo-saxon, « *liquidated damages clauses* ».

En effet, les systèmes caribéens romano-germaniques admettent, comme règle générale, les clauses pénales avec des fonctions très variées, et pouvant être convenues dans les contrats commerciaux au titre du principe de l'autonomie de la volonté (articles 1.592-1.601 du code civil colombien ; article 867 du code de commerce colombien ; articles 708-714 du code civil costaricain ; articles 268-269 du code civil cubain ; articles 1.152 et 1.226-1.233 des codes civils français et dominicain ; articles 1.436-1.442 du code civil guatémaltèque ; articles 942 et 1.013-1.020 du code civil haïtien ; articles 6:91-6:94 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.417-1.420 du code civil hondurien ; articles 1.840-1.850 du code civil mexicain ; article 88 du code de commerce mexicain ; articles 1.985-2.003 du code civil nicaraguayen ; articles 1.039-1.042 du code civil panaméen ; articles 1.106-1.109 du code civil portoricain ; articles 1.062-1.068 du code civil saint-lucien ; articles 1.276-1.263 du code civil vénézuélien).

Le critère retenu par ces systèmes est que les sommes mentionnées au contrat remplacent l'indemnisation qui pourrait être perçue par la partie lésée par l'inexécution (sanction compensatoire). Pour que la clause joue son rôle sanctionnateur (sanction cumulative), les parties doivent lui donner expressément

cette fonction dans leur accord (article 712 du code civil costaricain ; article 268 du code civil cubain ; article 1.418 du code civil hondurien ; articles 1.991 et 1.999 du code civil nicaraguayen ; article 1.040 du code civil panaméen ; article 1.107 du code civil portoricain). Cet accord est également nécessaire pour que la clause soit considérée comme facultative ou libératoire de l'obligation (article 1.418 du code civil hondurien ; article 1.990 du code civil nicaraguayen ; article 1.107 du code civil portoricain).

Nonobstant, si la clause de liquidation de dommages-intérêts est prévue en cas de retard ou d'inexécution partielle ou défectueuse et si le débiteur n'a pas exécuté totalement et définitivement son obligation, le créancier lésé peut demander l'exécution de l'obligation principale ou l'indemnisation des dommages en plus de la clause pénale (article 1.594 du code civil colombien ; articles 1.229 des codes civils français et dominicain ; article 1.437 du code civil guatémaltèque ; article 1.016 du code civil haïtien ; article 1.419 du code civil hondurien ; article 1.846 du code civil mexicain ; article 1.991 du code civil nicaraguayen ; article 1.108 du code civil portoricain ; article 1.064 du code civil saint-lucien ; article 1.258 du code civil vénézuélien).

En droit anglo-américain, les clauses prévoyant le paiement d'une somme en cas d'inexécution peuvent être de deux types : les clauses pénales (*penalty clauses*) et les clauses de liquidation de dommages-intérêts (*liquidated damages clauses*). Les premières, en tant que véritables sanctions (correspondant à ce que le droit continental dénomme « sanction cumulative ») sont nulles et le créancier ne pourra les réclamer que pour les pertes réelles qu'il aura subies. Les secondes (correspondant aux clauses pénales dont la fonction est de régler les dommages et intérêts) sont valables. Selon la jurisprudence [*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* (1915), UKHL 1], l'essence même de la clause pénale est qu'elle est stipulée *in terrorem*, afin d'obliger le créancier à exécuter son obligation principale. Les clauses de règlement des dommages, au contraire, sont une estimation préalable des pertes que le créancier subirait en cas d'inexécution imputable. La différence entre une clause pénale et une clause de liquidation de dommages-intérêts est une question d'interprétation qui doit être tranchée au regard des termes et des circonstances propres à l'espèce (montant, dommage causé par l'inexécution...) et de l'intention de parties [arrêt de la *High Court* de Trinité-et-Tobago dans l'affaire *Quality Really Services Ltd v Peterson* (1982), Carilaw TT 1982 HC 84 ; arrêt de la *Court of Appeal* de la Barbade dans l'affaire *Furniture Ltd v Clark*, (2004), *Civ. app.* n° 21, 1997 (Carilaw BB 2004 CA 1) ; section 356 du *Restatement Second of Contracts*].

Les textes européens d'harmonisation du droit adoptent l'approche continentale permettant les clauses pénales dans les articles 9:509 PECL et III-3:712 DCFR, y compris lorsqu'elles portent sur un montant élevé et qu'elles présentent donc un objectif coercitif ou de garantie d'exécution. Nonobstant, le deuxième paragraphe de ces articles soumet la clause à une réduction si son montant est excessif par rapport à la perte effective qu'a entraînée l'inexécution ou les autres circonstances. Les PU contiennent, à l'article 7.4.13, une règle quasiment identique.

Cette diversité de critères par rapport aux systèmes nationaux de l'OHADAC qui traitent des clauses pénales conduit les présents Principes à limiter la possibilité d'accord sur les clauses de liquidation de dommages-intérêts (*liquidated damages*), vu que la solution permettant de véritables sanctions (sanction cumulative ou *penalty clauses*) produirait un choc important avec la tradition de la *common law*.

Le présent article ne régit pas non plus les clauses qui permettent le débiteur de se libérer de son obligation en payant une somme convenue car, en réalité, la réglementation de ces clauses (sanction facultative) appartient au domaine des obligations facultatives.

Par conséquent, à l'issu du premier paragraphe du présent article, les clauses contractuelles par lesquelles les parties conviennent d'une somme d'argent à payer par la partie défaillante, en cas de défaut d'exécution et qui représente une estimation anticipée des dommages et intérêts, sont valables. Ces clauses présentent l'avantage de dispenser la partie lésée d'avoir à prouver le caractère certain et le montant de son préjudice. La partie lésée ne pourra pas demander un montant supérieur, et la partie défaillante ne pourra pas invoquer l'absence de préjudice.

Exemple : A et B concluent un contrat par lequel A est tenu de construire un bâtiment pour B, qu'il doit livrer le 31 janvier. Le contrat contient une clause prévoyant que l'entreprise de construction devra 100 à l'autre partie pour chaque jour de retard dans la livraison. Si A exécute son obligation en retard le 10 février, il sera tenu de payer 1 000, quels que soient les dommages subis par B.

Faisant écho aux dispositions des systèmes nationaux, la partie lésée aura, en principe, seulement le droit de réclamer le paiement de la somme prévue au contrat dans les cas où elle aura droit à une indemnisation du préjudice, à savoir, quand l'inexécution ne sera pas justifiée conformément à l'article 7.1.8 des présents Principes. Toutefois, il n'y a pas d'inconvénient à ce que les parties en conviennent autrement sur la base de l'autonomie de la volonté.

2. Réduction du dédommagement disproportionné ou excessif convenu

Dans certains systèmes caribéens romano-germaniques, la « sanction » peut être modérée en justice si elle est prévue au contrat en cas d'inexécution totale et si l'obligation n'a été que partiellement exécutée ou de façon défectueuse (article 1.596 du code civil colombien ; article 713 du code civil costaricain ; article 269 du code civil cubain ; article 1.231 des codes civils français et dominicain ; article 1.438 du code civil guatémaltèque ; article 1.018 du code civil haïtien ; article 1.419 du code civil hondurien ; article 1.844 du code civil mexicain ; article 1.992 du code civil nicaraguayen ; article 1.041 du code civil panaméen ; article 1.108 du code civil portoricain ; article 1.260 du code civil vénézuélien).

Cette possibilité de modérer est plus large dans d'autres codes, qui non seulement prévoient la réduction dans le cas où la pénalité a été prévue en cas d'inexécution totale, mais également de façon générale afin d'éviter les pénalités excessives (articles 942 du code civil haïtien ; 6:94.1 du code civil néerlandais et surinamais ; articles 1.007 et 1.066 du code civil saint-lucien). Dans nombre de codes figurent des règles de réduction ou d'adaptation des clauses pénales disproportionnées (p. ex. article 1.596 du code civil colombien ; article 867 du code de commerce colombien ; article 712 du code civil costaricain ; articles 1.843-1.845 du code civil mexicain ; article 2.002 du code civil nicaraguayen).

En plus de permettre au juge de la réduire, certains textes permettent que la peine soit augmentée si elle s'avère dérisoire (article 1.152 des codes civils français et dominicain ; article 942 du code civil haïtien) ou si la raison ou l'équité le requiert (article 6:94.2 des codes civils néerlandais et surinamais). Cette disposition permet au juge de contrôler les clauses de liquidation de dommages-intérêts, dès lors qu'elles ne contiennent pas une évaluation préalable mais directement une limitation de responsabilité en cas d'inexécution, et en cas d'inexécution par dol ou faute grave. Dans ces hypothèses, les droits français et néerlandais ne permettent pas de limiter la responsabilité et les juges peuvent augmenter la peine convenue afin de la faire coïncider avec les préjudices effectivement subis par le créancier. Dans les autres systèmes, le contrôle de ce type de clauses pénales entraîne davantage de difficultés car il faut recourir aux règles applicables aux clauses de limite de responsabilité (article 7.1.7).

Dans les systèmes *common law*, en revanche, les clauses de pénalité ne peuvent pas être modifiées, car elles sont considérées comme étant le résultat de l'accord entre les parties et même si la somme convenue s'avère finalement très faible [*Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widness Foundry Ltd* (1925), AC 20], le juge ne pourra pas l'augmenter. Toutefois, ces clauses pourront être écartées si elles portent sur une condition

générale, dans le cas où la limitation de la responsabilité s'avère déraisonnable (*Unfair Contract Terms Act* de 1977 et *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999).

En droit uniforme, les PU, PECL et le DCFR donnent seulement la possibilité aux tribunaux de réduire la somme stipulée au contrat s'il est manifeste qu'elle dépasse substantiellement la perte réelle subie.

Le paragraphe second du présent article sanctionne le pouvoir de modération aux indemnités convenues, afin de permettre le contrôle des clauses déraisonnables et manifestement abusives. Il s'agit d'une règle impérative qui ne pourra pas être exclue conventionnellement par les parties. Par conséquent, si la somme convenue entre les parties s'avère manifestement excessive et disproportionnée, par rapport au préjudice réel subi par la partie lésée, et au regard des circonstances de l'espèce, le juge ou l'arbitre pourra réduire proportionnellement l'indemnisation convenue jusqu'à ce qu'elle devienne raisonnable. Toutefois, l'indemnisation ne doit pas s'ajuster aux pertes réelles car il faut considérer que les parties, usant de leur liberté contractuelle, ont souhaité prendre une mesure dissuasive de l'inexécution.

Précisément concernant l'autonomie de la volonté des parties, qui dans les contrats commerciaux est placée sur un plan d'égalité, le présent article n'octroie pas au juge ou à l'arbitre le droit d'augmenter la somme d'argent convenue. Nonobstant, si la clause implique une limite ou une exonération de responsabilité, selon les circonstances de l'espèce, il faudra s'en tenir aux dispositions de l'article 7.1.7 des présents Principes.

CHAPITRE 8

CESSION

Section 1 : Cession de droits

Article 8.1.1 : Champ d'application

1. À travers la cession de droits, le créancier (le « cédant ») transfère ou apporte comme garantie à un tiers (le « cessionnaire ») ses droits dans un contrat.
2. Cette section ne s'applique pas :
 - a) aux cessions de créances régies par des règles spéciales relatives au transfert conjoint d'une entreprise ;
 - b) aux cessions de créances cambiales, d'instruments financiers et de titres représentatifs de droits de propriété.

COMMENTAIRE

1. Proposition d'une réglementation fonctionnelle

Les Principes OHADAC régissent la cession des droits contractuels, puisque dans le commerce international elle constitue une forme importante de financement du créancier qui reçoit la contrepartie de sa créance, par anticipation, au profit du cessionnaire. La cession peut également servir de garantie d'exécution pour le créancier dans un autre contrat.

Dans ce contexte, les présents Principes partent d'une double approche : d'un côté, la nécessité de trouver un consensus minimum entre les législations des États membres de l'OHADAC ; d'un autre côté, le respect maximum de l'autonomie de la volonté des parties. Par conséquent, les Principes proposent une réglementation fonctionnelle autour de sept articles, qui contrastent avec les quinze que comptent les Principes d'UNIDROIT, les dix-sept des PECL et les vingt-deux du DCFR. Les Principes OHADAC offrent sur ce point davantage de souplesse aux parties face à la rigidité des autres

textes internationaux, davantage influencés par l'idée d'une codification. Ils tentent également d'apporter une systématisation claire et facile à manier qui se structure autour d'éléments pertinents pour les opérateurs : conditions de la cession (article 8.1.1 : champ d'application ; article 8.1.2 : conditions objectives ; et article 8.1.3 : conditions subjectives) et effet de cette cession, en général (article 8.1.4) et en lien avec chaque partie (article 8.1.5, concernant le débiteur ; article 8.1.6 concernant le cédant ; et article 8.1.7, concernant le cessionnaire). Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte que la mise en œuvre des présents Principes exige leur choix dans deux contrats : d'une part, dans le contrat originaire, principalement pour définir la position du débiteur ; d'autre part, dans l'accord même de la cession qui porte sur la relation cédant-cessionnaire.

2. Définition et champ d'application

Les présents Principes proposent une définition des minima et du consensus issus des systèmes juridiques de l'OHADAC, qui explique le fonctionnement de la cession des droits. Le créancier transmet un droit à un tiers, le cessionnaire, de sorte que ce droit est exclu du patrimoine du créancier et intègre celui du cessionnaire (article 1.690 du code civil colombien). De même, le créancier peut offrir un droit comme garantie au profit d'un tiers.

La cession de droits doit réunir deux conditions. D'un côté, l'obligation dont le droit à l'exécution est cédé doit obligatoirement avoir une origine contractuelle, par conséquent sont exclues les cessions d'obligations prévues par la loi comme, par exemple, les créances en numéraires au profit de la personne lésée par un préjudice non contractuel. À noter que la systématisation du présent chapitre est configurée pour la cession du contrat dans son ensemble, de certains de ses droits ou de certaines de ses obligations. D'un autre côté, l'obligation peut consister en une créance en numéraire ou en tout autre type de droits non numéraires comprenant une obligation de faire ou de ne pas faire. Tel que nous le verrons, les présents Principes, afin de laisser un maximum de marge à la volonté des parties, rappellent que, au gré du cédant et du cessionnaire, la cession pourra être totale ou partielle et octroyer un droit au profit d'un ou de plusieurs tiers.

3. Cessions exclues de la présente section

Comme point de départ, les présents Principes régissent uniquement les cessions contractuelles, c'est-à-dire celles qui émanent d'un accord entre le créancier et le tiers auquel est transféré le droit. Sont exclues, dans la même ligne que les PU (article 9.1.1), les cessions légales imposées par un système juridique en marge de la volonté

des parties. Sont exclues également les cessions découlant d'un acte unilatéral du créancier comme, par exemple, d'une donation, et dans les cas où un acte bilatéral (et plus précisément l'acceptation du donataire) n'est pas requis.

Bien qu'il s'agisse de cessions de droits contractuels, la présente section vise deux exclusions. En premier lieu, elle ne s'applique pas aux cessions de droits découlant du transfert conjoint d'une entreprise (dans le même sens : article 9.1.2 PU). S'agissant d'une cession globale, il existe des règles spéciales qui priment sur les règles relatives aux cessions contractuelles, outre la logique juridique qui les différencie. Cela n'empêche pas que, en raison du transfert d'une entreprise, une cession contractuelle individuelle des droits se produise au profit d'un tiers, en marge de ce transfert. Cette cession contractuelle individualisée sera régie par les présents Principes.

Exemple : La société A est propriétaire de plusieurs créances vis-à-vis des entreprises B, C et D. Lorsque la société A est absorbée par la société E, toutes les créances dont elle était propriétaire sont transférées à cette société E. Cette cession est exclue des présents Principes.

La seconde exclusion porte sur la matière vu que la présente section ne s'applique qu'aux cessions de titres de créance ou représentatives de propriété et d'instruments financiers (article 1.966 du code civil colombien ; et, dans les textes internationaux, article 9.1.2 PU ; article 11:101 PECL ; article III-5:101 DCFR). Cela est dû aux règles spécifiques qui régissent ces instruments. Concernant les titres, ils sont souvent justifiés pour que l'endossement et la transmission du titre génère automatiquement le transfert du droit sous-jacent, indépendamment de celui-ci. À cela il convient d'ajouter que, concernant les instruments financiers, ils se négocient et se transmettent sur les marchés financiers, également de façon indépendante de l'obligation sous-jacente. Ce qui précède n'empêche pas que ces droits sous-jacents puissent faire l'objet d'une cession contractuelle, en marge de ces titres ou instruments, qui eux resteront régis par les présents Principes.

Enfin, il convient de prendre en compte que la cession des droits dans un contrat peut être influencée par l'existence d'un litige entre les parties initiales. Les règles de droit international privé déterminent comment le caractère litigieux d'un droit affecte ou non son éventuelle cession (article 1.107 du code civil costaricain ; article 1.472 du code civil haïtien).

Article 8.1.2 : Conditions relatives aux droits cédés

- 1. Sont cessibles les droits au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une prestation non pécuniaire qui satisfont aux conditions suivantes :**
 - a) les droits existent au jour de la cession ou, s'ils sont futurs, sont identifiables ; et**
 - b) les droits sont identifiés individuellement ou sont identifiables.**
- 2. Un droit peut être cédé totalement ou partiellement, en faveur d'un ou de plusieurs cessionnaires. La cession partielle ou celle effectuée au profit d'une pluralité de cessionnaires ne sera valable que si le droit cédé est divisible.**

COMMENTAIRE

1. Droits susceptibles de cession

Les Principes reprennent une pratique contractuelle du commerce qui est codifiée, par exemple, par les Principes d'UNIDROIT (articles 9.1.1., 9.1.3 et 9.1.5), selon laquelle, tant les droits au paiement d'une somme d'argent que les droits à l'exécution d'une prestation non pécuniaire peuvent être cédés. De même, les droits déjà existants ou les droits à venir peuvent être cédés, ainsi que ceux identifiés individuellement ou mentionnés à titre générique. Tant dans ce dernier cas que dans les droits futurs, il faut qu'ils soient susceptibles d'identification dans les stipulations mentionnées dans l'accord de cession [articles 9.1.5 et 9.1.6 PU ; article 11:102 PECL ; article III-5:106 DCFR ; article 235 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; *Hughes v Groveholt Ltd* (2005), EWCA Civ 897, en référence à la « *equitable assignment* » de droits futurs].

Exemple : Un fournisseur vend à un fabricant une pièce de haute technologie que ce dernier va intégrer à une machine. Comme garantie de paiement, le fabricant cède, à hauteur montante dû, la créance future produite au moment où il vend sa machine à un tiers, avec lequel il a déjà signé un contrat préliminaire. Conformément aux présents Principes, la cession de la créance future est valide à condition qu'elle soit dûment identifiée dans le contrat de cession.

2. Divisibilité de la cession

Les présents Principes permettent de céder un droit en tout ou partie à condition que la division soit possible et qu'elle ne dénature pas ou n'empêche pas l'exécution par le débiteur [p. ex. article 1.116 du code civil costaricain ; article 235 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations (article 1.692 du code civil français) ; la « *equitable assignment* » anglaise, en contraste avec la « *statutory assignment* » de la section 136 (1) du *Property Law Act: Holt v Heatherfield Trust Ltd.* (1942), 2 KB ; *Crosstown Music Company v Rive Droite Music Ltd & Ors* (2010), EWCA Civ 1222 ; article 9.1.4 PU ; article 11:103 PECL ; articles III-5:102 et III-5:107 DCFR]. Ainsi, la cession partielle ne pose aucun inconvénient dans le cas de créances pécuniaires (articles 1.444 et 1.447 du code civil guatémaltèque), mais la cession partielle de prestation ne sera pas possible si elles sont indivisibles, conformément aux dispositions des présents Principes. Comme cela sera expliqué plus loin (article 8.1.3), si la cession partielle augmente le coût de la prestation du débiteur, son consentement sera requis. En tout cas, il dépend de la loi applicable de savoir si une obligation s'avère divisible ou non à effet de son transfert, ce qui permet de parvenir à un consensus minimum entre les systèmes de la zone OHADAC et de respecter ceux qui sont le moins enclins à la cession partielle [par exemple, la « *absolute legal assignment of legal things in action* » de la section 136 (1) du *Property Law Act* du droit anglais, contrairement à la « *equitable assignment* » susmentionnée : *Holt v Heatherfield Trust Ltd.* (1942) 2 KB ; *Crosstown Music Company v Rive Droite Music Ltd & Ors* (2010), EWCA Civ 1222].

Exemple 1 : L'entreprise A achète une machine de haute technologie au fabricant B, qui paiera par acomptes mensuels échelonnés sur dix ans. Au bout de trois ans de paiement périodique, le fabricant, ayant besoin de liquidités, cède la créance restante à un établissement financier C, moyennant une remise préalable sur une partie importante du montant. Conformément aux présents Principes, cette cession est totalement légale à condition que les obligations pécuniaires soit divisibles.

De même, chaque fois que le droit sera divisible, la cession peut se faire en faveur de l'un ou de plusieurs cessionnaires, dont la relation interne sera régie par les règles prévues en cas de pluralité de créanciers dans les présents Principes. Les droits des cessionnaires peuvent être séparés, si chacun d'eux peut seulement choisir sa part ; peuvent être solidaires, si chacun de cessionnaire peut exiger la totalité de la prestation ; et peuvent être conjoints, si tous les cessionnaires doivent exiger conjointement la prestation.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple précédent, le fabricant B cède sa créance aux établissements financiers C, D et E et une clause de solidarité active est insérée au

contrat. Chacun des établissements financiers pourra demander la totalité de la dette au débiteur.

Article 8.1.3 : *Conditions relatives aux parties*

- 1. La cession requiert un accord entre le cédant et le cessionnaire.**
- 2. Le consentement du débiteur cédé est toutefois requis si :**
 - a) son obligation est personnelle ; ou**
 - b) son obligation devient plus onéreuse en raison de la cession, ou**
 - c) le cédant et le débiteur sont convenus d'un tel consentement ou d'une incessibilité de ces droits.**
- 3. Le consentement du débiteur peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.**

COMMENTAIRE

1. Accord entre le cédant et le cessionnaire

Les présents Principes établissent, à titre général, qu'un accord entre le cédant et le cessionnaire est suffisant pour que la cession produise ses effets *inter partes*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, d'obtenir le consentement du débiteur cédé. Cette règle figure dans de nombreux articles des systèmes juridiques de l'OHADAC [article 1.104 du code civil costaricain ; article 257.1 du code civil cubain ; article 1443 du code civil guatémaltèque ; article 2.030 du code civil mexicain ; article 2.114 du code civil nicaraguayen ; section 16 du chapitre 6:01 du *Guyana Civil Law Act* de 1953 ; section 19 (d) du *Supreme Court Act* de 1905 des Bermudes ; article 1.434 du code civil surinamais antérieur à la réforme] et dans des textes tels que l'article 235 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 1.692 du code civil français) et l'article 9.1.7 PU. Aucune forme spécifique n'est prévue pour une telle cession, sauf celles qui pourront découler de règles impératives s'appliquant au contrat, comme par exemple l'exigence d'un écrit voire même d'un acte authentique

[article 1.959 du code civil colombien ; article 256 du code civil cubain ; article 1.445 du code civil guatémaltèque ; article 2.033 du code civil mexicain ; article 236 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 1.690 du code civil français)].

Le simple accord s'avère suffisant entre le cédant et le cessionnaire sans qu'une notification, ni le consentement du débiteur soient requis et ce pour deux raisons. D'une part, il s'agit de donner le plus de marge à l'autonomie des parties, le cédant et le cessionnaire, dans les accords conclus entre eux. Cela correspond à la philosophie des États tels que, par exemple, le Belize ou Trinité-et-Tobago, qui, fidèles à la tradition anglo-saxonne, n'ont pas codifié cette matière. D'autre part, il s'agit de respecter cette autonomie de la volonté entre le cédant et le cessionnaire dans la mesure où elle ne vient pas altérer la position du débiteur cédé, qui continue d'être tenu à la même prestation que celle à laquelle il s'est engagé dans le contrat initial.

2. Consentement du débiteur

Néanmoins, il existe trois exceptions qui exigent le consentement du débiteur (p. ex. article 257.2 du code civil cubain ; article 2.030 du code civil mexicain) : si l'obligation du débiteur est personnelle ; si cette obligation devient plus onéreuse en raison de la cession ; ou si créancier et le débiteur sont convenus d'un tel consentement dans le contrat initial.

En premier lieu, l'exécution de l'obligation du débiteur en faveur d'un créancier particulier peut être considérée comme étant nécessaire, en fonction de ses conditions personnelles [article 235 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 1.692 du code civil français) ; *Don King Productions Inc v Warren* (1998), 2 All ER 608 ; section 2-210 UCC ; article 11:302 PECL ; article III-5:109 DCFR]. Dans ces circonstances, toute cession en faveur d'un tiers altère la prestation du débiteur [*Stevens v Benning* (1854), 1 K&J 168, 176, 69 ER 414].

Exemple 1 : Le fournisseur A conclut un contrat de distribution commerciale avec l'entreprise B, qui s'engage, en tant que distributeur officiel, à commercialiser ses biens à des tiers. Conformément au contrat, le distributeur est en droit d'utiliser les signes distinctifs du fournisseur (marque et nom commercial). Il cherche à céder ce droit à l'entreprise C, mais cette cession ne sera pas valide ni ne produira d'effets si A n'en est pas notifié et ne donne pas son consentement. En effet, le droit d'utiliser les signes distinctifs de A a été conféré à B en se fondant sur ses qualités personnelles et sa réputation économique et commerciale.

En second lieu, la cession peut rendre la prestation du débiteur plus onéreuse. Dans ce cas, le consentement du débiteur est nécessaire, parce que sa prestation subit, du fait de la cession, une altération qui lui est préjudiciable (p. ex. section 2-210 UCC). Les présents Principes présentent, sur ce point, deux avantages comparé aux Principes d'UNIDROIT, car ils distinguent les augmentations substantielles ou non substantielles de la dette. En premier lieu, concernant les augmentations substantielles de la dette, les Principes d'UNIDROIT ne s'en remettent pas à la volonté des parties et « interdisent » la cession (concernant les différentes créances non pécuniaires, voir l'article 9.1.3 PU et, en particulier, concernant la cession partielle de ces créances, l'article 9.1.4 PU et, dans la même ligne, l'article III-5:107 DCFR). Au contraire, les Principes OHADAC respectent au maximum la volonté de toutes les parties concernées par la cession, le cédant, le cessionnaire et, dans ce cas, le débiteur qui est libre de consentir ou non à une augmentation substantielle de sa dette. En second lieu, concernant les augmentations non substantielles de la dette, les Principes d'UNIDROIT disposent qu'elles seront supportées par le débiteur en échange d'un droit à être indemnisé pour les frais supplémentaires (article 9.1.8). En revanche, les Principes OHADAC respectent au maximum le principe du maintien de la position initiale du débiteur, de sorte que toute cession qui aggrave l'obligation requiert son consentement, sans préjudice que les coûts supplémentaires puissent être compensés.

Exemple 2 : Le fabricant A conclut un contrat de fourniture avec le fournisseur B, qui s'engage à lui livrer immédiatement le nombre de pièces requises. A cède son droit à une entreprise C, dont le volume de production est le triple de celui du cédant. Dans ces conditions, il est nécessaire de procéder à la notification du débiteur et qu'il consente à la cession du droit conformément aux présents Principes, puisque l'exécution de son obligation de fourniture de la quantité requise et dans le délai convenu devient plus onéreuse.

En troisième lieu, le créancier, le cédant et le débiteur peuvent convenir dans le contrat de l'obligation de notification et de consentement de toute cession de droit, une clause que les présents Principes respectent en tant qu'expression de l'autonomie de la volonté des parties [article 1.443 du code civil guatémaltèque ; article 2.030 du code civil mexicain ; les États tels que le Belize ou Trinité-et-Tobago, de par leur anglo-saxonne, sont une source principale de régulation en la matière ; article 235 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations (article 1.692 du code civil français)]. Il s'agit d'une clause relativement habituelle utilisée par les parties pour maintenir un contrôle sur le contrat durant toute son exécution et afin de préserver une plus grande sécurité juridique et de générer le moins de conflits possibles quant

au sens donné à une obligation personnelle ou à une obligation moins onéreuse, qui requièrent toutes deux la notification et le consentement du débiteur. Cette hypothèse comprend également les clauses qui se réfèrent à un droit d'opposition du débiteur, durant un délai déterminé, selon lesquelles le silence vaut accord du débiteur et suffit pour valider la cession. Dans tous les cas, les PU et l'UCC vont dans le même sens (section 9-406).

Exemple 3 : Si, dans le contrat entre le créancier et le débiteur, il a été établi que ni le contrat ni l'un quelconque de ces droits ou obligations ne peuvent être cédés, sans l'accord préalable des parties, la cession de droits n'est pas interdite mais nécessitera quoi qu'il arrive le consentement du débiteur.

De même, les présents Principes exigent le consentement du débiteur si les parties ont convenu dans le contrat de l'interdiction de céder [article III-5:108 (3) DCFR]. Ce consentement intervient comme un accord postérieur dans le temps et modifie l'accord initial interdisant la cession. Il y a donc respect total de l'autonomie de la volonté des parties.

Par contre, en cas de défaut de consensus, les Principes OHADAC ne prévoient pas ce l'hypothèse où un droit est cédé sans le consentement obligatoire du débiteur. Cette question sera solutionnée par la loi applicable qui renvoie aux règles de droit international privé. Sur ce point, deux solutions sont possibles. La première consiste à refuser la validité ou les effets de la cession de créance, puisqu'elle va à l'encontre du contrat initial [[Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd \(1993\), UKHL 4](#)]. Cela n'empêche pas que le cessionnaire puisse engager des actions contre le cédant. Cette solution vise à protéger au maximum la sécurité juridique et la « lettre » du contrat, telle qu'elle est partiellement retenue par l'article III-5:108 (3) DCFR. Il est vrai que cela concerne la validité et les effets de la cession réalisée sans consentement, mais elle libère également le débiteur s'il exécute sa prestation au profit du cédant et non du cessionnaire. La deuxième solution consacre la validité voire même les effets de la cession de créances, malgré les stipulations du contrat initial. Cette solution vise à protéger le cessionnaire, dans sa condition de tiers de bonne foi, qui n'avait pas connaissance de l'existence de l'interdiction de la cession, sans préjudice des actions que le débiteur pourra engager contre le cédant. Cette solution a été suivie par les Principes d'UNIDROIT, qui établissent que la cession de créances pécuniaires produit des effets malgré l'interdiction ou la limitation stipulée au contrat et sans préjudice pour le débiteur d'engager une action pour inexécution du contrat (article 9.1.9). La solution est la même concernant la cession de droit non pécuniaires si le cessionnaire ne connaissait pas ni ne pouvait connaître l'interdiction de la cession.

Exemple 4 : L'entreprise A cède une créance à l'entreprise B, mais quand celle-ci exige le paiement du débiteur C, ce dernier s'y oppose en invoquant que dans le contrat initial, il avait été convenu que le débiteur devrait accepter la cession par écrit, ce qu'il n'est pas disposé à faire. La loi applicable selon les règles de droit international privé déterminera si la cession produit ou non des effets. Dans le cas où la loi applicable établit que la cession ne produit pas d'effets, le cessionnaire B pourra demander des dommages et intérêts au cédant A, si celui-ci connaissait ou aurait dû connaître l'interdiction de cession. Au contraire, dans le cas où la loi applicable établit que la cession produit des effets, le cessionnaire B pourra l'opposer au débiteur C, de sorte que ce dernier pourra demander des dommages et intérêts au cédant A pour inexécution contractuelle.

3. Forme et moment auxquels le consentement doit intervenir

Conformément aux présents Principes, les parties sont libres de la forme et du moment auxquels le consentement du débiteur doit intervenir. Le consentement peut être donné de manière expresse, au moyen d'actes inéquivoques qui témoignent de l'acceptation du débiteur, comme, par exemple, le fait de réaliser un premier paiement en faveur du cessionnaire (article 1.962 du code civil colombien ; article 1.448 du code civil guatémaltèque ; article 2.038 du code civil mexicain ; article 2.723 du code civil nicaraguayen ; articles 1.550 et 1.551 du code civil vénézuélien). Dans ce sens, il convient de noter que, comme l'établit l'article 1.105 du code civil costaricain, la simple connaissance indirecte ne vaut pas « en soi » notification et doit être accompagnée d'un fait qui indique qu'il y a acceptation tacite.

De même, le consentement peut être obtenu à tout moment. L'option la plus sûre consiste à obtenir le consentement du débiteur au moment de la signature de la cession. Le consentement prêté postérieurement à l'accord même présente l'avantage que le débiteur connaît parfaitement les termes de la cession, mais présente l'inconvénient que toute la négociation et la conclusion du contrat de cession de créances puisse être mise en échec du fait du positionnement postérieur du débiteur. Enfin, le consentement préalable du débiteur présente l'avantage que le cédant et le cessionnaire négocient et concluent le contrat de cession avec un maximum de sécurité par rapport à ses effets, mais présente le risque de faire naître des divergences sur les termes acceptés par le débiteur et les termes finalement convenus entre le cédant et le cessionnaire. En tout cas, le débiteur qui consent doit être informé de la date exacte à laquelle l'accord de cession sera exigible afin de procéder au paiement correspondant au profit du cessionnaire [*Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148].

L'exigence du consentement du débiteur et le fait qu'il puisse être donné après la cession amène à s'interroger sur les effets sur lesquels portent l'accord de cession si le consentement n'est pas donné. Il convient de comprendre que l'accord de cession contient une condition suspensive, par laquelle, l'accord de cession signé ne produit d'effets qu'à compter de l'acceptation de la cession par le débiteur.

Article 8.1.4 : Effets de la cession

- 1. La cession produit ses effets à l'encontre du débiteur :**
 - a) Lorsqu'il reçoit notification de la cession, si son consentement n'était pas exigé, ou s'il l'a donné préalablement.**
 - b) Lorsqu'il donne son consentement, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.**
- 2. Après que la cession a pris effet, le débiteur ne se libère qu'en s'exécutant auprès du cessionnaire.**
- 3. Lorsqu'un cessionnaire cède à nouveau le droit cédé à un autre cessionnaire, le débiteur cédé se libère conformément à la dernière cession qui a pris effet.**
- 4. Lorsqu'un seul cédant cède le même droit à deux ou plusieurs cessionnaires, le débiteur se libère conformément à la première cession qui a pris effet.**

COMMENTAIRE

1. Fonctions de la notification au débiteur

Le fait que la cession doit être notifiée au débiteur constitue un principe commun à tous les États membres de la zone OHADAC [article 1.960 du code civil colombien ; article 261 du code civil cubain ; article 1.690 des codes civils dominicain et français ; article 1.448 du code civil guatémaltèque ; article 2.036 du code civil mexicain ; article 2.720 du code civil nicaraguayen ; article 1.479 du code civil saint-lucien ; article 1.550 du code civil vénézuélien ; section 136 (1) du *Law Property Act* anglais ; article 1.599 du code civil panaméen ; section 16 du chapitre 6:01 du *Guyana Civil Law Act* ; section 19 (d) du *Supreme Court Act* des Bermudes ; article 1.104 du code civil costaricain]. Ce

principe est également partagé par l'article 240 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013, la section 9-406 UCC et l'article 9.1.10 PU. C'est seulement à cette condition que le débiteur peut exécuter sa prestation au profit du cessionnaire. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une « cession silencieuse » méconnue par le débiteur et qui ne lui serait pas opposable, ce dernier ne pouvant être libéré de son obligation que dans la mesure où il s'exécutera au profit du cédant.

Ce principe de notification au débiteur intervient à chaque fois que le consentement du débiteur n'est pas requis ou, s'il est exigible, dès lors qu'il a été prêté préalablement. Il faut tenir compte que, dans ce dernier cas, le débiteur nécessite de connaître la date à laquelle l'accord conclut entrera en application. Au contraire, si le consentement du débiteur a été donné simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord, la cession prend effet à compte de ce même moment, puisque le débiteur a pleinement connaissance de l'existence de la cession.

Les principes énoncés doivent être complétés par l'autonomie de la volonté des parties et, le cas échéant, par la loi applicable à la notification. Ainsi, d'un côté, les parties concernées peuvent s'entendre sur une prise d'effet différée de la cession, de sorte que, dans la notification ou lors de l'échange des consentements, il sera indiqué la date exacte à laquelle la cession prendra effet. D'un autre côté, à défaut de position claire dans les États de l'OHADAC, les présents Principes ne régissent pas de manière exhaustive le contenu de la notification. De ce fait, de la dynamique même du contrat doit découler le contenu de l'information qui sera suffisante pour permettre au débiteur de procéder à l'exécution adéquate au profit du cessionnaire (renseignements relatifs au cessionnaire, portée de la cession si elle est partielle, mentions spéciales, etc.) et selon les cas, le consentement éclairé. Dans ce dernier cas, la notification doit contenir toutes les informations permettant de déterminer s'il existera ou non une augmentation de la dette suite à la cession.

2. Effets de la cession

Une fois que la cession a produit ses effets vis-à-vis du débiteur, celui-ci ne se libère qu'en s'exécutant auprès du cessionnaire, et non du cédant [article 2.041 du code civil mexicain ; article 1.479 du code civil saint-lucien ; section 136 (1) du *Law Property Act* anglais et *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers Ltd* (1902), 2 KB 660 ; section 16 du chapitre 6:01 du *Guyana Civil Act* ; section 19 (d) du *Supreme Court Act* des Bermudes ; section 9-406 UCC ; article 11:303 PECL ; article III-5:113 ;118 DCFR]. *A sensu contrario*, tant que le débiteur n'aura pas été notifié et, le cas échéant, qu'il n'aura pas donné son consentement, le débiteur ne sera pas tenu d'exécuter son obligation auprès du cessionnaire et ce dernier ne pourra pas l'exiger en tant que

cessionnaire. Le débiteur sera donc libéré s'il paie ou exécute sa prestation auprès du cédant, créancier dans la relation contractuelle initiale (article 1.963 du code civil colombien ; article 1.106 du code civil costaricain ; article 1.464 du code civil haïtien ; article 1.691 des codes civils dominicain et français ; article 1.667 du code civil hondurien ; article 2.040 du code civil mexicain ; article 2.724 du code civil nicaraguayen ; article 1.279 du code civil panaméen ; article 1.551 du code civil vénézuélien).

3. Cessions « en chaîne »

Les présents Principes retiennent la solution par laquelle, après que le cédant a cédé le droit au cessionnaire, celui-ci le « sous-cède » à son tour à un tiers « sous-cessionnaire ». Il est vrai qu'il n'existe pas de qualification de cette règle dans les systèmes de l'OHADAC, à part une simple allusion partielle comme celle de l'article 1.105 du code civil costaricain, qui se réfère à la collusion ou à l'imprudence grave d'un deuxième cessionnaire. Cependant, il est certain que ces systèmes partagent une solution commune, qui peut être considérée comme une pratique contractuelle du commerce international. Cette solution commune aux cas de cessions « en chaîne » consiste à ce que le débiteur se libère en s'exécutant en fonction de la dernière cession produisant des effets en prenant comme point de référence, selon le cas, la date de notification ou d'acceptation du débiteur.

Exemple 1 : Le cédant A cède une créance de 100 000 \$ au cessionnaire B, pour laquelle ce dernier paie 95 000 \$. Du fait du besoin de liquidités du cessionnaire B, celui-ci sous-cède cette créance au cessionnaire C. Si cette sous-cession est dûment notifiée au débiteur, il se libérera en payant sa dette au sous-cessionnaire C.

Dans ce contexte, les cessions successives ne produiront pas d'effet à l'encontre du débiteur.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple précédent, le cessionnaire B notifie au débiteur que la créance lui a été cédée. À l'échéance de la créance, le débiteur s'exécute auprès du cessionnaire B. Le sous-cessionnaire C ne notifie au débiteur que la cession lui a été cédée que plusieurs jours après l'exécution. Le débiteur s'est libéré en payant sa dette au cessionnaire B, s'agissant de la dernière cession qui lui avait été notifiée.

Un problème particulier réside dans la rupture de la chaîne de notifications, à savoir, si le sous-cessionnaire procède à la notification avant le premier cessionnaire. Cette hypothèse révèle un fonctionnement anormal de la chaîne : le débiteur est informé par un sous-cessionnaire, avec lequel il n'a pas de relation juridique directe,

concernant la cession réalisée par le premier cessionnaire (sous-cédant), avec lequel il n'a pas non plus de relation juridique directe. Dans ce cas, le sous-cessionnaire aura le droit de bénéficier de l'exécution de l'obligation si la chaîne de cessions entre le cédant, le sous-cédant et le sous-cessionnaire est établie.

4. Cessions multiples

Les présents Principes traitent également des cas où un cédant cède le même droit à plusieurs cessionnaires. Cela donne lieu à une situation d'insécurité juridique majeure pour le débiteur, à qui doit être donnée une solution claire afin de se libérer, à savoir, exécuter sa prestation auprès du cessionnaire dont la cession a pris effet en premier lieu. Le débiteur sera libéré immédiatement, indépendamment de toute autre cession. De même que pour les cessions « en chaîne », cette solution n'est généralement pas présente dans les codes des États OHADAC, à l'exception de l'article 2.039 du code civil mexicain, bien qu'elle ait été reprise par les ordres juridiques d'influence dans l'OHADAC [article 237 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 (article 1.689 du code civil français)] et dans les textes internationaux (article 9.1.11 PU ; article 11:401 PECL ; articles III-5:114 et 121 DCFR). Quoiqu'il en soit, une solution tacite fait consensus, qui peut-être répertoriée comme une pratique contractuelle dans le commerce international.

Exemple 1 : Le cédant A cède la même créance au cessionnaire B puis, une semaine plus tard, au cessionnaire C. Le cessionnaire C notifie au débiteur de la cession le jour suivant son accord avec B, tandis que la notification de la cession à B ne lui parvient que quinze jours plus tard. Le débiteur sera libéré de son obligation en payant le cessionnaire C, indépendamment du fait que la date du contrat de cession à C est postérieure à celle du contrat de cession à B. En effet, tout paiement que le débiteur a effectué en faveur du cessionnaire B ne le libère pas, puisque la première notification qu'il a reçue n'était pas en faveur de B.

Les notifications déjà réalisées, mais qui sont en attente jusqu'à l'obtention de la preuve correspondant à la cession, tel que le prévoit le contrat initial, peuvent poser quelques problèmes. Dans ce cas, la date de la preuve de la notification sera prise en compte, à condition d'apporter la preuve de la cession dans un délai raisonnable. En revanche, si aucune preuve n'est apportée dans ce délai raisonnable, la notification sera considérée comme n'ayant pas été effectuée et, de ce fait, ne pourra être prise en référence pour l'exécution du débiteur.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple précédent, le cessionnaire C notifie au débiteur de la cession le jour suivant son accord avec B, tandis que la notification de la

cession à B ne lui parvient que quinze jours plus tard. Le débiteur, conformément à son contrat, exige du cessionnaire C qu'il lui fournisse la preuve de la cession, ce que C fait seize jours après la notification. Conformément aux présents Principes, le cessionnaire C continue d'être le mieux fondé à recevoir le paiement. En effet, bien que la preuve de la cession soit émise après la notification du cessionnaire B, la notification de la cession à C a été émise préalablement.

Les cessions multiples posent un problème de relations entre le cédant et les cessionnaires, qui n'est pas abordé ici, vu que les présents Principes constituent la règle du consensus minimum et que ce problème demeure dans la sphère interne des différents contrats de cession. Les différents cessionnaires pourront réclamer au cédant si celui-ci a cédé un droit qui, purement, ne lui appartenait plus (car il appartenait toujours au premier cessionnaire). Il conviendra également d'analyser si dans les différents contrats de cession un ordre hiérarchique a été établi entre les différents cessionnaires et, en particulier, si la créance a été cédée à plusieurs cessionnaires comme garantie contractuelle.

Article 8.1.5 : *Situation du débiteur*

- 1. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tous les moyens de défense dont il disposait à l'encontre du cédant.**
- 2. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout droit de compensation qu'il détenait à l'encontre du cédant et né avant que la cession ne produise ses effets.**
- 3. Le débiteur doit être tenu quitte des dépenses supplémentaires causées par la cession. Le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement au paiement de ces dépenses.**

COMMENTAIRE

1. Moyens de défense du débiteur

Les Principes partent d'une idée fondamentale, commune aux systèmes juridiques de l'OHADAC : le débiteur ne peut pas voir sa situation juridique altérée par la cession. Cela se traduit de trois manières fondamentales : les moyens de défense du débiteur,

les droits de compensation et l'indemnisation pour les coûts supplémentaires supportés.

En premier lieu, les présents Principes reconnaissent au débiteur le droit d'opposer au cessionnaire tous les moyens de défense dont disposait le cédant [article 1.964 du code civil colombien ; article 1.111 et article 1104 du code civil costaricain ; article 262 du code civil cubain ; article 1.450 du code civil guatémaltèque ; article 6:145 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.440 du code civil surinamais antérieur à la réforme ; article 2.035 du code civil mexicain ; article 2.725 du code civil nicaraguayen ; section 16 du chapitre 6:01 du *Guyana Civil Act* ; section 19 (d) du *Supreme Court Act* des Bermudes ; article 240 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations ; section 9-404 UCC ; article 9.1.13 PU ; article 11:307 PECL ; article III-5:116 DCFR]. Cela tient au fait que la situation du débiteur ne peut empirer du simple fait de la cession, et davantage encore dès lors que la cession prend effet sans le consentement du débiteur, et il ne faut pas l'oublier qu'il s'agit d'une règle générale hormis quelques exceptions. En tout cas, le débiteur et le cédant ont pu insérer une clause interdisant ce droit (section 9-403 UCC).

Exemple 1 : La dette s'est éteinte conformément à la loi applicable au contrat. Néanmoins, le cédant cède la créance à un cessionnaire qui réclamait au débiteur. Conformément aux présents Principes, le débiteur peut opposer l'exception de prescription au cessionnaire, indépendamment de ce que celui-ci a pu établir au contrat.

Cela n'influe pas sur le droit du cessionnaire à exercer certaines actions légales contre le cédant pour mauvaise foi ou pour inexécution des devoirs contractuels propres à l'accord de cession. Il convient de noter, dans ce sens, que l'une des exceptions que le débiteur pourrait opposer au cessionnaire serait la *exceptio non adimpleti contractus* ou le droit de ne pas exécuter si le cédant n'a pas respecté ses obligations. Il pourrait arriver, évidemment, qu'un comportement négligent du cédant ait des répercussions négatives pour le cessionnaire, auquel le débiteur pourrait lui opposer cette exception.

Exemple 2 : L'entreprise A vend une marchandise à l'entreprise B et, immédiatement après avoir conclu le contrat, elle cède la créance découlant du paiement du prix à l'entreprise C. Cependant, l'entreprise A (vendeuse et cédante) ne livre pas la marchandise et par conséquent, lorsque le cessionnaire C réclame le prix de la créance à l'entreprise B (acheteuse et cessionnaire), celle-ci oppose son droit à ne pas exécuter son obligation tant que l'entreprise A n'exécute pas la sienne. Conformément aux présents Principes, le débiteur peut opposer la *exceptio non adimpleti contractus* au

cessionnaire, sans préjudice pour ce cessionnaire de poursuivre le cédant pour son comportement négligent lors de la vente.

2. Le droit à compensation du débiteur

Les présents Principes, afin de préserver la situation du débiteur et que la cession ne le lèse pas, insèrent une règle sur le droit à la compensation de ses créances. En ce sens, le débiteur peut opposer au cessionnaire tout droit à compensation dont il dispose contre le cédant et qui a été créé avant la notification de la cession ou, le cas échéant, de l'acceptation de celle-ci [article 1.718 du code civil colombien ; articles 813 et 1.111 du code civil costaricain ; article 6:130 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.476 du code civil hondurien ; article 2.035 du code civil mexicain ; article 1.084 du code civil panaméen ; article 1.152 du code civil portoricain ; article 1.122 du code civil saint-lucien ; article 1.452 du code civil surinamais antérieur à la réforme ; article 1.337 du code civil vénézuélien ; article 240 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; section 2-210 UCC ; article 9.1.13 PU ; article 11:307 PECL ; article III-5:101 DCFR]. Il s'agit en définitive de suivre la logique du paragraphe premier, selon laquelle le débiteur peut opposer au cessionnaire les moyens de défense qu'il déteint à l'encontre du cédant. L'« anomalie » de faire valoir auprès du cessionnaire une créance détenue à l'encontre du cédant est due au fait que le droit à compensation existait, conformément aux présents Principes, avant que la cession ne prenne effet et dans la relation débiteur-cessionnaire. En d'autres termes, la particularité réside dans le fait que la créance ouvrant droit à une compensation naît avant la cession, alors que la compensation est exercée après la cession.

Exemple 1 : L'entreprise A est un fournisseur de l'entreprise de distribution B, qui effectue des achats périodiques. L'entreprise A cède sa créance au cessionnaire C. Parallèlement, le distributeur B est titulaire d'une créance contre le fournisseur A, du fait de l'obligation de rachat du stock qui incombe à A pour les produits n'ayant pas été mis sur le marché. Lorsque le cessionnaire demande le paiement de la créance cédée, le distributeur et débiteur B invoque la compensation avec la créance que lui doit le fournisseur A. Conformément aux présents Principes, la compensation est opposable puisqu'elle a été invoquée après la notification de la cession.

Une fois la notification envoyée ou la cession acceptée par le débiteur, dans les cas où cela serait requis, le droit à compensation qui en découlera relatif aux créances du cédant n'est plus opposable, comme le rappelle, par exemple, l'article 1.476 du code civil hondurien. En revanche, le débiteur pourra invoquer le droit de compensation relatif aux créances du cessionnaire.

Exemple 2 : Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1. La créance du distributeur et débiteur pour rachat du stock par le fournisseur et créancier arrive à échéance et est exigible un mois après que le cessionnaire lui ait notifié la cession de la créance. Conformément aux présents Principes, le débiteur n'a pas droit à compensation à l'égard du cessionnaire.

3. Compensation des coûts supplémentaires

Suite à la cession, la prestation du débiteur peut ne pas s'avérer plus onéreuse. Pour ce faire, suivant la tendance des Principes d'UNIDROIT (article 9.1.8), du DCFR (article III-5:107) et de ce qui peut être considéré comme une pratique commerciale généralisée, le débiteur a droit à une compensation pour les coûts supplémentaires découlant de la cession, sauf accord contraire (article 240 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). La compensation sera à la charge du cédant ou du cessionnaire, une obligation solidaire sera alors établie conformément aux règles des Principes OHADAC. Ainsi, le débiteur pourra demander au cédant ou au cessionnaire et ceux-ci seront tenus à répondre de la totalité des coûts supplémentaires, sans préjudice des actions de remboursement et sans que le débiteur ne puisse réclamer une double compensation pour le même coût.

Cette obligation solidaire entre le cédant et le cessionnaire favorise le débiteur et répond à un double fondement. D'un côté, il est logique que le cédant puisse être tenu de compenser le débiteur car il est à l'origine de la cession et est celui qui avait la relation juridique initiale avec le débiteur. D'un autre côté aussi, il est logique que le cessionnaire soit tenu de compenser le débiteur, parce que c'est le paiement qui est fait à son profit qui génère une augmentation des coûts de la prestation. Dans la pratique de la cession des créances pécuniaires, la forme la plus rapide et souple de compensation des coûts supplémentaires consiste à les imputer au cessionnaire. Ainsi, au moment où le débiteur paie ce cessionnaire, les coûts supplémentaires pourront être déduits *ex ante*.

Exemple : Le débiteur, situé dans l'État A, a convenu avec le cédant du paiement d'une créance de 100 000 \$ au moyen d'un virement sur le compte du cédant dans une succursale de banque de l'État A. La créance étant cédée au cessionnaire, le paiement doit être effectué au moyen d'un virement sur le compte du cessionnaire dans une succursale de banque de l'État B. S'agissant d'un virement international, 2 000 \$ de frais s'appliquent que, conformément aux présents Principes, le débiteur pourra réclamer au cédant ou au cessionnaire. Ces frais supplémentaires pourront même être déduits au moment de payer le cessionnaire.

Article 8.1.6 : *Situation du cédant*

À défaut de stipulation contraire, le cédant garantit au cessionnaire que :

- a) le droit existe ou est un droit futur identifiable, qui peut être cédé et qui est libre de toute prétention ou droit d'un tiers ; et**
- b) il a la capacité de céder le droit, que le débiteur n'a pas de moyens de droit et qu'il n'existe et n'existera pas de droit de compensation avec les dettes du cédant.**

COMMENTAIRE

1. Garantie des conditions objectives du droit

Les présents Principes établissent les obligations qu'assume le cédant vis-à-vis du cessionnaire, dont l'inexécution entraîne une responsabilité contractuelle, sauf accord contraire [article 1.965 du code civil colombien ; article 1.113 du code civil costaricain ; article 259 du code civil cubain ; article 1.693-1.695 du code civil français et dominicain (article 239 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013) ; article 1.466 du code civil haïtien ; article 1.451 du code civil guatémaltèque ; article 1.669 du code civil hondurien ; article 2.042 du code civil mexicain ; article 2.726 du code civil nicaraguayen ; article 1.281 du code civil panaméen ; article 1.419 du code civil portoricain ; article 1.553 du code civil vénézuélien ; section 16 du chapitre 6:01 du *Guyana Civil Act* ; article 9.1.15 PU ; article 11:204 PECL ; article III-5:104 et 112 DCFR].

La première obligation consiste à assurer les conditions du droit à la cession. Ainsi, le cédant doit garantir que la créance existe ou est un droit futur identifiable. À noter que, dans le cas contraire, et conformément aux présents Principes, le droit ne pourrait pas être cédé. Cette garantie ne signifie pas que le cédant doit garantir la solvabilité du débiteur, sauf accord contraire, ce qu'il constitue un principe général codifié, par exemple, par le code civil costaricain (article 1.114), par le code civil français et dominicain (articles 1.694 et 1.695), par le code civil haïtien (article 1.467), par le code civil guatémaltèque (articles 1.451 et 1.452), par le code civil hondurien (article 1.669), par le code civil mexicain (article 2.043), par le code civil nicaraguayen

(article 2.726), par le code civil panaméen (article 1.281), par le code civil portoricain (article 1.419) ou par le code civil vénézuélien (article 1.554), et également présent à l'article 239 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

En outre, le cédant doit garantir que le crédit peut être cédé, en tenant compte des restrictions qui peuvent exister pour cette cession : en cas de droits génériques, qui ne peuvent pas être identifiés, ou en cas de cession partielle, si le droit n'est pas divisible, etc. Enfin, il convient de s'assurer que la créance est libre de toute charge et ne fait pas l'objet de réclamation par des tiers. Cette dernière remarque est spécialement importante dans les cas où le cédant a effectué des cessions multiples à plusieurs cessionnaires. Parfois, il s'instaure une relation pathologique, par laquelle les secondes cessions portent sur des droits qui n'appartiennent plus au cédant. D'autres fois, les cessions multiples sont des situations régulières : le cédant est le titulaire de droit dans toutes les cessions et surtout il pèse sur son droit plusieurs cessions à titre de garantie.

Contrairement aux Principes d'UNIDROIT [article 9.1.15 (c)], dans les Principes OHADAC il n'existe pas de référence expresse au fait que « la créance n'a pas été précédemment cédée à un autre cessionnaire ». Cela permet d'éviter des répétitions, puisqu'il est déjà précisé que le droit cédé doit être libre de tout droit ou réclamation d'un tiers, qui peuvent être d'autres cessionnaires plus fondés. De plus, la formulation des présents Principes est plus exacte que celles des PU, puisque des tournures telles que « la créance n'a pas été précédemment cédée à un autre cessionnaire » semble nuire à des situations tout à fait légales et qui ne présentent pas d'inconvénient quelconque, comme c'est le cas des cessions « en chaîne » (cédant-cessionnaire-sous-cessionnaire). Dans ces cas, le droit a été précédemment cédé à un autre cessionnaire, mais il n'existe aucune pathologie puisque cet « autre cessionnaire » devient un « sous-cédant » qui cède de nouveau la créance à un « sous-cessionnaire ». Le premier cessionnaire agit en toute légalité, puisqu'il est le propriétaire du droit, mais avec la particularité qu'il répète l'opération et cède de nouveau le droit, ce qui n'est pas forcément le cas pour les cessions multiples de droits.

2. Garantie des conditions subjectives de la cession

La deuxième obligation du cédant, sous peine d'être responsable d'inexécution contractuelle, consiste à garantir l'exécution des conditions nécessaires pour la cession entre les parties. Il convient donc de garantir que le cédant est habilité à céder la créance ou, entre autres, à mentionner la nécessité d'obtenir le consentement du débiteur dès lors que la cession implique une augmentation du coût de la prestation, que l'obligation du débiteur est personnelle ou que le débiteur et le créancier ont convenu de la contrepartie. C'est peut-être cette dernière hypothèse qui est la plus

intéressante, vu qu'elle sera la plus difficile à calculer pour le cessionnaire, s'il n'a pas accès au contrat initial entre le débiteur et le créancier pour des raisons de confidentialité. Dans ce cas, il faut se rapporter à ce que le créancier cédant déclare quant à sa faculté de céder son droit.

Dans ce sens, le cédant garantit également que le débiteur n'oppose aucune exception face au cédant susceptible d'être invoquée pour ne pas s'exécuter à l'égard du cessionnaire. Dans la même ligne, il convient de garantir qu'il n'existera pas un droit de compensation entre la créance cédée et les dettes du cédant. Cette garantie est particulièrement utile pour le cessionnaire, car il court un risque important jusqu'à la notification de la cession ou, en cas d'acceptation si le débiteur réclame un droit de compensation à l'égard du cessionnaire, mais en lien avec la créance du cédant. Cette situation est préjudiciable pour le cessionnaire parce que la valeur de la créance qu'il a acquise est nulle (le débiteur la compense avec une dette du cédant et non du cessionnaire). De plus, les présents Principes établissent que le cédant doit garantir qu'il n'« existe » et n'« existera » pas de droit de compensation. La garantie qu'il « n'existe pas » fait allusion au moment de la conclusion de l'accord de cession ; celle qu'il « n'existera pas » fait référence à la période de temps entre la conclusion de cet accord et le moment de la notification de la cession au débiteur, à savoir lorsqu'elle prend effet au moment où s'éteint le droit de compenser. Logiquement, cette garantie ne s'étend pas au droit de compenser la créance cédée par les dettes du cessionnaire, celles-ci appartenant à la sphère patrimoniale de celui-ci et n'entraînant aucune responsabilité de la part du cédant.

Article 8.1.7 : *Situation du cessionnaire*

- 1. Le cessionnaire acquiert le droit cédé ainsi que ses accessoires et sûretés.**
- 2. Néanmoins et sauf manifestation de volonté contraire du garant, les sûretés octroyées par des tiers s'éteindront si :**
 - a) l'obligation du débiteur devient plus onéreuse comme conséquence de la cession ; ou**
 - b) le créancier et le débiteur étaient convenus de l'incessibilité de leurs droits ; ou**

**c) le garant avait donné sa garantie sous condition
que le droit ne soit pas cédé.**

COMMENTAIRE

1. Portée de la cession

Le cessionnaire acquiert tous les droits découlant du droit cédé, ce qui est un principe largement répandu [article 1.964 du code civil colombien ; article 1.109 du code civil costaricain ; article 257.1 du code civil cubain ; article 1.692 des codes civils dominicain et français ; article 1.444 du code civil guatémaltèque ; article 1.465 du code civil haïtien ; article 6:142 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.668 du code civil hondurien ; article 2.032 du code civil mexicain ; article 1.280 du code civil panaméen ; article 1.418 du code civil portoricain ; article 1479 du code civil saint-lucien ; article 1.552 du code civil vénézuélien ; section 136 (1) du *Law Property Act* anglais en lien avec le « *statutory assignment* » ; section 19 (d) du *Supreme Court Act* des Bermudes ; article 9.1.14 PU ; article 11:201 PECL ; article III-5:115 DCFR]. Pour cette raison, les Principes OHADAC garantissent le transfert intégral des droits, y compris tous les droits accessoires et découlant du droit cédé. Les parties sont donc tenues à un devoir de coopération et en particulier le cédant, qui doit signaler tous les droits accessoires découlant du droit cédé, en prenant toutes les mesures opportunes pour que le cessionnaire exerce ces droits. Dans tous les cas, le cédant et le cessionnaire pourront convenir d'une solution différente à celle proposée, en ne procédant qu'à une cession du droit principal. Il est également recommandé que les parties conviennent clairement de la manière dont se déroule une cession de droits accessoires lorsqu'une cession partielle d'un droit divisible a eu lieu.

Ce qui vient d'être exposé revêt une importance spéciale pour les droits pécuniaires, car, si l'exécution tardive comprend le paiement d'intérêts contractuels, ceux-ci seront payables au cessionnaire [p. ex. article 2.032 du code civil mexicain et paragraphe 2 de l'article 6:142 des codes civils néerlandais et surinamais].

Exemple 1: L'acheteur et le vendeur conviennent du paiement échelonné de marchandises ainsi que du paiement d'intérêts déterminés en cas de retard. Le vendeur cède la créance à un tiers cessionnaire qui, du fait du retard de paiement de la part du débiteur, demande le recouvrement des intérêts, conformément aux présents Principes.

La transmission de droits accessoires au droit acquis joue également pour les droits non pécuniaires, après avoir déterminé quels sont les droits découlant du droit cédé.

Exemple 2 : L'acheteur et le vendeur conviennent que tout retard dans la livraison de la marchandise donnera lieu à une indemnisation conformément à une clause de pénalité incluse dans le contrat. L'acheteur cède son droit à recevoir les marchandises à un tiers cessionnaire, qui, face au retard de la livraison et conformément aux présents Principes, exige du vendeur le paiement de l'indemnisation.

De même, les Principes OHADAC, afin de préserver le transfert intégral du droit cédé, disposent que le cessionnaire bénéficiera de toutes les garanties assurant son exécution (article 1.109 du code civil costaricain ; article 257.2 du code civil cubain ; article 1.692 des codes civils français et dominicain ; article 1.668 du code civil hondurien ; article 2.725 du code civil nicaraguayen ; article 1.280 du code civil panaméen ; article 1.418 du code civil portoricain). Il s'agit là d'une conservation du *status quo* qui ne lèse aucune des parties concernées. Il est logique que le cédant, en transférant son droit, transfère également les obligations accessoires garantissant l'exécution du droit. De même, le cessionnaire a un intérêt particulier à cette cession des garanties afin de s'assurer de l'exécution. Quant au débiteur, la cession des garanties ne modifie pas sa situation juridique ni son obligation à s'exécuter auprès du cessionnaire. Quant au garant, s'il est distinct du débiteur, sa situation reste également inchangée, puisqu'il s'intéresse à l'exécution par le débiteur et non au bénéficiaire de la garantie qu'il fournit.

Ceci étant, il convient de noter que la conservation des garanties relatives au cessionnaire peut conduire à un effet de double garantie. Comme cela a déjà été souligné, généralement la cession de créances est effectuée précisément comme garantie de l'exécution d'une obligation du cédant. Ainsi, en cas d'inexécution du cédant, l'exécution du débiteur de la créance cédée constituera une première garantie pour le cessionnaire. En cas d'inexécution du débiteur de la créance cédée, l'exécution du garant du crédit cédé constituera une deuxième garantie pour le cessionnaire.

2. Les exceptions à la conservation des sûretés

Contrairement aux PU, les Principes OHADAC comprennent trois exceptions au principe de conservation des sûretés, qui peuvent être considérées comme des pratiques contractuelles dans le commerce international pour les sûretés prêtées par des tiers. Toutes ces exceptions impliquent que le garant ne garantisse pas l'exécution au profit du cessionnaire et, par conséquent, la sûreté sera considérée comme éteinte avec l'extinction, sauf déclaration contraire du garant. Les présents Principes peuvent sembler novateurs dans ce domaine, mais cette impression est trompeuse. Les présents Principes ne font qu'explicitement un principe dont s'inspirent les systèmes des États de l'OHADAC : l'impossibilité de mettre le tiers garant dans une situation

distincte et plus préjudiciable que celle dans laquelle il se trouvait lorsqu'il a donné sa garantie.

La première exception à la conservation de la garantie concerne le cas où l'obligation du débiteur devient plus onéreuse suite à la cession. Dans ce cas, le risque que le débiteur n'exécute pas augmente notablement et le garant n'a pas à supporter automatiquement ce risque, sauf dispositions contraires. Il convient de rappeler que la cession requiert le consentement du débiteur, mais son consentement seul ne peut pas affecter les tiers garants, qui peuvent ne pas être d'accord avec la cession impliquant un changement si important de situation. L'article 1701.III du code civil colombien comprend un cas intéressant, disposant que « si, par exemple, la première dette ne produit pas d'intérêt, et que la seconde en produit, l'hypothèque de la première n'éteindra pas les intérêts ».

La seconde exception porte sur le cas où le créancier et le débiteur sont convenus dans le contrat initial de l'interdiction de la cession de droits. Dans ce cas, le garant a donné sa garantie dans des situations spécifiques, qui ne peuvent pas se voir altérées par un accord entre le cédant et le cessionnaire qui affecte les tiers.

La troisième exception concerne le cas où le tiers garant a donné sa garantie sous la condition que le droit ne sera pas cédé. Dans ce cas, la cession produit tous ses effets (section 9-401 UCC), mais les présents Principes doivent protéger la volonté exprimée par ce garant. Cette règle découle probablement de manière tacite des PU, mais il est nécessaire de la rendre explicite afin d'assurer la sécurité juridique des échanges commerciaux des sûretés.

CLAUSES SPÉCIFIQUES DE CESSION DE DROITS

1. Clauses relatives au consentement dans la cession

La clause par laquelle la cession de droit est interdite s'avère peu recommandée en matière de créances numéraires, vu que le paiement ne dépend pas des qualités personnelles du créancier ou du débiteur et que la cession de créance prévoit que le cédant obtienne des liquidités ou des garanties de l'exécution des autres contrats. L'utilisation de la clause peut être, cependant, davantage justifiée dès lors que les parties considèrent que les droits contractuels ont été conférés *intuitu personae* ou qu'ils décident de maintenir le contrat dans une confidentialité absolue :

Clause A : Interdiction de cession de droits

« La cession de l'un quelconque des droits conférés par le présent contrat est interdite. »

La validité d'une cession de droits, qui interviendrait en violation de la présente clause, sera appréciée en application des règles en matière de droit international privé régissant le contrat. En tout cas, elle donnera lieu à l'imputation de dommages et intérêts. Toutefois, cette clause est toujours susceptible de modification et d'un changement de critère par les parties, que le cédant indiquera par son intention de conclure un accord de cession, et que le débiteur indiquera par le consentement qu'il donnera au préalable et ce, conformément aux présents Principes.

En outre, les parties peuvent expressément se référer dans le contrat à la nécessité du consentement du débiteur afin que la cession puisse prendre effet. Contrairement à la clause ci-dessus, la cession n'est pas interdite mais l'acceptation du débiteur est exigée, comme c'est le cas dans la clause suivante :

Clause B : Consentement obligatoire du débiteur à la cession de droits

« La cession de l'un quelconque des droits établis dans le présent contrat nécessitera un accord écrit des parties. »

Dans ce cas, les présents Principes respectent la volonté des parties et exige leur consentement. Ce type de clauses permet une plus grande sécurité juridique pour les parties et le risque de litige quant aux termes discutables du contrat sont réduits, comme par exemple si une obligation personnelle a ou non été cédée ou si une cession rend plus ou moins onéreuse l'obligation du débiteur. Pour plus de garantie, cela peut être convenu par écrit afin que soit consigné le consentement du débiteur. Tout comme c'est le cas dans la clause précédente, son usage est recommandé dans les cas de cessions de droits non numéraires, susceptibles d'altérer la configuration de l'obligation. Il est moins recommandé en cas de cession de créances numéraires, vu que l'exécution n'est pas concernée par la qualité de la personne du cessionnaire et que ces cessions sont des sources de liquidité pour le cédant et une façon de garantir l'exécution d'autres contrats.

Une variante de ces clauses qui prévoit le consentement du débiteur pose un délai d'opposition pour le celui-ci, qui court à compter de la réception de la notification :

Clause C : Opposition du débiteur à la cession de droits

« La cession de l'un quelconque des droits établis dans le présent contrat ne nécessitera pas d'accord des parties.

Toutefois, la partie débitrice de l'obligation pourra s'opposer à la cession dans un délai de [nombre de jours], à compter à partir du jour où elle en aura reçu notification. »

Cette clause a la particularité d'établir que le silence du débiteur est considéré comme acceptation de la cession. Toutefois, le débiteur peut manifester son opposition à la cession. À l'instar de la clause précédente, l'opposition du débiteur implique que celui-ci se libère en exécutant sa prestation au profit du cédant et non du cessionnaire.

2. Clauses sur la preuve adaptée à la cession

La notification peut être effectuée par l'une quelconque des parties à l'accord de cession, le cédant ou le cessionnaire (article 1.449 du code civil guatémaltèque ; article 2.037 du code civil mexicain ; section 9-406 UCC), et ce dernier peut être celui qui aura un intérêt économique majeur à ce que le débiteur exécute sa prestation à son égard. Il arrive, cependant, que la notification au cessionnaire puisse générer une certaine insécurité ou méfiance à l'égard du débiteur, vu que le cessionnaire est un tiers méconnu pour lui, avec lequel il n'a aucun lien juridique. Du fait qu'une véritable cession de droits ne s'était pas produite, le risque que le débiteur paie par erreur un tiers et qu'ensuite il se voie obligé de payer le créancier initial, est augmenté. Précisément, pour éviter ce risque, il est recommandé d'insérer des clauses contractuelles qui apportent plus de sûreté à la notification par le cessionnaire et, en particulier, d'exiger du cessionnaire qu'il apporte dans un délai raisonnable la preuve de la cession. Ainsi, par exemple :

Clause : Preuve de la cession

« La cession de l'un quelconque des droits établis dans le présent contrat devra être notifiée à l'autre partie débitrice. Au cas où elle sera notifiée par le cessionnaire, l'autre partie débitrice pourra demander que lui soit apportée, dans un délai raisonnable, la preuve

correspondant à la cession. Jusqu'à la production de la preuve, la cession ne produira pas d'effet. »

Cette preuve à laquelle se réfère la clause ci-dessus pourrait prendre la forme d'une déclaration du cédant, avec lequel le débiteur a un lien juridique, mais également consister en une copie du contrat de cession (article 1.961 du code civil colombien ; article 2.721 du code civil nicaraguayen), dans la mesure où aucune clause de confidentialité n'est violée. Contrairement aux PU (article 9.1.12), aux PECL (article 11:303), au DCFR (article III-5:120) ou à l'UCC (section 9-406), les Principes OHADAC ne prévoient rien concernant la preuve, car il n'existe pas de principe commun aux systèmes de l'OHADAC sur ce point. Par conséquent, il est recommandé que les parties insèrent des clauses contractuelles réglant cette question.

Lorsque la preuve de la cession est demandée, les effets de cette cession sont suspendus. Cela signifie que le débiteur n'est plus tenu de payer le cessionnaire et sera libéré de son obligation s'il paie le créancier initial. Une fois que la preuve de la cession a été fournie, la notification sera effective à compter de sa réception ou à une date ultérieure si cela est précisé dans la notification (efficacité différée). La référence à la date de réception de la notification, à condition qu'elle soit postérieure à celle de la preuve, est particulièrement importante dans les cas de cessions multiples, comme l'illustre l'exemple suivant :

Exemple : Le cédant A transfère un crédit au cessionnaire B, qui le communique immédiatement au débiteur. Étant donné que le débiteur n'a aucune relation avec le cessionnaire, il peut demander une preuve de la cession. Tant qu'il n'a pas reçu cette preuve, le débiteur est obligé auprès du cédant A et n'a aucune obligation de paiement envers le cessionnaire B.

3. Clauses sur le lieu d'exécution du droit cédé

Étant donné que majoritairement, les systèmes de l'OHADAC n'ont rien prévu concernant le lieu d'exécution du droit cédé, les présents Principes n'ont pas inclus de principe relatif aux effets de la cession sur le lieu d'exécution. Les PU ne prévoient rien non plus sur ce sujet, contrairement aux PECL (article 11:306) et au DCFR (article III-5:117). Du fait de cette absence de codification, il est utile que le cédant et le débiteur insèrent une clause expresse au contrat initial, que le cessionnaire devra respecter.

À cet effet, il convient de distinguer l'exécution de droits pécuniaires et de droits non pécuniaires. Concernant la première catégorie, il existe une plus grande flexibilité quant à la modification du lieu de paiement, puisque cela ne rendra pas

nécessairement l'obligation excessivement plus onéreuse. En tout cas, il peut être exigé que le paiement soit effectué dans le même État que celui où le cédant allait payer, afin d'éviter tout risque d'augmentation des dépenses supplémentaires. Pour plus de sécurité, et bien que cela soit expressément prévu dans les présents Principes, une stipulation supplémentaire pourrait être ajoutée afin que les coûts additionnels supportés par le débiteur soient mis à la charge du cédant ou du cessionnaire, les deux y répondant solidairement. Cette clause serait plus protectrice pour le débiteur que l'application, par exemple des PECL ou du DCFR, qui prévoient uniquement la responsabilité du cédant. Pour ces raisons, il est recommandé d'insérer une clause telle que celle-ci-dessous :

Clause A : Lieu d'exécution d'une créance

« Dans le cas d'une cession de créance numéraire, le cessionnaire pourra réclamer le paiement en quelque lieu de [indiquer l'État].

Tout coût supplémentaire qui serait encouru par le débiteur par la modification relative au lieu de paiement sera compensé par le cédant ou par le cessionnaire, qui en répondront à titre solidaire. »

La question prend une autre tournure dès lors que la cession porte sur un droit non numéraire, vu que toute prestation personnelle devient potentiellement plus coûteuse si elle doit être réalisée dans un endroit différent que celui convenu initialement. Pour ce faire, dans la même ligne que les PECL et que le DCFR, il est recommandé d'insérer des clauses contractuelles interdisant de modifier le lieu d'exécution :

Clause B : Lieu d'exécution d'un droit non pécuniaire

« La cession d'un droit non pécuniaire ne peut entraîner de modification du lieu de paiement. »

Dans tous cas, afin d'éviter la rigidité de ce type de clauses, le débiteur peut toujours accepter la modification du lieu d'exécution, une fois qu'il a connaissance des conditions de la cession et des circonstances propres au cessionnaire.

4. Clause relative à la répercussion de l'exécution à l'égard du cessionnaire

Le cédant peut assumer l'obligation de répercuter sur le cessionnaire toute exécution réalisée au profit du cédant lui-même. Les Principes OHADAC, contrairement aux PU, ne qualifient pas cette obligation car elle n'est pas reconnue de manière unanime dans les différents systèmes nationaux analysés. Cependant, et en particulier lorsque le consentement du débiteur n'est pas nécessaire, il est recommandé que le cédant et le cessionnaire insèrent cette clause dans le contrat de cession, afin que tout paiement effectué par le débiteur au cédant soit répercuté au profit du cessionnaire. Il est donc recommandé d'insérer une clause telle que celle qui suit :

Clause A : Répercussion de l'exécution au profit du cessionnaire

« Le cédant devra répercuter au profit du cessionnaire toute exécution effectuée au profit du cédant lui-même à compter de la date de prise d'effet du présent contrat et jusqu'à ce qu'elle ait été notifiée au débiteur. »

À cette fin, l'une des différences de la clause proposée par rapport aux PU est qu'elle évite d'employer le terme « remboursement » (*reimburse*) du paiement. En effet, dans certaines langues, ce terme sous-entend qu'il est restitué au bénéficiaire-cessionnaire l'argent qui lui avait préalablement été avancé, ce qui n'est pas le cas. En outre, le terme « remboursement » peut sous-entendre qu'il s'agit uniquement de créances pécuniaires, mettant de côté d'autres cas comme la livraison de marchandises du cédant au cessionnaire.

Le délai mentionné dans la clause commence à la date de prise d'effet du contrat de cession et prend fin avec la notification faite au débiteur. Ce cas est particulièrement important : le débiteur, qui n'a pas connaissance du contrat de cession, paie le cédant de bonne foi et avec toute la diligence requise. Néanmoins, le cédant ayant connaissance de cet accord de cession, il est tenu de rembourser le débiteur. Dans ce sens, il vaut mieux parler « de prise d'effet » du contrat, lorsque cette date est postérieure au moment de la conclusion du contrat de cession ou différée par rapport à celui-ci. Quoi qu'il en soit, l'obligation ne se réfère pas à d'autres périodes. D'un côté, tout paiement antérieur au contrat de cession ne génère pas d'obligation de remboursement pour le cessionnaire, sauf accord contraire des parties. D'un autre côté, l'exécution du débiteur en faveur du cédant après la notification de la cession indique une négligence certaine de la part du débiteur et un enrichissement sans cause

pour le cédant. Ces circonstances seront appréciées par la loi applicable conformément aux règles de droit international privé.

5. Clauses relatives au remboursement des coûts supplémentaires

Conformément aux Principes OHADAC, le débiteur a droit à compensation pour les coûts supplémentaires découlant de la cession, sauf accord contraire. La compensation sera à la charge du cédant ou du cessionnaire, établissant une obligation solidaire entre eux conformément aux Principes OHADAC. Cependant, les présents Principes ne se prononcent pas sur la personne devant supporter ces coûts ni sur le fonctionnement des actions de remboursement entre le cédant et le cessionnaire. La loi applicable au contrat déterminera à qui incombe la compensation des coûts supplémentaires en fonction de ce que les parties ont stipulé dans le contrat. Ainsi, par exemple, l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 considère que ces coûts doivent être supportés par le cessionnaire, sauf accord contraire (article 240). Le code civil haïtien (article 1.471) va dans le même sens. Pour ces raisons, il est conseillé de faire allusion au remboursement de ces coûts dans le contrat de ces coûts, au moyen d'une clause telle que celle qui suit :

Clause B : Remboursement des coûts supplémentaires payés

« Le cessionnaire devra rembourser au cédant toute somme payée ou à charge du débiteur au titre des coûts supplémentaires que la cession entraînera. »

Section 2 : Cession d'obligations

Article 8.2.1 : Domaine d'application

- 1. La cession d'une obligation résulte de l'accord du débiteur ou du créancier (« cédant ») avec un tiers (« cessionnaire ») qui accepte d'exécuter l'obligation contractuelle.**
- 2. Cette section ne s'applique pas aux cessions d'obligations soumises à des règles spéciales relatives au transfert conjoint d'une entreprise.**

1. Proposition d'une réglementation fonctionnelle

Les Principes OHADAC sur la cession d'obligations se construisent, tout comme la cession de droits, autour de deux objectifs. Le premier, laisser le plus de place à l'autonomie de la volonté des parties, ce qui est essentiel dans des systèmes tels que le Belize, Trinité-et-Tobago ou le Guyana, et en général dans des systèmes dans lesquels, de par leur tradition anglo-saxonne, il n'existe pas de dispositions légales relatives au transfert d'obligations. Le deuxième, rassembler les règles qui font consensus en droit comparé dans l'OHADAC, en laissant de côté les questions pour lesquelles il n'existe pas de plus petit dénominateur commun. Par conséquent, une réglementation fonctionnelle est envisagée qui n'influe pas trop sur la qualification des accords de cessions d'obligation, ni dans leurs effets à l'égard du tiers non contractant.

Dans cet esprit, les présents Principes proposent une réglementation en sept articles, organisée selon les points d'intérêt particulier pour les parties : conditions requises pour la cession (article 8.2.1 relatif à la définition ; article 8.2.2 relatif aux modalités autorisées de cession ; et articles 8.2.3 et 8.2.4, relatifs aux conditions objectives et subjectives, respectivement) et effets de la cession (article 8.2.5 relatif à la libération du débiteur ; article 8.2.6 relatif aux obligations subsidiaires ; et article 8.2.7, relatif aux obligations solidaires). En tout cas, pour l'application complète des Principes OHADAC, il faut qu'ils aient été choisis tant dans le contrat initial, en particulier pour déterminer la position du débiteur, que dans l'accord de cession, pour régir la relation entre cédant et cessionnaire.

Afin que la réglementation soit utile aux opérateurs sans imposer de solutions qui ne font pas consensus au sein des États OHADAC, des points importants ne sont pas traités, concernant l'information à fournir au créancier pour qu'il accepte la cession ou les situations qui en découlent comme, par exemple, la confusion de dettes ou la réunion en la même personne de la figure du créancier et du débiteur. Ne sont pas régies non plus les conséquences juridiques découlant de la situation d'invalidité ou de nullité des relations juridiques impliquées, sauf pour ce qui concerne la transmission des moyens de défense du cédant ou du cessionnaire. Ainsi, les dispositions traitant de la nullité ou de l'invalidité du contrat duquel découle la dette à assumer (objet du devoir d'assumer la dette). Les effets de la nullité du contrat principal ne sont pas non plus traités, qui lie le débiteur initial au cessionnaire (cause du devoir d'assumer la dette), vu que peu de systèmes comprennent une réglementation sur cette question, hormis les codes civils néerlandais et surinamais (article 6:158). Ne sont pas non plus traitées la nullité ou l'invalidité du contrat même de cession et, dans ce cas, l'hypothèse où l'obligation du débiteur initial réapparaît, sauf pour ce qui concerne les

tiers de bonne foi. Par conséquent, n'est pas traité non plus le cas où le créancier peut solliciter une indemnisation au cessionnaire pour le dommage causé par le non respect de son devoir d'assumer la dette (par exemple par extension des sûretés des tiers de bonne foi). Il n'existe pas d'unanimité sur ce point, bien que certains articles peuvent être signalés comme étant paradigmatiques, comme l'article 816 du code civil costaricain, l'article 1.468 du code civil guatémaltèque, l'article 2.057 du code civil mexicain, les articles 2.097 et 2.103 du code civil nicaraguayen, l'article 1.162 du code civil portoricain et l'article 1.094 du code civil panaméen. Conformément aux règles de droit international privé, la loi applicable déterminera ces indemnisations.

2. Définition et champ d'application

Les présents Principes ne traitent pas exclusivement de la cession des dettes pécuniaires mais de toute obligation fixée au contrat (p. ex. article 1.690 du code civil colombien ; article 9.2.1 PU). La cession d'obligation prend deux formes d'application. D'un côté, il est possible de se référer au contrat par lequel le débiteur initial cède au cessionnaire son obligation d'assumer la dette. Il convient de souligner, d'un autre côté, l'accord d'« expromission » par lequel c'est le créancier, et non pas le débiteur, qui conclut avec le cessionnaire le devoir d'assumer la dette. En dépit de leurs différences notables, ces deux formes d'application ont une conséquence commune, à savoir qu'un tiers assume la dette générée dans le cadre d'une relation préalable avec un autre débiteur. Par conséquent, de nombreux instruments établissent une réglementation présentant un socle commun, comme c'est le cas dans les PU et, de manière plus nuancée, dans le DCFR.

Dans ce contexte, les Principes OHADAC tentent de fournir un mécanisme utile faisant consensus dans les différents systèmes de l'OHADAC en ce qui concerne les cessions contractuelles. Ainsi, ils ne s'appliquent pas aux cessions d'obligations extracontractuelles ou quasi-contractuelles qui n'ont pas été créées par voie contractuelle. En outre, ils ne peuvent être appliqués aux cessions d'obligations soumises à des règles spéciales de transfert concomitant au transfert d'une entreprise ou d'un patrimoine. Ces cessions ne font pas l'objet d'accords individuels de cession d'obligation et elles sont par conséquent exclues des présents Principes (articles 1.465 et 1.466 du code civil guatémaltèque ; article 9.2.2 PU).

Exemple : La société A est titulaire de plusieurs dettes contre les entreprises B, C et D. Lorsque la société A est absorbée par la société E, toutes les dettes de A sont assumées par E. Cette cession est exclue des présents Principes.

Article 8.2.2 : *Types de cession*

1. Le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de :
 - a) la libération du débiteur initial ; ou
 - b) une obligation subsidiaire d'exécution pour le débiteur initial, au cas où le cessionnaire n'exécute pas convenablement sa prestation ; ou
 - c) une obligation solidaire d'exécution pour le débiteur initial et le cessionnaire.
2. Il peut être convenu différents types de cessions pour différentes obligations du même contrat.
3. À défaut d'accord exprès ou tacite sur le type de cession, le débiteur initial et le cessionnaire seront responsables solidairement.

COMMENTAIRE

1. Effets de la cession d'obligations

Plusieurs systèmes de l'OHADAC établissent une classification des types de cession d'obligations (article 1.694 du code civil colombien ; article 2.101 du code civil nicaraguayen ; article 9.2.5 PU ; article III-5:202 DCFR). Même ceux qui, du fait de leur tradition de *common law*, ne procède pas à une telle classification admettent tout type d'accord entre les parties à cet égard à travers la « *novation* » [*Tolhurst v. Associated Portland Cement Manufacturers Ltd* (1902), 2 KB 660 ; [Essar Steel Ltd v The Argo Fund Ltd \(2006\)](#), [EWCA Civ 241](#) ; *Co-Operative Group (CWS) Ltd v Stansell Ltd & Anor* (2006), [EWCA Civ 538](#)].

Dans ces circonstances, les Principes OHADAC se limitent à garantir une autonomie de la volonté des parties maximales. De cette façon, le cédant et le cessionnaire peuvent conclure trois types de cessions qui peuvent figurer dans un même contrat concernant différentes obligations : une libération du débiteur initial, une obligation d'exécution subsidiaire par le débiteur initial ou une obligation solidaire entre le débiteur initial et le cessionnaire. Avant de détailler ces différentes formes, il convient de signaler qu'afin de parvenir à un consensus entre les États OHADAC, l'emploi de terme novateur a été évité, contrairement au DCFR, qui fait référence à la « substitution totale » pour faire allusion à la libération du débiteur, à la « substitution incomplète » pour l'obligation

subsidaire du cessionnaire et à l'« accumulation de débiteurs » pour l'obligation solidaire du cédant et du cessionnaire.

Comme cela a été souligné, la première forme de cession consiste en la libération du débiteur initial, le nouveau débiteur assumant la dette dans son intégralité, sans que ne pèse de responsabilité ou charge quelconque sur le débiteur initial [article 814 du code civil costaricain ; article 1.276 des codes civils français et dominicain ; article 1.462 du code civil guatémaltèque ; article 1.100 du code civil saint-lucien ; ou, dans la « novation » anglaise : *British Energy Power & Trading Ltd & Ors v Credit Suisse & Ors* (2008), EWCA Civ 53 ; *Shell UK Ltd & Ors v Total UK Ltd & Ors* (2010), EWCA Civ 180 ; *Bexhill UK Ltd v Razzaq* (2012), EWCA Civ 1376]. Faute de consensus entre les États de l'OHADAC, les présents Principes ne traitent pas des cas de cessions d'obligations pour lesquelles il existe plusieurs débiteurs initiaux. La loi nationale applicable conformément au droit international privé déterminera, pour les dettes partielles, si le débiteur substitué est le seul à être libéré ou non et le montant de la dette totale qu'il doit assumer. Les obligations solidaires dépendent également de ce que la loi nationale dispose. De nombreux systèmes, en particulier d'influence napoléonienne, établissent la libération de tous les co-débiteurs solidaires en cas de changement de l'un d'eux, sauf si le créancier réclame leur adhésion (articles 1.576 et 1.704 du code civil colombien ; article 819 du code civil costaricain ; article 1.281 des codes civils français et dominicain ; article 1.065 du code civil haïtien ; article 1.409 du code civil hondurien ; article 2.109 du code civil nicaraguayen ; article 1.110 du code civil saint-lucien ; article 1.229 du code civil vénézuélien ; article 1.445 de l'ancien code civil surinamais). La libération du débiteur ne rend pas ce dernier en mesure de garantir la solvabilité *pro futuro* du nouveau débiteur. Toutefois, à défaut d'unanimité, les présents Principes ne régissent pas la responsabilité du débiteur initial pour l'insolvabilité du nouveau débiteur cessionnaire lorsque cette insolvabilité est connue et antérieure à la cession (article 1.276 des codes civils français et dominicain ; article 1.061 du code civil haïtien ; article 1.485 du code civil hondurien ; article 1.092 du code civil panaméen ; article 1.160 du code civil portoricain ; article 1.318 du code civil vénézuélien ; article 1.439 de l'ancien code civil surinamais ; et, avec une portée différente, article 2.053 du code civil mexicain). Cela dépendra de la loi applicable conformément aux règles de droit international privé.

Exemple 1 : A vend des machines industrielles à B, d'une valeur de 1 000 000 \$ payable en 10 versements de 100 000 \$. Après avoir payé 500 000 \$, B revend les machines à C pour 900 000 \$. Il est prévu au contrat qu'il paie un acompte de 400 000 \$ à B (revendeur) et qu'il paie les paiements pendant restant à A (vendeur initial) dans les

délais prévus, libérant ainsi B. Une fois la cession acceptée par A (vendeur initial), l'inexécution de C (cessionnaire) ne donne pas droit à réclamer auprès de B (revendeur) en sa qualité de cédant.

La deuxième forme de cession d'obligation consiste à ce que le débiteur initial maintienne la relation juridique en tant que responsable subsidiaire, au cas où le cessionnaire n'exécute pas correctement ses obligations. Par conséquent, il convient alors de parler de cession de dette non libératoire.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, afin que le vendeur A accepte la cession, il est stipulé dans le contrat que le revendeur B sera responsable subsidiaire, au cas où le nouvel acheteur C n'exécute pas les versements dus au vendeur initial A. Dans ce contexte, en cas de défaut de paiement du cessionnaire C, le vendeur A peut poursuivre le revendeur B en sa qualité de cédant.

La troisième forme de cession d'obligation implique que le débiteur initial est toujours lié par les termes du contrat initialement convenu, avec la particularité qu'il existe un nouveau débiteur. Ce cumul, qui n'est pas une substitution de débiteur, engendre une relation de solidarité entre le nouveau et l'ancien débiteur, qui les rend responsables de la totalité de la dette vis-à-vis du créancier. Bien que cette solidarité soit propre au devoir d'assumer intégralement la dette, elle peut également exister dans le cas où ils n'assument que partiellement la dette, dont le cessionnaire est tenu au même titre que le débiteur initial.

Exemple 3 : Le débiteur A conclut un contrat avec B, faisant de lui le débiteur du créancier C au même titre que le débiteur initial. Le créancier C pourra demander l'exécution tant de A que de B.

Enfin, il convient d'attirer l'attention sur l'expression « le cédant et le cessionnaire peuvent convenir » de la forme opportune de la cession. Il est donc clair que ce sont les parties au contrat de cession, avec le consentement de l'autre partie lorsque cela est nécessaire, qui établissent la forme de la cession. Les Principes OHADAC diffèrent des PU, qui établissent que le « créancier » peut libérer le débiteur, le maintenir ou en faire un codébiteur solidaire. *Prima facie*, il semble que les PU confèrent un droit exclusif et qui exclut le débiteur sans que le cédant et le cessionnaire ne puissent décider de ce point. Au contraire, les Principes OHADAC respectent au maximum l'autonomie de la volonté. Le cédant et le cessionnaire conviennent de la forme de la cession, et il appartient à l'autre partie de consentir ou non à la forme convenue.

2. Silence des parties

Afin de déterminer l'effet voulu par les parties, il convient d'interpréter et de compléter le contrat. Il se peut qu'il existe une volonté implicite des parties, déduite du contenu et du contexte de l'opération, et en particulier de la négociation, des antécédents, du motif et des autres clauses du contrat. C'est le cas, par exemple, des clauses qui régissent les recours du débiteur initial face au nouveau débiteur : il peut en être déduit que si ce recours est fondé sur sa responsabilité solidaire, qui découle d'un accord d'incorporation des débiteurs, ou sur une responsabilité subsidiaire, découlant du transfert d'une dette non libératoire. Il convient également de rappeler que le créancier doit consentir au devoir d'assumer la dette, y compris de ces effets sur le débiteur initial. C'est pourquoi les communications adressées à ce dernier ou les termes du consentement pourront fournir des indices sur la volonté des parties.

Lorsque rien n'a été établi au contrat concernant la forme de la cession et qu'il ne peut pas en être déduit de solution non plus, les Principes OHADAC choisissent, tout comme les PU et le DCFR (article III-5:202), d'établir une responsabilité solidaire entre le débiteur cédant et le cessionnaire. Cela est également déduisible de nombres d systèmes de l'OHADAC dans lesquels le changement ne peut pas être présumé (p. ex. article 815 du code civil costaricain). Cette solution supplétive se justifie par la stabilité et la validité du contrat et, en particulier, du fait que le premier débiteur doive continuer d'être lié au créancier selon les termes convenus initialement. Pour cela, il convient d'établir une responsabilité solidaire entre le débiteur initial et le cessionnaire, ce qui favorise la sécurité juridique et préserve les attentes du créancier. Si, au contraire, la solution supplétive choisie consiste à établir une responsabilité subsidiaire du débiteur initial, il en résulterait une modification disproportionnée des termes du contrat initial, sans que les parties n'aient manifesté une telle intention.

Article 8.2.3 : Conditions relatives aux obligations cédées

1. Peuvent être cédées les obligations relatives au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une prestation non pécuniaire qui répondent aux conditions suivantes :

- a) les obligations existent au moment de la cession ou sont des obligations futures identifiables ; et**
- b) les obligations sont identifiées individuellement ou sont identifiables.**

2. Une obligation peut être cédée totalement ou partiellement, en faveur d'un ou de plusieurs cessionnaires. La cession partielle ou à une pluralité de cessionnaires n'est valable que si le droit cédé est divisible.

COMMENTAIRE

De même que pour les cessions de droits, les obligations peuvent être cédées en contrepartie du paiement d'une dette pécuniaire mais aussi d'une prestation non pécuniaire. Il s'agit d'un principe qui fait consensus dans l'OHADAC et qui vise à respecter l'autonomie de la volonté des parties.

De même, peuvent être cédées les obligations existant au moment de la cession et qui sont individuellement identifiées, mais aussi les obligations futures ou désignées de façon générique, à condition qu'elles soient identifiables par les parties. Contrairement à la cession de droit, il s'agit d'un principe rarement codifié mais qui est en tout cas l'objet d'une pratique contractuelle généralisée et complètement admise.

Enfin, en vue de donner le plus grand rôle aux parties et de réduire la réglementation à un minimum faisant consensus, il convient de souligner qu'une permissivité maximum de la cession des obligations peut entrer en conflit avec les limites posées par les règles impératives et l'ordre public. Cela va jusqu'à permettre que le devoir d'assumer une obligation puisse être transféré au profit d'un ou plusieurs cessionnaires et pour la totalité ou une partie de la dette. La seule condition est que l'obligation soit divisible, car autrement la cession dénature la configuration de l'obligation.

Exemple : A vend un bien de haute technologie à B pour 300 000 \$, payable en trois versements de 100 000 \$. Alors qu'il lui reste deux versements à effectuer, B revend le bien pour une somme de 250 000 \$ à C. Dans le contrat de revente, il est convenu que le racheteur (cessionnaire) doit payer le deuxième versement de 100 000 \$ au vendeur (créancier) et les 150 000 \$ restant au revendeur, qui sera lui-même tenu d'effectuer le troisième versement. Il s'agit d'une cession d'obligation partielle, pour l'un des versements, qui peut être très utile au cédant pour des raisons de trésorerie ou de liquidité.

Article 8.2.4 : Conditions relatives aux parties

- 1. La cession par le créancier n'exige pas le consentement du débiteur, à moins que le contrat :**
 - a) ait prévu ce consentement ; ou**
 - b) ait interdit la cession de droits.**
- 2. La cession par le débiteur exige le consentement du créancier.**
- 3. Le consentement peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.**
- 4. À défaut de consentement, le débiteur initial est toujours obligé envers le créancier. L'exécution par le cessionnaire est régie par les règles applicables à l'exécution par un tiers contenues à l'article 6.1.6 des présents Principes.**

COMMENTAIRE

1. Cession par le créancier

Les Principes OHADAC établissent qu'en cas de cession de l'obligation par le créancier, en règle générale, le consentement du débiteur n'est pas nécessaire. C'est un principe qui fait consensus dans les différents systèmes de l'OHADAC (article 1.690 *in fine* du code civil colombien ; article 1.274 des codes civils français et dominicain ; article 1.459 du code civil guatémaltèque ; article 1.059 du code civil haïtien ; article 1.484 du code civil hondurien ; article 2.096 du code civil nicaraguayen ; article 1.091 du code civil panaméen ; article 1.159 du code civil portoricain ; article 1.103 du code civil saint-lucien ; article 1.316 du code civil vénézuélien ; article 1.437 de l'ancien code civil surinamais ; article 248 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 9.2.3 PU ; article III-5:203 DCFR). Cependant, il existe deux cas pour lesquels le consentement du débiteur est requis, en application de l'autonomie de la volonté des parties. En premier lieu, lorsque les parties l'ont fait figurer au contrat [*Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148]. En deuxième lieu, lorsque les parties ont interdit la cession d'obligations dans le contrat [*Co-Operative Group (CWS) Ltd v Stansell Ltd & Anor* (2006), EWCA Civ 538]. À cet égard, l'interdiction de cession n'empêche pas que la cession soit validée par un

consentement postérieur de l'autre partie. Le consentement du débiteur agit donc comme un accord postérieur qui prévaut sur l'accord antérieur, le contrat initial, qui interdisait la cession. Il est donc reconnu que les contrats ne restent pas figés et peuvent être modifiés par la volonté des parties, qui doit être respectée, conformément à l'objectif prioritaire posé sur ce point par les présents Principes.

Ces deux exceptions mises à part, la cession d'obligations par le créancier constitue un accord au profit d'un tiers, le débiteur bénéficiaire de la cession. Les dispositions relatives à la renonciation de ce droit par le débiteur, prévues à la section deux du chapitre 5 des présents Principes, peuvent donc s'appliquer. Ainsi, cela pourrait produire une responsabilité solidaire entre le cessionnaire, qui lui est bien tenu par l'accord conclu avec le créancier, et le premier débiteur, qui renonce à être libéré (article 1.695 du code civil colombien ; article 2.102 du code civil nicaraguayen).

2. Cession par le débiteur

Les Principes OHADAC reprennent une règle commune à tous les systèmes qui font partie de l'OHADAC, selon laquelle la cession de l'obligation par le débiteur exige le consentement du créancier [article 263 du code civil cubain ; article 1.275 des codes civils français et dominicain ; article 1.459 du code civil guatémaltèque ; article 6:155 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.438 de l'ancien code civil surinamais ; article 1.484 du code civil hondurien ; article 2.051 du code civil mexicain ; article 1.091 du code civil panaméen ; article 1.159 du code civil portoricain ; article 241 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; *Graiseley Properties Ltd & Ors v Barclays Bank Plc & Ors* (2013), EWCA Civ 1372]. Seul le créancier est habilité à libérer ou à modifier l'obligation assumée par un débiteur, étant donné que celui qui est tenu à la dette ne peut pas décider unilatéralement de la cession de l'obligation susceptible de modifier la position du créancier sans son consentement. La nécessité du consentement peut être expliquée à l'aide de deux cas-types :

Dans le premier cas-type, il est convenu d'une libération du débiteur ou d'une relégation de son obligation qui devient subsidiaire. L'exigence du consentement du créancier est commune aux textes internationaux [article 9.2.3 PU ; article 12:101 PECL ; article III– 5:203 (1) DCFR]. La raison principale est que la cession de la dette implique une modification du contrat, dont les parties initiales doivent convenir. Ce consentement joue un rôle essentiel dans les transferts libératoires, dans lesquels le débiteur initial est exonéré de son obligation. Il s'agit clairement d'une modification subjective du contrat si substantielle qu'elle ne peut pas être envisagée sans le consentement de l'autre partie créancière. Le consentement est également essentiel

dans les cas de transfert non libératoires, où le débiteur initial apparaît comme responsable subsidiaire en cas d'inexécution du nouveau débiteur. Effectivement, la position du premier débiteur change : il n'est plus obligé à titre principal, ce qui implique un changement significatif dans les termes du contrat.

Dans le deuxième cas-type, une obligation solidaire est convenue entre le débiteur initial et le cessionnaire. Dans ce cas également, les Principes OHADAC optent pour la solution la plus consensuelle et la moins novatrice, à savoir que même dans les cas où obligation entre le débiteur et le cessionnaire est créée, le consentement du créancier est nécessaire. Il s'agit d'un changement qui peut être significatif pour le créancier et qui l'amènera, par conséquent, à se positionner. Il est vrai que la création d'une obligation solidaire présente l'avantage pour le créancier d'augmenter ses possibilités d'obtenir le paiement. Cependant, cela présente aussi certains inconvénients, dans le cas où du fait de la cession certaines informations confidentielles peuvent être dévoilées. La solution des présents Principes s'écarte d'autres solutions plus novatrices, comme celles contenues dans certains systèmes qui, du fait du cumul des débiteurs au profit du créancier, n'exigent pas le consentement du créancier. D'autres solutions qui permettent un droit d'opposition à la cession n'ont pas été retenues non plus. Par conséquent, son assentiment sera considéré comme acquis à moins qu'il ne manifeste son opposition [article III– 5:203 (3) DCFR].

Dans ce contexte, il convient de rappeler ce qui a déjà été mentionné au sujet des formes de la cession. Elles sont convenues par le cédant et le cessionnaire. Le créancier est le seul habilité à consentir ou non à la forme de cession choisie par le cédant ou le cessionnaire, mais il ne peut pas choisir la forme de cession, à moins que ce droit ne lui ait été conféré par le cédant et le cessionnaire.

3. Forme et moment du consentement

Les paragraphes trois et quatre traitent des règles communes qui s'appliquent au cas où le consentement de l'autre partie est requis. Le paragraphe trois traite plus particulièrement de la possibilité d'un consentement exprès ou tacite, par exemple, pour accepter les paiements partiels ou d'intérêts de la part du nouveau débiteur et en son propre nom (article 1.461 du code civil guatémaltèque ; article 2.052 du code civil mexicain).

Le paragraphe trois prévoit également la possibilité que la partie prête son consentement antérieurement, simultanément ou postérieurement au contrat de cession. Il convient de reproduire ici les indications déjà apportées quant au consentement dans la cession de droits. Comme cela a été indiqué, il peut être

recommandable d'obtenir le consentement du débiteur au moment de la signature de la cession. Dans d'autre cas, le consentement préalable de l'autre partie (9.2.4 PU ; article 12:101 PECL) présente l'avantage pour le cédant et le cessionnaire de pouvoir négocier et conclure le contrat de cession en toute sécurité quant à ses effets, mais il est également vrai que cela comporte le risque de divergence entre les termes acceptés par le débiteur et ceux figurant dans le contrat postérieur. Quant au consentement postérieur au contrat, il présente l'avantage pour l'autre partie de lui permettre de connaître exactement les termes de la cession, mais présente le risque de faire obstacle à la cession en cas d'opposition postérieure du débiteur. Tant que le consentement de l'autre partie n'est pas intervenu, l'accord de cession est considéré comme comprenant une condition suspensive par laquelle l'accord de cession signé ne produira pas d'effet jusqu'à ce que le débiteur l'accepte.

4. Conséquence du défaut de consentement

Il convient d'établir les conséquences du défaut de consentement indispensable, soit du débiteur, soit du créancier. Sur ce point, les Principes retiennent la règle faisant l'objet d'un consensus en considérant que le défaut d'acceptation entraîne que le débiteur initial continue d'être obligé et doit payer la dette au moment convenu. Ils traitent, également, du cas spécifique d'exécution de la part du cessionnaire sans le consentement du créancier, soit parce qu'il n'a pas été obtenu, soit parce qu'il s'agit du devoir d'assumer l'obligation entre le débiteur initial et le cessionnaire, ce qui exclut tout droit de réclamation au créancier. Dans ce cas, l'exécution par le cessionnaire sera traitée de la même manière que les payeurs pour le compte d'un tiers (le débiteur initial) : articles 1.691 et 1.694 du code civil colombien ; article 819 du code civil costaricain ; articles 1.275 et 1.277 des codes civils français et dominicain ; article 1.060 du code civil haïtien ; article 2.101 du code civil nicaraguayen ; article 1.104 du code civil saint-lucien ; article 1441 de l'ancien code civil surinamais ; article 1.317 du code civil vénézuélien ; article 256 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; [North & Anor v Brown & Anor \(2012, EWCA Civ 223\)](#), en lien avec la « *vicarious performance* ». Compte tenu que dans ce cas il n'y a pas eu une véritable cession de l'obligation, mais une simple exécution déléguée, il a été opté pour renvoyer aux règles sur l'exécution pour le compte d'un tiers, contenues à l'article 6.1.6 des présents Principes, à la différence de ce que proposent les PU (article 9.2.6).

Il faut, toutefois, tenir compte du fait que les présents Principes, vu l'absence de consensus entre les systèmes des États de l'OHADAC, ne se prononcent pas sur la validité et sur l'effet des relations juridiques dépourvues de consentement (comme le

fait par exemple l'article 1.487 du code civil hondurien). Ces questions seront régies par la loi applicable conformément aux règles de droit international privé. Ainsi, par exemple, les présents Principes ne déterminent pas la validité de l'accord de cession, intervenu sans consentement. Il faudra s'en tenir aux dispositions entre les parties, vu qu'il leur appartient de concevoir le contrat de cession comme une obligation conditionnée à l'obtention du consentement du créancier. À défaut, le contrat sera résolu, y compris les obligations entre le débiteur et le cessionnaire. Pour résoudre les cas où les parties n'ont rien convenu, il est observé deux tendances dans les systèmes disposant d'une réglementation sur ce point. La première, présente dans des systèmes tels que le code civil allemand, établit uniquement que le fait que le créancier ne donne pas son accord retire tout effet au transfert de l'obligation [§ 415 (2) BGB]. La deuxième, suivie par les PU, nuance cette solution et reconnaît la validité et les effets du transfert entre le débiteur et le cessionnaire, de façon « interne », ce qui génère des droits et obligations entre eux [article 9.2.6 (1) PU]. Aucun droit ou obligation ne sont générés concernant le créancier, puisqu'il n'a pas donné son consentement, et il conserve la possibilité de poursuivre le débiteur initial et non pas le cessionnaire [e 9.2.6 (2) PU]. Si ce dernier paie, fonctionnellement cette exécution sera considérée comme un paiement pour le compte d'un tiers, à laquelle le créancier ne pourra s'opposer à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation personnelle [article 9.2.6 (1) PU].

Dans le cadre des conséquences de la cession sans le consentement de l'autre partie, le cas d'une cession dissimulant qu'il existe une interdiction contractuelle ou une obligation de consentement s'avère particulièrement intéressante. Le cessionnaire pourra se retourner contre le cédant de mauvaise foi ou négligent dans la négociation et dans la conclusion du contrat de cession.

Article 8.2.5 : *Libération du débiteur initial*

- 1. En cas de libération du débiteur initial, ses moyens de défense à l'égard du créancier peuvent être opposés par le cessionnaire.**
- 2. Les moyens de défense du cessionnaire à l'égard du débiteur initial ne peuvent pas être opposés au créancier.**
- 3. Les créances du cessionnaire peuvent être compensées avec celles du créancier. Néanmoins, les**

créances du débiteur initial ne seront pas objet de compensation après sa libération.

4. La libération du débiteur initial éteint les sûretés prévues pour l'exécution, sauf manifestation de volonté contraire du garant.

COMMENTAIRE

1. Moyens de défense du débiteur initial

Dans les systèmes des États de l'OHADAC, l'attribution au cessionnaire de tous les moyens de défense dont disposait le débiteur initial est communément acceptée [article 265 du code civil cubain ; articles 1.463 et 1.467 du code civil guatémaltèque ; article 2.056 du code civil mexicain ; article 242 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 9.2.7 PU ; article 12:102 PECL ; article III-5:205 (1) DCFR]. Par conséquent, il s'agit d'une transmission totale de la relation juridique fondée sur le fait que le cessionnaire acquiert les mêmes obligations et les mêmes moyens de défense que ceux dont disposait le débiteur initial. L'intégrité du transfert est positive pour le nouveau débiteur, qui aura connaissance préalablement de tous les moyens de défense dont il dispose, mais elle n'engendre pas de risques non plus pour le créancier, dont la situation contractuelle n'est pas modifiée.

Exemple : A conçoit et fabrique une machine industrielle pour B d'une valeur de 500 000 \$. B doit payer la moitié au moment de la commande et l'autre au moment de la livraison. Avant la livraison de la machine, B la revend à C, qui assume la dette auprès du fabricant. Si le fabricant A exige le paiement à C, celui-ci peut s'y opposer tant que le fabricant n'a pas livré la machine (*exceptio non adimpleti contractus*), dans les mêmes conditions d'opposition que celles dont B disposait.

Il convient de rappeler, en tout cas, que ces relations triangulaires résultent souvent du consentement de toutes les parties : des débiteurs, en tant que signataires du contrat de cession, et du créancier, car il a donné son accord pour le transfert. Cela signifie que, dans la majorité des systèmes, les parties disposent de certains moyens de défense. Les débiteurs pourront convenir dans le contrat de réduire les moyens de défense, par rapport à ce que le créancier pourrait facilement consentir car étant bénéfique pour lui. Le créancier pourra également : a) consentir à une extension des moyens de défense du nouveau débiteur, acceptant une modification contractuelle de sa situation ; ou b) accepter la cession à condition que la portée des moyens de défense du nouveau débiteur soit réduite ou modifiée. Dans ce dernier cas, la prise

d'effet du contrat de transfert sera inhérente au fait que les débiteurs auront ou non insérer les demandes du créancier.

De même, il faut prendre en compte que la loi applicable conformément aux règles de droit international privé peut nuancer cette solution. Ainsi, la loi nationale déterminera s'il existe des exceptions personnelles qui, par conséquent, ne peuvent pas faire l'objet de transfert (article 1.467 du code civil guatémaltèque ; article 2.056 du code civil mexicain). En outre, la loi nationale déterminera si le transfert s'étend aux exceptions qui sont nées après la substitution sans le consentement du créancier.

Enfin, la loi nationale qui régit le contrat entre le créancier et le débiteur (contrat d'« expromission ») déterminera les moyens de défense dont le nouveau débiteur disposera à l'encontre du créancier. Cette hypothèse n'a pas été traitée par les présents Principes car il s'agit d'une question purement contractuelle et qui dépend du contrat signé par le créancier et le nouveau débiteur, sans concerner les tiers au contrat, qui est le cas que visent les présents Principes.

2. Moyens de défense existant entre les débiteurs

Il s'agit d'un principe commun dans les États de l'OHADAC, le cessionnaire ne peut invoquer aucun moyen de défense à l'encontre du créancier, qui serait lié au contrat de cession conclu entre l'ancien et le nouveau. Cela s'explique par le fait que de tels moyens naissent d'une relation à laquelle le créancier n'a pas participé, qui ne peut pas modifier sa situation contractuelle, sauf stipulation contraire. En particulier, le cessionnaire ne peut opposer au créancier l'inexécution du contrat de transfert de dette par l'ancien débiteur, la *exceptio non adimpleti contractus*. Une inexécution de ce type appartient à la sphère des relations des deux débiteurs et est étrangère au débiteur.

Exemple : A vend une machine industrielle à B d'une valeur de 600 000 \$, dont 200 000 \$ doivent être payés au moment de la commande, 200 000 \$ au moment de la livraison et 200 000 \$ dans les deux ans. Une fois la machine livrée et deux des trois versements payés, B revend la machine à C, qui assume la dette auprès du fabricant. Celui-ci peut exiger le paiement de C (racheteur et cessionnaire), sans que celui-ci ne puisse refuser en invoquant que B (revendeur et cédant) ne lui a pas livré la machine.

D'un point de vue transnational, les PU restent silencieux sur ce point, mais l'impossibilité d'opposer au créancier les exceptions nées de la relation entre les débiteurs découle du fonctionnement général de leurs règles et d'une interprétation *à sensu contrario* de leur article 9.2.7 (qui ne permet d'opposer que les exceptions nées de la relation entre le créancier et le débiteur initial). De son côté, le DCFR établit

l'interdiction, dans le cadre d'une substitution complète ou partielle, pour le nouveau débiteur d'invoquer des exceptions ou des droits nés du contrat de délégation signé par le débiteur initial [articles III-5:205 (3) et III-5:207 (1)].

3. Compensation de créances

Il convient de mentionner le régime de la compensation des créances dans le cadre d'une cession de dette pécuniaire. Dans ce sens, la compensation de créances du cessionnaire semble possible, puisque le créancier a consenti à la cession et a donc accepté cette forme éventuelle de paiement. Toutefois, cette règle peut varier, du fait de l'autonomie de la volonté des parties (*novation agreements*), en respectant au maximum les systèmes de tradition anglo-saxonne, comme le Belize, Trinité-et-Tobago ou le Guyana, qui n'ont pas codifié cette règle [*Hughes v Groveholt Ltd* (2005), EWCA Civ 897]. Ainsi, en premier lieu, si le contrat initial entre le créancier et le débiteur exclut la possibilité de compenser les créances, cette exclusion est opposable au cessionnaire. Il convient de rappeler que le cessionnaire est tenu d'exécuter son obligation dans les conditions initialement prévues avec le premier débiteur. En deuxième lieu, au contraire, il est possible que le tiers soit seulement disposé à assumer la dette s'il est prévu qu'il pourra éventuellement compenser les créances qu'il aura, ce qui n'aura d'effets que si le créancier l'accepte. En troisième lieu, il est également possible que le créancier accepte le transfert à la condition qu'il ne soit pas assorti de droits de compensation. Par exemple, dans les cas où le créancier n'a pas inséré cette clause dans le contrat initial, n'ayant aucune relation préalable avec le débiteur initial, contrairement au tiers cessionnaire, avec lequel il a bien eu une relation commerciale préalable. D'un point de vue transnational, ni les PU ni le DCFR ne se prononcent sur cette compensation de créances du créancier et du débiteur cessionnaire. Néanmoins, parmi les règles générales de compensation figure le droit du cessionnaire d'invoquer la compensation de sa propre créance avec celle du créancier.

Après avoir analysé la compensation de créances du cessionnaire, les présents Principes abordent la compensation de créances du débiteur initial. Il est communément accepté qu'une fois le débiteur initial libéré, le nouveau débiteur ne peut invoquer aucun droit de compensation auquel le débiteur initial avait droit. Ce n'est pas en vain que le débiteur initial est libéré et qu'il n'est plus responsable vis-à-vis du créancier. Les créances lui appartenant ne peuvent donc être invoquées par le cessionnaire. Par conséquent, le cessionnaire peut uniquement invoquer les droits de compensation concernant les créances dont il est lui-même titulaire. Cela revêt également une importance pratique pour le créancier qui consentira à la substitution

de débiteurs. Si, après que la substitution ait eu lieu, le débiteur initial réclame au créancier le paiement des créances non rattachées à la substitution, le créancier est tenu de payer. Il ne pourra pas invoquer la compensation de créances du fait que son débiteur a été entièrement substitué et libéré. Les PU (article 9.2.7) et le DCFR [article III-5:205 (2)] se positionnent dans la même ligne en établissant que le débiteur cessionnaire ne peut exercer aucun droit de compensation dont disposait le débiteur initial à l'égard du créancier.

4. Extinction des sûretés

Il existe un principe commun aux États de l'OHADAC, selon lequel la cession des obligations implique l'extinction de toute sûreté personnelle ou réelle que ce débiteur aurait conféré au créancier pour garantir l'exécution (article 1.701 du code civil colombien ; article 820 du code civil costaricain article 264 du code civil cubain ; articles 1.278, 1.279 et 1.281 des codes civils français et dominicain ; article 1.063 du code civil haïtien ; article 6:157 des codes civils néerlandais et surinamais ; articles 1.443 et 1.445 de l'ancien code civil surinamais ; article 1.463 du code civil guatémaltèque ; article 2.055 du code civil mexicain ; article 2.106 du code civil nicaraguayen ; article 1.108 du code civil saint-lucien ; article 1.321 du code civil vénézuélien ; article 243 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Il s'agit d'un principe commun en droit comparé, qui se base sur le fait que le garant donne une garantie en fonction du risque qui pèse sur l'exécution ou non de l'obligation (solvabilité ou insolvabilité) par le débiteur initial. L'apparition d'un nouveau débiteur introduit une variable extérieure pour le garant, qui n'a pas participé à la négociation pour le transfert du devoir d'assumer l'obligation ni n'a pu calculer *ex ante* le risque d'insolvabilité du cessionnaire. Ce sera la loi nationale fixée par les règles de droit international privé qui déterminera si l'extinction a lieu, et même dans le cas où la cession sera déclarée ultérieurement nulle ou sans effet.

Néanmoins, ce principe général présente une exception : la sûreté rattachée à l'exécution par le cessionnaire est maintenue, si le garant, qu'il s'agisse du débiteur initial lui-même ou d'un tiers, accepte qu'elle le soit. Cette exception existe dans les PU (article 9.2.8), dans les PECL (article 12:102), dans le DCFR [article III-5:205 (5)] et dans une grande partie des systèmes de l'OHADAC (p. ex. article 820 du code civil costaricain ; article 1.463 du code civil guatémaltèque ; article 2.055 du code civil mexicain ; article 2.106 du code civil nicaraguayen ; article 1.443 de l'ancien code civil surinamais ; article 1.108 du code civil saint-lucien ; *Caterpillar Financial Services Ltd v Goldcrest Plant & Groundworks Ltd & Ors* (2007), EWCA Civ 272 ; *Rhodia International Holdings Ltd Rhodia UK Ltd v Huntsman International Llc* (2007), EWHC 292]. À défaut

de choix clair et unanime dans les différents systèmes étudiés, les Principes OHADAC n'ont pas introduit de deuxième exception, selon laquelle la garantie ne s'éteint pas si le garant est le nouveau débiteur [article 9.2.8 PU ; article 12:102 PECL ; article III-5:205 (5) DCFR]. En tout cas, l'absence de disposition sur ce point est aisément résolue au moyen d'une acceptation de la part du créancier, à condition que le nouveau débiteur maintienne pour lui les garanties qu'il avait apportées à l'ancien débiteur. Les présents Principes n'ont pas, non plus, introduit une troisième exception selon laquelle la garantie est conservée si elle porte sur un bien transmis du débiteur initial au cessionnaire, préalablement ou simultanément à la cession d'obligations. Cela s'explique par le fait que certains systèmes, par exemple le nicaraguayen, impose l'extinction de la garantie et la constitution d'une nouvelle (articles 2.107 et 2.108 du code civil). En tout cas, et comme cela sera vu *infra*, il est recommandé d'insérer une clause contractuelle dans ce sens, du fait de sa fonction juridico-économique importante.

Article 8.2.6 : *Obligation subsidiaire du débiteur initial*

- 1. Lorsque le débiteur initial devient subsidiairement obligé, le cessionnaire aura les droits et les obligations prévus à l'article précédent.**
- 2. Le débiteur initial, quand il est responsable subsidiairement, pourra invoquer la compensation de ses propres créances.**
- 3. Les sûretés établies avant la cession garantissent l'exécution subsidiaire du débiteur initial.**

COMMENTAIRE

1. Situation du cessionnaire

Lorsque le débiteur initial convient d'une obligation d'exécution subsidiaire, le cessionnaire détiendra les droits et obligations prévus à l'article précédent. En effet, le cessionnaire se positionne comme le « responsable principal » de la dette, tandis que le débiteur initial se positionne comme le responsable subsidiaire. Il est donc logique que le cessionnaire, le débiteur principal, puisse opposer au créancier toutes les exceptions dont disposait le débiteur initial, évitant ainsi que les moyens de défense ne soit relégués au second plan dans le cas où le débiteur initial engagerait une

demande subsidiaire. Il est également logique que le cessionnaire ne puisse opposer au créancier aucune exception découlant de la relation entre lui-même et le débiteur initial. Mais aussi que le cessionnaire ne puisse invoquer de droit de compensation appartenant au débiteur initial, car cela produirait une irrégularité dans le paiement effectué avec des biens extérieurs à la nouvelle relation contractuelle : ceux du débiteur initial.

2. Situation du débiteur initial

Contrairement à ce qui a été établi précédemment, les présents Principes reprennent l'idée selon laquelle le débiteur initial change par rapport à l'article précédent, puisqu'il n'a pas été libéré et qu'il demeure débiteur subsidiaire. Dans ce contexte, si le nouveau débiteur n'effectue pas le paiement et que le créancier demande subsidiairement le paiement à l'ancien débiteur, celui-ci pourra, à ce moment précis, invoquer son droit à la compensation puisqu'il oppose une créance propre. À cet égard, les PU gardent le silence et le DCFR n'est pas très clair non plus, puisqu'il se contente de prévoir que, dans le cadre d'une substitution incomplète, le régime de compensation applicable sera le même que pour la substitution complète [article III-5:207 (1)], ce qui signifie que la compensation ne pourra pas se faire avec des créances du débiteur initial. Cela est justifié lorsque cela empêche le nouveau débiteur de compenser les créances appartenant au débiteur initial. Mais cela n'est pas suffisant, car il n'est pas fixé sur le fait différencié de la substitution partielle, à savoir, que le débiteur initial est le responsable subsidiaire et qu'en tant que tel il pourra invoquer la compensation avec ses propres créances.

Exemple 1 : A, le créancier, accepte que B, le débiteur, cède une dette de 100 000 \$ à C, le cessionnaire, à condition que le cédant B demeure responsable subsidiaire de l'inexécution du cessionnaire. Le cédant B dispose également d'une créance contre le créancier A, d'une valeur de 80 000 \$. Lorsque le créancier A demande le paiement du cessionnaire C, celui-ci ne peut invoquer la compensation. Mais si le cessionnaire C ne paie pas et que A se retourne contre le cédant B, le débiteur subsidiaire, celui-ci pourra invoquer la compensation avec sa propre créance.

Cette même logique est applicable aux sûretés prévues avant la cession, qui garantissent l'exécution du débiteur initial lorsque cela sera réclamé de façon subsidiaire (article 243 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Les sûretés doivent avoir le même sort que l'obligation principale à laquelle elles sont rattachées, dans le cas présent, l'inexécution du débiteur initial. En effet, il serait disproportionné que ces sûretés s'éteignent si la responsabilité du débiteur initial qu'elles garantissent ne s'est pas éteinte. *L'iter* de la réclamation est donc le

suivant : en cas d'inexécution du nouveau débiteur, réclamation au débiteur initial ; en cas d'inexécution de celui-ci, et hormis les sûretés à première demande, réclamation au tiers garant. Cette approche a été reprise par le DCFR (article III-5:207). Elle peut également être déduite des PU à travers une interprétation *a sensu contrario* des dispositions relatives à l'extinction des sûretés en cas de libération du débiteur (article 9.2.8). Logiquement, ce qui précède n'empêche pas le tiers garant d'accepter une modification de la garantie, de sorte qu'il viendra garantir l'exécution du débiteur cessionnaire.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, A, le créancier, accepte que B, le débiteur, cède une dette de 100 000 \$ à C, à condition que le cédant B demeure responsable subsidiaire de l'inexécution du cessionnaire. La dette était garantie par D. Si le cessionnaire C ne paie pas, le créancier A peut se retourner contre le cédant B. Si celui-ci ne paie pas non plus, A pourra réaliser la sûreté.

Article 8.2.7 : *Obligation solidaire entre le débiteur et le cessionnaire*

- 1. Lorsque le débiteur initial devient obligé solidairement, le droit du cessionnaire à opposer les moyens de défense du débiteur initial, le droit de compensation et les effets sur les sûretés seront régis par les règles relatives aux obligations solidaires.**
- 2. Les moyens de défense du cessionnaire à l'encontre du débiteur cédant sont opposables au créancier conformément aux règles relatives aux stipulations pour autrui. Le cessionnaire sera considéré comme promettant, le débiteur original comme stipulant et le créancier comme bénéficiaire.**

COMMENTAIRE

1. Logique de la responsabilité solidaire

La majorité des systèmes de l'OHADAC et des instruments internationaux ne mentionnent pas expressément les exceptions découlant des cas de responsabilité solidaire entre le débiteur initial et le cessionnaire. De ce fait, les présents Principes renvoient aux règles générales relatives aux obligations solidaires qui, comme c'est le cas pour le DCFR (article III-4:112) et les PU (article 11.1.4), permettent à chaque co-

débiteur d'opposer ses propres exceptions, ou celles communes à tous les co-débiteurs.

Dans la même ligne, le nouveau débiteur et le débiteur initial peuvent compenser leurs propres créances avec le créancier, éteignant ainsi leur obligation auprès des autres co-débiteurs. C'est ce que prévoient d'autres textes internationaux, comme le DCFR, qui, en renvoyant aux règles relatives à la pluralité de débiteurs [article III-5:209 (2)], offre une solution claire en ce qui concerne le fait que la compensation par l'un des débiteurs éteigne l'obligation des autres [article III-4:108 (1)]. Bien que les PU ne prévoient rien de manière expresse, il existe un renvoi aux règles relatives à la solidarité, en particulier à l'article 11.1.5, qui prévoit l'extinction de l'obligation par la compensation de créances de l'un quelconque des co-débiteurs.

Exemple 1 : Le créancier A réclame la dette à un nouveau débiteur C, introduit solidairement par le débiteur initial B. Le nouveau débiteur lui oppose la compensation avec une créance dont il est titulaire contre lui, ce qui entraîne l'extinction de l'obligation tant du nouveau débiteur C que de l'ancien débiteur B.

Le débiteur poursuivi, qu'il s'agisse du débiteur initial ou du débiteur introduit solidairement, ne peut opposer des exceptions qui ne seraient pas communes aux autres débiteurs. De même, il ne pourra pas opposer la compensation de créances d'autres co-débiteurs, vu qu'elles ne font plus partie de son propre patrimoine.

Exemple 2 : Reprenant les faits de l'exemple 1, le créancier A réclame la dette au débiteur initial B et non pas au nouveau co-débiteur C, introduit solidairement et titulaire d'une créance contre A. Le débiteur initial est tenu de payer sans pouvoir invoquer la compensation de créances d'autres débiteurs. Ainsi, le créancier A pourra obtenir des liquidités et éviter que ne soit invoquée la compensation de créances.

Enfin, concernant les sûretés, vu que la situation du débiteur initial n'est pas modifiée et qu'il continue d'être responsable de l'exécution de manière solidaire, les sûretés qui garantissent son exécution subsistent (p. ex. article 1.702 du code civil colombien ; article 243 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013).

2. Logique de la stipulation en faveur pour autrui

Si le cessionnaire est obligé solidairement avec le débiteur cédant en concluant un accord avec lui, il se trouve fonctionnellement engagé au moyen d'une « stipulation pour autrui », le créancier (bénéficiaire), avec lequel il n'a établi aucune relation directe. Les présents Principes, dans la même ligne que le DCFR [article III-5:209 (1)], permettent donc au débiteur qui est ajouté d'invoquer les exceptions dont il dispose à l'égard du débiteur initial. Pour ce créancier il n'existe aucun préjudice, et sa situation

contractuelle est identique à celle qu'il avait avant l'ajout, situation dans laquelle il n'était engagé qu'à l'égard du premier débiteur. Comme cela peut être observé, l'inopposabilité à l'encontre du créancier des exceptions entre débiteurs, qui existe dans les cas de libération du débiteur initial ou de fixation d'une obligation subsidiaire, ne s'applique pas dans ces cas. Il n'existe pas de « cession » de l'obligation à proprement parler mais une obligation assumée conjointement et solidairement par le débiteur initial et le nouveau débiteur.

Exemple : Le créancier A dispose d'une créance contre le débiteur initial B. Celui-ci convient avec C de son ajout en tant que co-débiteur solidaire, en échange de la prestation de certains services de la part du débiteur initial B. Étant donné que ce dernier ne fournit pas les services convenus, le nouveau débiteur C peut opposer la *exceptio non adimpleti contractus* au créancier A lorsque celui-ci réclame au nouveau débiteur.

CLAUSES SPÉCIFIQUES RELATIVES À LA CESSION D'OBLIGATIONS

1. Clauses relatives à la forme de la cession d'obligations

Comme cela a déjà été indiqué, les présents Principes laissent la liberté au cédant et au cessionnaire de convenir de la forme des obligations qu'ils estiment opportune, sans préjudice que le consentement de l'autre partie soit parfois requis. Ainsi, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de la libération du débiteur initial, qui est alors exonéré de toute responsabilité à l'égard du créancier.

Clause A : Libération du cédant

« Le cessionnaire assume la dette mentionnée dans la clause [indiquer le numéro]. Le cédant est libéré et ne peut aucunement être tenu responsable à l'égard du créancier. »

En outre, les parties peuvent convenir que le cédant demeure débiteur subsidiaire au cas où le cessionnaire n'exécute pas son obligation.

Clause B : Obligation subsidiaire du cédant

« Le cessionnaire assume la dette mentionnée dans la clause [indiquer le numéro]. Le cédant ne pourra être poursuivi par le créancier que dans le cas où le cessionnaire ne paie pas intégralement la dette mentionnée. »

Cette clause ne prévoit pas la libération du débiteur initial, mais son obligation est reléguée au second plan et il n'est donc plus le débiteur principal.

Enfin, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir d'une relation de solidarité entre eux, de sorte que le créancier pourra réclamer l'intégralité de la dette à l'un quelconque des co-débiteurs sans préjudice des actions de remboursement.

Clause C : Obligation solidaire entre co-débiteurs

« Le cessionnaire assume la dette mentionnée dans la clause [indiquer le numéro]. Le cédant demeure tenu au régime de la solidarité à l'égard du créancier. »

Malgré le choix opéré par les présents Principes en cas de silence des parties sur ce point, il est vivement recommandé d'insérer une clause de ce type dans le contrat de cession.

2. Clauses relatives au consentement à la cession du débiteur

Comme cela a été souligné, les Principes OHADAC régissent la cession d'obligations par le débiteur ou par le créancier lui-même. Dans ce dernier cas, la règle générale établit qu'aucun consentement du débiteur n'est requis, sauf stipulations contraires au contrat.

La première stipulation contraire peut concerner l'interdiction de cession d'obligation, par exemple :

Clause A : Interdiction de cession d'obligations

« La cession de l'une quelconque des obligations établies dans le présent contrat est interdite. »

Ce type de clauses est peu courant, car la cession d'obligations par le créancier intéresse habituellement les deux parties. D'une part, le créancier, puisqu'il conserve sa libre volonté de céder l'obligation pour les raisons qu'il estime opportunes. D'autre part, le débiteur, car la cession peut le libérer de ses obligations. Néanmoins, insérer cette clause au contrat produirait deux conséquences. En premier lieu, toute cession d'obligations par le créancier nécessitera le consentement du débiteur, de sorte que l'interdiction initiale insérée au contrat est considérée comme ayant été modifiée si le débiteur consent à une cession postérieure. En deuxième lieu, si le créancier cède l'obligation sans le consentement du débiteur, cela pourrait donner lieu à une réparation en dommages et intérêts.

La deuxième possibilité, plus souple que la précédente, consiste à ce que les parties prévoient expressément dans le contrat que le consentement du débiteur est requis. Cette même situation apparaît lorsque la clause mentionne non pas le consentement du débiteur mais « l'accord des parties ».

Clause B : Consentement obligatoire à la cession de la part du débiteur

« La cession de toute obligation établie dans le présent contrat exigera l'accord écrit des parties. »

Dans ces cas, la volonté du créancier est claire du simple fait d'avoir signé la cession, et le consentement du débiteur est par conséquent obligatoire. Un droit d'opposition peut, de la même manière, être conféré au débiteur dans un délai déterminé. Ainsi, par exemple:

Clause C : Droit d'opposition à la cession de la part du débiteur

« La cession de l'une quelconque des obligations établies au contrat n'exigera pas l'accord des parties.

Cependant, la partie débitrice de l'obligation pourra s'opposer à la cession dans un délai de [indiquer le délai] à compter du jour où elle a reçu notification de cette cession. »

Concernant cette dernière clause, s'il ne manifeste pas son opposition, le silence du débiteur vaudra acceptation de la cession. Alors que cela a été consacré comme une règle par le DCFR (article III-5:202), vu l'absence de règle claire dans les États de l'OHADAC, il est préférable de prévoir une simple recommandation comme une clause contractuelle.

3. Déclarations relatives à l'acceptation de la cession

Les présents Principes exigent l'acceptation de l'autre partie dans le contrat initial dans les cas prévus par la loi, dont celui qui revêt la plus grande importance est celui où le consentement du créancier est exigé pour la cession convenue entre le débiteur initial et un tiers. Les déclarations d'acceptation revêtent donc une importance majeure pour le fonctionnement de la cession. À cet égard, il convient de rappeler que le créancier peut accepter la cession mais ne peut décider des modalités de cession, à moins qu'un tel droit ne lui ait été conféré par le cédant et le cessionnaire. Les présents Principes rejettent les affirmations (fort) discutables comme celles des PU, selon lesquelles « Le créancier peut libérer le débiteur originaire » ou « Le créancier peut également conserver le débiteur originaire comme débiteur » (article 9.2.5). À la place, les Principes OHADAC et leurs clauses et déclarations mettent en évidence le fait que le choix de la modalité de la cession relève des parties au contrat (cédant et cessionnaire). Le créancier a simplement la faculté de l'accepter, la refuser, ou d'effectuer une contre offre

Ainsi, la première possibilité passe par l'acceptation de la cession dans les termes et conditions qui auront été notifiés à l'autre partie. Il est donc important d'insérer dans la déclaration d'acceptation les documents dans lesquels figurent les termes de la cession, ainsi que la mention que tout changement des termes et conditions doit être notifié à l'autre partie afin qu'elle fasse part de son acceptation ou non. Au regard de ce qui précède, la déclaration suivante est recommandée :

Déclaration A : Acceptation de la cession

« M. [noms et prénoms], titulaire du passeport [indiquer], de nationalité [indiquer], majeur, domicilié à [indiquer], et représentant la société commerciale [dénomination sociale], constituée par un acte délivré par M. [nom de l'autorité ayant délivré l'acte] notaire de [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date] sous le numéro des minutes [indiquer le numéro des minutes], sise à [indiquer

l'adresse complète], immatriculée au Registre du Commerce de [indiquer la ville, le pays et les circonstances de l'inscription : tome, général, folio, page, numéro d'inscription] et dont le numéro d'identification fiscale est [indiquer le numéro], DÉCLARE :

1^o. ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans les termes et les conditions établis dans le document figurant en annexe de la présente déclaration [joindre le document signé par le cédant ou par le cessionnaire dans lequel la cession est notifiée et contenant les conditions de celle-ci].

2^o. Que tout changement des termes et des conditions de la cession figurant dans le document annexé à la présente déclaration devra être notifié au signataire afin qu'il fasse part de son acceptation ou non.

Déclaration faite à [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date]. »

La deuxième possibilité de l'autre partie initiale, qui est normalement le créancier, consiste à ne pas accepter la cession dans les termes et conditions qui lui ont été notifiées. Il n'est pas véritablement nécessaire d'avoir une déclaration d'opposition à la cession, vu que celle-ci résulte du silence. Néanmoins, une déclaration expresse de l'autre partie fournit davantage de sécurité juridique aux parties. Elle présente de ce fait, deux avantages. Pour le cédant et le cessionnaire, elle évite des retards injustifiés, qui produiront si ceux-ci attendent, et ce, même après la cession de l'accord, pour avoir connaissance de la décision de l'autre partie. Pour cette autre partie, la déclaration peut être utile afin d'éviter tout doute sur une acceptation tacite, s'il est déclaré qu'aucun acte passé ou à venir ne pourra valoir acceptation. En définitive, il est recommandé d'insérer une déclaration comme suit :

Déclaration B : Opposition à la cession

« M. [noms et prénoms], titulaire du passeport [indiquer], de nationalité [indiquer], majeur, domicilié à [indiquer], et représentant la société commerciale [dénomination sociale], constituée par un acte délivré par M. [nom de

l'autorité ayant délivré l'acte] notaire de [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date] sous le numéro des minutes [indiquer le numéro des minutes], sise à [indiquer l'adresse complète], immatriculée au Registre du Commerce de [indiquer la ville, le pays et les circonstances de l'inscription : tome, général, folio, page, numéro d'inscription] et dont le numéro d'identification fiscale est [indiquer le numéro], DÉCLARE :

1^o. NE PAS ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans les termes et les conditions établis dans le document figurant en annexe de la présente déclaration [joindre le document signé par le cédant ou par le cessionnaire dans lequel la cession est notifiée et contenant les conditions de celle-ci].

2^o. Qu'aucun acte, passé ou à venir, réalisé par le signataire ne pourra valoir acceptation tacite de ladite cession.

Déclaration faite à [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date]. »

Il existe une troisième possibilité, qui consiste pour l'autre partie à conditionner son acceptation sur une modification des termes du contrat de cession et particulièrement sur les modalités de cession. À cet égard, il est courant que l'intérêt du cédant et du cessionnaire consiste à libérer le débiteur initial, exonéré de toute obligation d'exécution. Au contraire, l'intérêt du créancier portera habituellement sur l'articulation d'une responsabilité solidaire entre le nouveau débiteur et le débiteur initial, afin d'augmenter les chances d'exécution de l'obligation. À cet effet, les options pour l'autre partie sont diverses, parmi lesquelles une opposition à la cession, accompagnée d'une invitation à modifier les termes du contrat de cession. Après la modification, la cession sera de nouveau proposée à l'autre partie pour qu'elle donne son avis définitif. Dans ces cas, il est recommandé d'insérer une déclaration comme suit :

Déclaration C : Opposition à la cession et invitation à négocier

« M. [noms et prénoms], titulaire du passeport [indiquer], de nationalité [indiquer], majeur, domicilié à [indiquer], et représentant la société commerciale [dénomination sociale], constituée par un acte délivré par M. [nom de l'autorité ayant délivré l'acte] notaire de [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date] sous le numéro des minutes [indiquer le numéro des minutes], sise à [indiquer l'adresse complète], immatriculée au Registre du Commerce de [indiquer la ville, le pays et les circonstances de l'inscription : tome, général, folio, page, numéro d'inscription] et dont le numéro d'identification fiscale est [indiquer le numéro], DÉCLARE :

1^o. NE PAS ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans les termes et les conditions établis dans le document figurant en annexe de la présente déclaration [joindre le document signé par le cédant ou par le cessionnaire dans lequel la cession est notifiée et contenant les conditions de celle-ci].

2^o. Qu'aucun acte, passé ou à venir, réalisé par le signataire ne pourra valoir acceptation tacite de ladite cession dans les termes et les conditions établis dans le document ci-annexé.

3^o. M'engager à reconsidérer l'acceptation de la cession de la dette mentionnée si le cédant et le cessionnaire modifient les termes énoncés dans le document figurant en annexe de la présente déclaration et conviennent que le cédant [option 1 : demeure engagé au titre du régime solidaire pour la totalité de la dette / option 2 : peut être poursuivi en paiement dans le cas où le cessionnaire ne paierait pas la totalité de la dette mentionnée].

Déclaration faite à [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date]. »

Une dernière option serait l'acceptation par anticipation de la cession par l'autre partie, sous réserve d'insérer la condition imposée, qui est normalement le maintien

du débiteur initial comme débiteur solidaire ou subsidiaire. Il convient de préciser que, s'il n'accepte pas la condition, il s'agit d'une opposition à la cession. Ainsi, par exemple :

Déclaration D : Acceptation conditionnée

« M. [noms et prénoms], titulaire du passeport [indiquer], de nationalité [indiquer], majeur, domicilié à [indiquer], et représentant la société commerciale [dénomination sociale], constituée par un acte délivré par M. [nom de l'autorité ayant délivré l'acte] notaire de [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date] sous le numéro des minutes [indiquer le numéro des minutes], sise à [indiquer l'adresse complète], immatriculée au Registre du Commerce de [indiquer la ville, le pays et les circonstances de l'inscription : tome, général, folio, page, numéro d'inscription] et dont le numéro d'identification fiscale est [indiquer le numéro], DÉCLARE :

1^o. Si et seulement si le cédant [option 1 : demeure engagé au titre du régime solidaire pour la totalité de la dette / option 2 : peut être poursuivi en paiement dans le cas où le cessionnaire ne paierait pas la totalité de la dette mentionnée], ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans le document figurant en annexe de la présente déclaration [joindre le document signé par le cédant ou par le cessionnaire dans lequel la cession est notifiée et contenant les conditions de celle-ci].

2^o. Que tout changement des termes et des conditions de la cession figurant dans le document annexé à la présente déclaration et différent des conditions établies au paragraphe 1^o devra être notifié au signataire afin qu'il fasse part de son acceptation ou non.

3^o. Si les conditions établies au paragraphe 1^o ne sont pas respectées, NE PAS ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans les termes et les conditions établis dans

le document figurant en annexe de la présente déclaration.

4^o. Si les conditions établies au paragraphe 1^o ne sont pas respectées, qu'aucun acte, passé ou à venir, réalisé par le signataire ne pourra valoir acceptation tacite de ladite cession dans les termes et les conditions établis dans le document ci-annexé.

Déclaration faite à [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date]. »

4. Clauses relatives aux sûretés en cas de cession

Les Principes OHADAC retiennent comme principe fondamental que la cession de dette implique l'extinction de toute sûreté personnelle ou réelle, sauf acceptation de la part du garant, qu'il soit le débiteur initial lui-même ou un tiers. Les présents Principes n'ont pas été au-delà, du fait de l'absence de consensus entre les États de l'OHADAC, mais il est vivement recommandé d'insérer une clause de « verrouillage » dans le contrat entre le créancier et le débiteur initial, en vertu duquel la sûreté est conservée si elle porte sur un bien transféré du débiteur initial au cessionnaire préalablement ou simultanément à la cession d'obligations. Afin de donner plus de sécurité au créancier, au moment de manifester son acceptation de la cession, il pourra la conditionner à la conservation de la sûreté. Cela peut prendre la forme d'une clause comme suit :

Clause dans le contrat initial : conservation des sûretés réelles

« Le créancier acceptera seulement la cession de la présente dette à des tiers si, après la cession, le bien mentionné comme constituant la garantie de paiement de la dite dette continue d'en assurer l'exécution. »

Déclaration : Acceptation de la cession avec conservation de la sûreté

« M. [noms et prénoms], titulaire du passeport [indiquer], de nationalité [indiquer], majeur, domicilié à [indiquer], et représentant la société commerciale [dénomination sociale], constituée par un acte délivré par M. [nom de

l'autorité ayant délivré l'acte] notaire de [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date] sous le numéro des minutes [indiquer le numéro des minutes], sise à [indiquer l'adresse complète], immatriculée au Registre du Commerce de [indiquer la ville, le pays et les circonstances de l'inscription : tome, général, folio, page, numéro d'inscription] et dont le numéro d'identification fiscale est [indiquer le numéro], DÉCLARE :

ACCEPTER la cession de la dette mentionnée dans les termes et les conditions établis dans le document figurant en annexe de la présente déclaration [joindre le document signé par le cédant ou par le cessionnaire dans lequel la cession est notifiée et contenant les conditions de celle-ci], SI ET SEULEMENT SI le cessionnaire et le nouveau titulaire du bien mentionné comme constituant la garantie de paiement de la présente dette est conservé comme garantie.

Déclaration faite à [indiquer la ville et le pays] le [indiquer la date]. »

Il s'agit d'insérer une clause contractuelle ou de formuler une déclaration dans la même lignée que les PU (article 9.2.8), les PECL (article 12:102), le DCFR [article III-5:205 (4)] et certains systèmes de l'OHADAC [article 1.464 du code civil guatémaltèque ; article 6:157 des codes civils néerlandais et surinamais ; au contraire, article 2.107 du code civil nicaraguayen ; article 1.063 du code civil haïtien]. Sans qu'il soit nécessaire que le débiteur initial, propriétaire initial du bien constituant la garantie, ne donne son consentement, il assurera l'exécution du nouveau débiteur. La clause et la déclaration partent d'une logique économique et attribuent aux parties et à leur patrimoine des « destins parallèles » : le débiteur initial et ses biens sont libérés, le nouveau débiteur et ses biens constituent la garantie. Cette logique n'a pas de conséquences négatives sur les attentes du cessionnaire, qui a négocié sur des biens grevés. Les attentes du créancier sont également protégées : si l'ancien débiteur, en tant que propriétaire des biens, les constitue comme garantie de l'opération, il est justifié que le cessionnaire, en sa qualité de nouveau propriétaire, les lie également à l'opération. Du point de vue du débiteur initial, le fait que le bien continue de

constituer une garantie ne lui nuit pas, puisqu'il n'est plus propriétaire du bien en question. L'exemple suivant illustre le fonctionnement de cette clause :

Exemple : Le débiteur achète un bien immobilier et obtient le financement d'un établissement bancaire en contrepartie de la constitution d'une hypothèque sur l'immeuble. Par la suite, il vend l'immeuble à un tiers, qui assume la dette auprès de l'établissement bancaire dans les mêmes conditions et délais. La clause proposée implique que le consentement du créancier à la cession est conditionné à ce que l'hypothèque demeure effective.

Ainsi, la clause englobe deux situations types. Dans la première, le bien assure le paiement du cessionnaire lorsque son transfert est lié à la relation qui découle du devoir d'assumer la dette. L'exemple ci-dessus illustre les cas de vente de biens hypothéqués, où le cessionnaire acquiert le bien et la dette contractée auprès du créancier dans les mêmes conditions que le débiteur initial. Dans la deuxième, le bien assure également l'exécution du cessionnaire, s'il est transmis au moyen d'une opération sans lien avec le devoir d'assumer la dette mais antérieure à ce devoir. Au contraire, la garantie s'éteint si le bien constituant une garantie est transféré au cessionnaire après le devoir d'assumer la dette et indépendamment de celle-ci.

Section 3 : Cession de contrat

Article 8.3.1 : Domaine d'application

- 1. Par la cession du contrat, l'une des parties (le « cédant ») transfère à un tiers (le « cessionnaire »), les droits et obligations nés du contrat conclu avec l'autre partie (« contractant cédé »).**
- 2. Cette section ne s'applique pas aux cessions de contrats soumises à des règles spéciales sur le transfert conjoint d'une entreprise.**

COMMENTAIRE

1. Fonctionnement de la cession de contrats

Les présents Principes, après avoir régi la cession d'un droit contractuel (section 1) et d'une obligation contractuelle (section 2), portent ici sur la cession globale d'un

contrat, qui présente comme difficulté supplémentaire de transférer tant les droits que les obligations [section 2-210 UCC ; article 6:159 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 9.3.1 PU].

Exemple : Un franchisé souhaite céder un contrat de franchise internationale à un tiers. Cette cession sera régie par la présente section des Principes OHADAC à partir du moment où cette cession implique de céder les droits du franchisés (acquisition des connaissances et *know how*, exploitation de marques, fourniture de produits ou de matières premières, etc.) ainsi que ses obligations (commercialisation des produits, paiement des rémunérations et contreprestations pécuniaires, etc.). Au contraire, si le franchisé souhaite céder uniquement son obligation de payer les rémunérations pécuniaires au franchiseur, la section relative à la cession d'obligations s'appliquera.

Dans ce contexte, nombreux sont les systèmes des États de l'OHADAC qui ne prévoient pas de réglementation autonome de la cession de contrats, qui diffère de la cession de droits et d'obligations. Par conséquent, le consensus minimum réside dans certaines règles fondamentales, en plus du renvoi aux dispositions pertinentes quant à la cession de droits et d'obligations, dans la même lignée que les PU (articles 9.3.6 et 9.3.7), les PECL (article 12:201), le DCFR (article III-5:302) et l'article 244 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013. D'autres points, comme par exemple les modalités de modification du contrat soumis à la cession (section 9-405 UCC), sont régis par la loi nationale auxquelles renvoient les règles de droit international privé.

De même, il faut prendre en compte qu'afin que les Principes OHADAC soient efficaces dans leur intégralité, les parties doivent les désigner pour régir le contrat initial ainsi que l'accord de cession contractuelle.

2. Cessions exclues de la section

Dans la même ligne que les sections précédentes relatives à la cession de droit et à la cession d'obligation et conformément aux PU (article 9.3.2) et au DCFR (article III-5:301), la présente section relative à la cession de contrats ne s'applique pas aux cessions soumises à des règles spécifiques relatives au transfert conjoint d'une entreprise ou d'un patrimoine. Dans ces cas, du fait de l'existence d'une cession globale de l'ensemble de la relation juridique de l'une des parties, il convient de ne pas appliquer les règles relatives à la cession individuelle de chaque contrat.

Article 8.3.2 : Conditions relatives aux parties

1. La cession exige le consentement du contractant cédé.
2. Le consentement peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.

COMMENTAIRE

1. Consentement de l'autre partie

Dans la mesure où la cession du contrat implique non seulement le transfert des droits mais également celui des obligations, le consentement du contractant cédé est obligatoire (article 244 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers* (1902), 2 KB 660 ; *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* (1994), 1 AC 85, HL ; article 9.3.3 PU ; article 12:201 PECL ; article III-5:302 DCFR). Ainsi, la réglementation s'écarte des dispositions prévues pour la cession de droits et se rapproche de celle pour la cession d'obligations. Comme cela a été souligné dans les commentaires des présents Principes, le consentement du contractant cédé est nécessaire du fait que le débiteur de l'obligation ne peut disposer de sa propre obligation comme il l'entend, puisque cela pourrait évidemment nuire au créancier.

2. Moment de la manifestation du consentement

De même que dans les sections précédentes, le consentement peut être donné à différents moments. Ainsi, il peut être donné au moment de conclure le contrat, ce qui est stratégiquement le plus sûr. Il peut également être obtenu postérieurement à la conclusion du contrat, ce qui risque de mettre à mal les efforts des parties en ce qui concerne la négociation et la conclusion du contrat de cession, puisqu'elles dépendront de l'autre partie *a posteriori*. Enfin, il peut également être donné un consentement *ex ante* avant que le contrat de cession ne soit conclu (article 9.3.4 PU ; article III-5:302 DCFR). Cette stratégie présente un double risque : le premier, que l'information donnée au contractant cédé afin qu'il donne son consentement varie au moment de conclure le contrat. Les parties doivent prévenir ce risque en proposant au contractant cédé un contrat définitif et prêt à signer. Le deuxième risque, que les présents Principes peuvent limiter, est que le contractant cédé ait connaissance de la date à laquelle la cession prendra effet. Pour cela, il sera nécessaire de notifier au contractant cédé l'accord ou de lui permettre d'identifier la date d'entrée en vigueur

de l'accord, par exemple en l'informant de la date de conclusion de l'accord au moment de lui demander son accord.

3. Incidence spéciale de la cession sur les obligations

Comme cela a déjà été souligné, la cession de contrat peut, en ce qui concerne la cession d'obligation, libérer le débiteur ou le maintenir obligé en tant que débiteur subsidiaire ou solidaire. Les Principes OHADAC présentent, sur ce point, un avantage par rapport aux PU (article 9.3.5). Ils débutent par l'expression « l'autre partie peut » libérer le cédant, le maintenir ou en faire un codébiteur solidaire, ce qui *prima facie* semble être un droit exclusif et excluant de l'autre partie. Celle-ci pourra laisser entendre que le cédant et le cessionnaire ne peuvent convenir de rien sur ce point, ce qui est inexact. En effet, cette interprétation peut entraîner des préjudices disproportionnés pour le cédant, puisqu'il peut transférer ses droits au cessionnaire et en perdre la propriété, et toutefois être maintenu solidaire des dettes en ce qui concerne les devoirs contractuels, car le contractant cédé en a décidé ainsi. De plus, cela provoque une grande incertitude juridique entre le cédant et le cessionnaire puisque le terme fondamental de leur accord de cession relève d'un tiers qui n'est pas partie à cet accord.

Afin d'éviter ce type de risques, les Principes OHADAC prévoient que le cédant et le cessionnaire décident des modalités de cession qui les intéressent. Il s'agit probablement de l'un des aspects centraux de la négociation de l'accord de cession du contrat. Cependant, le cédant et le cessionnaire devront obtenir le consentement du contractant cédé (article 244 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Le contractant cédé peut uniquement consentir à la cession dans les termes fixés par le cédant et le cessionnaire. Par exemple, si le cédant et le cessionnaire s'accordent sur la cession en libérant le cédant [*Graiseley Properties Ltd & Ors v Barclays Bank Plc & Ors* (2013), EWCA Civ 1372], le contractant cédé pourra ou non l'accepter. Mais si elle accepte sous la condition que le cédant continue d'être débiteur solidaire, cela vaudra refus de la cession dans les termes convenus par le cédant et le cessionnaire. En effet, la condition qui pèse sur l'autre partie modifie un terme fondamental de l'accord de cession. Il est vrai que le cédant et le cessionnaire peuvent conférer au contractant cédé le droit de décider de la modalité de la cession, bien que cela ne soit pas courant dans la pratique. Il s'agirait en tout cas d'un droit conféré par le cédant et le cessionnaire et non pas par les présents Principes.

Exemple 1 : Un entrepreneur souhaite céder un contrat de construction à un tiers. Pour ce faire, le consentement du donneur d'ordres est nécessaire. Le cédant et le cessionnaire décideront si l'entrepreneur initial est libéré ou non ou s'il est

responsable à titre subsidiaire ou solidaire de l'exécution de la construction. Le donneur d'ordre pourra accepter les termes de l'accord antérieurement, simultanément ou postérieurement à sa conclusion, mais ne pourra pas les modifier de manière unilatérale. Si le cédant et le cessionnaire ont convenu que la cession libérerait l'entrepreneur initial, le donneur d'ordres ou le contractant cédé pourra accepter la cession sous la condition que premier entrepreneur soit responsable solidairement. Cela reviendrait à refuser l'accord de cession dans les termes convenus.

Article 8.3.3 : Effets de la cession

- 1. La cession produit des effets à l'égard du contractant cédé :**
 - a) Dès qu'elle donne son consentement, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.**
 - b) Si elle donne son consentement à l'avance, dès qu'elle reçoit la notification de la cession ou qu'elle a pu en connaître l'existence.**
- 2. Après que la cession a produit des effets à son égard, le contractant cédé ne se libère qu'en s'exécutant auprès du cessionnaire.**
- 3. Lorsqu'un cessionnaire cède à nouveau le contrat à un autre cessionnaire, le contractant cédé se libère conformément à la dernière cession qui a produit des effets.**

COMMENTAIRE

1. Moment où la cession produit des effets

Étant donné que la cession de contrats entraîne le transfert des droits, il est fondamental de déterminer le moment où cette cession prend effet et où l'autre partie doit exécuter ses obligations au profit du cessionnaire. Cette question s'est déjà posée en matière de cession de droits en ce qui concerne le débiteur et a donc de nombreux aspects en commun avec le présent article. La différence principale réside dans le fait que, dans la cession de contrats, le consentement du contractant cédé est toujours nécessaire et conditionne le moment où elle prend effet. Si le contractant

cédé est tenu de donner son consentement au préalable, la cession prendra effet dès lors que le contractant cédé reçoit la notification de l'accord, sans préjudice que la date d'effet puisse différer (article III-5:302 DCFR). Il est également prévu que le contractant cédé puisse connaître par d'autres sources la prise d'effet de cette cession, par exemple, si le contractant cédé, au moment de donner son consentement de manière anticipée, avait déjà connaissance de la date de prise d'effet du futur contrat (article 244 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013). Si le contractant cédé a donné son consentement simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord, il prendra effet dès que le contractant cédé aura donné son consentement, à moins que les parties conviennent d'une date de prise d'effet différée.

Dans tous les cas, à compter du moment où la cession du contrat implique la cession des droits détenus à l'égard du contractant cédé, celui-ci est tenu de s'exécuter auprès du cessionnaire. Par conséquent, de même que pour la cession de droits, après la notification de la cession ou du consentement du contractant cédé, le cas échéant, celui-ci ne pourra se voir libéré qu'en exécutant ses obligations au profit du cessionnaire.

Exemple 2 : L'entrepreneur cède l'exécution de la construction à un tiers. A) Si le donneur d'ordre a accepté avant la conclusion de l'accord de cession, après avoir reçu la notification de la prise d'effet de l'accord, les paiements de la construction et la livraison des matériaux doivent être effectués en faveur du cessionnaire. B) Si le donneur d'ordre a accepté simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord, il devra s'exécuter auprès du cessionnaire à partir de ce moment.

2. Cessions « en chaîne »

Les présents Principes reprennent également la règle tacitement admise dans les pratiques des États de l'OHADAC selon laquelle, lorsqu'un cessionnaire cède successivement le contrat à un autre cessionnaire, le contractant cédé sera libéré en exécutant ses obligations au profit du dernier cessionnaire dont la cession lui aura été notifiée ou qu'il aura acceptée.

Est éludée, toutefois, la règle relative aux « cessions multiples » par le même cédant, qui est prévue pour la cession de droits, étant donné qu'il s'agit d'un cas anormal et sur lequel la majorité des États de l'OHADAC ne prévoient rien. Dans les cas de cession de droit, cette réglementation prenait tout son sens spécifiquement en matière de créances pécuniaires, puisqu'un même créancier pouvait constituer une garantie d'exécution du cédant dans plusieurs contrats. Par conséquent, pour une même

créance, il pouvait exister plusieurs droits des tiers. Néanmoins, la cession du contrat n'intervient pas comme garantie d'exécution du cédant. Une règle similaire à celle prévue pour la cession de droits n'est donc pas pertinente.

Article 8.3.4 : Régime de la cession

- 1. La section 1 de ce chapitre s'applique, en tant que de raison, à la cession du contrat comportant le transfert de droits.**
- 2. La section 2 de ce chapitre s'applique, en tant que de raison, à la cession du contrat comportant le transfert d'obligations.**

COMMENTAIRE

1. Les droits dans la cession contractuelle

Comme cela a déjà été souligné dans le commentaire sous l'article 8.3.1, le plus petit dénominateur commun dans les systèmes juridiques de l'OHADAC passe par un renvoi, le cas échéant, aux règles relatives à la cession de droits et des obligations. C'est également la tendance suivie par les PU (articles 9.3.6 et 9.3.7), les PECL (article 12:201), le DCFR (article III-5:302) et l'article 244 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013.

Exemple : Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 2, dans lequel l'entrepreneur cède l'exécution d'une construction à un tiers. Dès qu'une cession de droit intervient, par exemple du droit à recevoir le paiement, les règles relatives à la cession de droits s'appliquent. Dès qu'une cession d'obligation intervient, par exemple l'obligation de l'entrepreneur de livrer des matériaux ou de s'exécuter dans les délais, les normes relatives à la cession d'obligations s'appliquent.

Lorsque le contractant cédé est le débiteur de la prestation et que le cédant en est le créancier, les règles relatives à la cession de droits s'appliquent. De cette manière, le contractant cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'elle détenait à l'égard du cédant. De même, elle peut également lui opposer tout droit de compensation dont elle dispose à l'encontre du cédant et qui est né avant la notification de la cession ou, le cas échéant, de son acceptation. Dans le même temps, le contractant cédé a le droit d'être indemnisée pour les frais supplémentaires découlant de la cession.

Dans ce contexte, en tant que créancier de l'obligation, le cédant assume auprès du cessionnaire, sauf manifestation contraire, les obligations suivantes. En premier lieu : garantir que le droit existe ou qu'il s'agit d'un droit futur identifiable, pouvant être cédé et libre de toute prétention ou droit des tiers. En second lieu : garantir qu'il est autorisé à céder son droit, que le débiteur ne dispose pas d'exception et qu'il n'existera pas de droit de compensation avec les dettes du cédant. Il a également pu être convenu dans l'accord de cession de la répercussion au profit du cessionnaire de toute exécution effectuée auprès du cédant à compter du moment où l'accord de cession a pris effet jusqu'à sa notification au débiteur.

Dans ces cas, le cessionnaire, en conséquence de la cession du contrat, acquiert ses droits. Il bénéficiera de toutes les garanties assurant l'exécution du droit cédé. Toutefois, toutes les garanties apportées par des tiers n'assurent pas l'exécution auprès du cessionnaire et s'éteignent dans trois cas. Premièrement, si l'obligation du débiteur est plus onéreuse du fait de la cession. Deuxième, si le créancier et le débiteur conviennent de l'interdiction de la cession de droits. Troisièmement, si le tiers garant avait apporté sa garantie sous condition que le droit ne soit pas cédé.

2. Les obligations dans la cession contractuelle

Lorsque le contractant cédé est créancier de la prestation et que le cédant en est le débiteur, les règles relatives à la cession d'obligations s'appliquent. Plusieurs possibilités peuvent se présenter. La première consiste en une libération du débiteur, qui est alors exonéré de toute obligation contractuelle. La deuxième consiste en une obligation d'exécution subsidiaire pour le cédant, en cas d'exécution inappropriée par le cessionnaire. Il est ainsi établie une responsabilité solidaire entre le cédant et le cessionnaire, de sorte que le contractant cédé pourra s'adresser à l'un quelconque des deux afin d'obtenir l'exécution qui lui est due. Il est important de souligner que conformément à la section relative aux cessions d'obligations, sauf stipulation contraire des parties, il existera une obligation solidaire entre le cédant et le cessionnaire (dans la même ligne, voir l'article 9.3.5 PU).

Cette règle de renvoi implique que s'il est convenu de libérer le débiteur initial (cédant), le cessionnaire peut opposer à l'autre partie toutes les exceptions du débiteur initial. En revanche, le cessionnaire ne peut opposer au contractant cédé créancier les exceptions découlant de la relation entre le débiteur initial et lui-même. Dans ce contexte, le cessionnaire peut invoquer la compensation des créances qu'il détient contre le contractant cédé créancier. Il ne pourra cependant pas invoquer la compensation de créances dont le débiteur initial (cédant) est titulaire. En outre, la libération de ce dernier entraîne l'extinction de la garantie prévue pour le paiement, à

moins que le garant n'accepte qu'elle soit conservée. Il a également pu être établi au contrat que serait conservée la garantie sur un bien transmis du débiteur initial au cessionnaire préalablement ou simultanément à la cession d'obligations.

Quand le cédant-débiteur initial convient d'une obligation subsidiaire d'exécution, il pourra, lorsque cela sera nécessaire à titre subsidiaire, invoquer la compensation des créances dont il est titulaire. Les garanties prévues avant la cession assureront l'exécution du débiteur initial (cédant) lorsque cela sera nécessaire à titre subsidiaire.

En cas d'obligation solidaire entre le cédant, le débiteur et le cessionnaire, le droit du cessionnaire à opposer les exceptions du cédant-débiteur initial, le droit d'invoquer la compensation et le fonctionnement des garanties seront régis par les règles des présents Principes relatives aux obligations solidaires. Les exceptions dont le cessionnaire dispose auprès du cédant-débiteur initial seront opposables au contractant cédé créancier, considéré comme bénéficiaire, dans les termes des présents Principes relatifs aux accords en faveur de tiers.

CLAUSES SPÉCIFIQUES RELATIVES À LA CESSION DE CONTRATS

1. Clauses relatives à la portée à la cession du contrat

Il a déjà été souligné que la cession de contrat entraîne non seulement le transfert de droits mais aussi des obligations. Pour cette raison, il est important que la situation du cédant soit déterminée dans le contrat entre le cédant et du cessionnaire. Ci-après plusieurs possibilités :

Clause A : Libération du cédant

« Le cessionnaire assume toutes les obligations du contrat cédé. Le cédant est libéré et sa responsabilité ne peut pas être engagée par l'autre partie au contrat cédé. »

Au moyen de cette clause, le cessionnaire qui assume toutes les obligations du contrat cédé libère le cédant, qui n'est alors plus obligé auprès du contractant cédé, contrairement aux stipulations des clauses suivantes :

Clause B : Obligation subsidiaire du cédant

« Le cessionnaire assume toutes les obligations du contrat cédé. Toutefois, en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, l'autre partie au contrat cédé pourra exiger l'exécution du cédant. »

Dans ce cas, le cédant n'est pas libéré et devient débiteur subsidiaire, au cas où le cessionnaire n'exécute pas dûment son obligation. Ce type de clauses encourage le contractant cédé à accepter la cession contractuelle, comme c'est le cas, avec davantage d'intensité, dans la clause suivante :

Clause C : Obligation solidaire entre le cédant et le cessionnaire

« Le cessionnaire assume toutes les obligations du contrat cédé. Toutefois, le cédant demeure obligé au titre du régime de solidarité à l'égard du contractant cédé. »

Conformément à la clause précédente, le cédant et le cessionnaire, répondent solidairement auprès du contractant cédé, sauf pour les actions de remboursement. Bien que ce régime soit applicable si le cédant et le cessionnaire n'ont rien convenu au contrat de cession, il convient de mentionner cette relation solidaire de manière explicite afin d'assurer une plus grande sécurité juridique aux parties et pour inciter le contractant cédé à donner son consentement.

2. Clauses relatives à l'interdiction de cession

Conformément aux Principes OHADAC, la cession d'un contrat requiert le consentement de l'autre partie. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'insérer cette stipulation dans le contrat initial ni d'interdire expressément la cession. Celle-ci ne pourra s'effectuer s'il n'existe pas d'accord postérieur des parties dans le contrat cédé de la manière suivante : pour le cédant, dans l'accord de cession même, et pour le contractant cédé, à travers du consentement obligatoire concernant l'accord de cession.

Néanmoins, les parties insèrent généralement dans le contrat initial des clauses interdisant ou autorisant la cession, qui entraînent parfois des problèmes d'interprétation. Figurent comme paradigmes la section 2-210 (4) UCC relatives à l'interprétation d'expressions telles que « interdiction de cession du contrat » ou admission de « la cession de tous mes droits au contrat » ainsi que certains cas de la

jurisprudence anglaise [*Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council* (1978), 3 All ER 262 ; *Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148]. Dans ces cas, les Principes OHADAC régissent l'interprétation du contrat mais il est vivement recommandé que les parties clarifient avec exactitude le sens des termes employés et en particulier si l'interdiction de céder le contrat touche également celle de céder un droit ou une obligation spécifique. Dans la pratique, cela est particulièrement pertinent en ce qui concerne la cession spécifique de droits. S'il est interprété que cette cession n'est pas interdite, elle pourra se faire sans le consentement de la partie débitrice. Au contraire, s'il est déduit que la cession individuelle des droits est également interdite, le créancier aura besoin du consentement du débiteur pour toute cession de ses droits.

Dans ce contexte, la clause pourra être formulée de façon absolue, interdisant ainsi non seulement la cession de l'ensemble du contrat, mais aussi la cession à titre individuel de tous ses droits et obligations :

Clause d'interdiction de cession de contrat, de droit et d'obligations

« La cession du présent contrat à des tiers, ainsi que celle de l'un quelconque des droits et obligations qu'il contient, est interdite. »

Conformément à cette clause, le créancier d'un droit particulier ne pourra pas en disposer librement sans le consentement du débiteur. Au contraire, il est possible que les parties interdisent la cession de l'ensemble du contrat mais pas des obligations qu'il contient. C'est le cas de la clause suivante :

Clause : Interdiction de cession de contrat et non pas des droits

« La cession du présent contrat à des tiers, ainsi que celle de l'un quelconque des droits et obligations qu'il contient, est interdite. Toutefois, le créancier d'un droit conféré par le présent contrat pourra céder ce droit à des tiers sans que ne soit requis le consentement du débiteur. »

Cette clause interdit que le contrat et l'une quelconque de ses obligations ne soient cédés sans le consentement du contractant cédé. Cependant, chacune des parties pourra disposer de ses droits contractuels et les transférer librement conformément

aux présents Principes, sans que la partie débitrice n'ait à donner son consentement. En outre, ces clauses peuvent être ajustées selon les intérêts des parties en admettant, par exemple, uniquement la cession de créances pécuniaires découlant du contrat.

3. Déclarations relatives à l'acceptation de la cession (renvoi)

De même que pour les cessions d'obligations, l'acceptation du contractant cédé à la cession revêt une grande importance. Il convient donc de renvoyer *mutatis mutandis* aux modèles de déclarations de la présente section, en prenant en compte que le déclarant agit en tant que cocontractant cédé et non pas en tant que créancier, et qu'il accepte ou non, sous condition ou non, la cession du contrat et non pas uniquement des obligations.

CHAPITRE 9

PRESCRIPTION

Article 9.1 : Droits et actions susceptibles de prescription

Sauf disposition contraire, les droits et actions dérivant des contrats conclus s'éteignent par prescription à l'expiration d'un délai fixé conformément aux règles suivantes.

COMMENTAIRE

1. Portée de la prescription

En ce qui concerne la réglementation de la prescription, les systèmes romano-germaniques et ceux de tradition anglo-saxonne diffèrent, avant tout, quant à la dénomination et la nature qu'ils attribuent à cette institution. Ces différences sont représentées dans la région caribéenne.

Dans la zone OHADAC, les systèmes de tradition continentale ou romano-germanique, en particulier ceux qui relèvent du droit français, traitent conjointement de la prescription « acquisitive ou positive » et de la prescription « extinctive, négative ou libératoire ».

Les systèmes anglo-américains distinguent sous des énonciations différentes l'influence qu'exerce l'écoulement du temps sur les relations juridiques. L'expression « *prescription* » est généralement réservée au phénomène de consolidation en matière de propriété ou d'autres droits réels par l'écoulement du temps (*Prescription Act, Chapter 158*, des Bahamas ; *Prescription Act, Chapter 192*, du Belize ; *Limitation and Prescription Act, Chapter 252*, de la Barbade ; *Prescription Act, Chapter 7:02*, de la Dominique ; *Prescription Act* de 1973 de la Jamaïque). Pour désigner l'effet protecteur ou inhibitoire de la prescription, permettant de se baser sur le simple écoulement du temps pour contrer une action, les termes *limitation actions* ou *limitation periods* sont communément employés. Dans ces systèmes, la réglementation, sur un plan davantage procédural, se tient en marge des règles substantielles d'ordre privé [*Limitation Act 2000, Chapter L60*, d'Anguilla ; *Limitation Act 1997* d'Antigua-et-Barbuda ; *Limitation Act 1995, Chapter 83*, des Bahamas ; *Limitation of Actions Act, Chapter 173*, de la Grenade ; *Limitation Act, Chapter 7:02*, du Guyana ; article 2.047 du code civil saint-lucien, *Revised laws of Saint Lucia, 2006, Chap 4.01* ; *The limitation of*

Actions Act, part. IV (Debt and Contract) de la Jamaïque ; *Limitation Act, Chapter 2.12*, de Montserrat ; *Limitation Act, Chapter 90*, de Saint-Vincent-et-les-Grenadines ; *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09*, de Trinité-et-Tobago ; et *Limitation of Actions Act*, de la Jamaïque].

Dans les présents Principes, le terme « prescription » (sans qualificatif) vise l'influence que produit l'inaction prolongée dans le temps sur l'exercice des droits et créances dont dispose chaque partie au contrat. En tant que réglementation de caractère privé, les présents Principes ont pour objectif de garantir la souplesse et la sécurité des échanges juridiques. La co-existence au niveau international de plusieurs systèmes disposant de différentes alternatives et options de réglementation portant sur le socle même de la prescription (objet, régime objectif et subjectif dans le décompte des délais, interruption *versus* suspension, délais de forclusion, effet extinctif ou simplement de protection, portée de l'autonomie de la volonté, effets des garanties protégeant les droits, etc.) constitue un frein et un obstacle sérieux au commerce international. Ainsi, il est nécessaire qu'une convergence ait lieu entre les différents systèmes, et en particulier entre le modèle romano-germanique et celui anglo-américain, au moyen de la proposition de règles uniformes qui peuvent être essentiellement partagées par toutes les familles juridiques faisant partie de l'OHADAC.

Cette convergence entre les systèmes influe sur le débat relatif à la nature procédurale ou substantielle de la prescription et au caractère impératif ou dispositif de ses règles. La tendance claire en matière de contrats internationaux porte sur une qualification substantielle, comme question « contractuelle », tel qu'il en résulte de l'article 12 du Règlement (CE) 593/2008, du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

2. Objet de la prescription dans les systèmes nationaux de l'OHADAC

Les règles relatives à la prescription posent une question préliminaire quant à son objet : s'agit-il des actions (*claim*, en anglais, *rechtsvordering*, en néerlandais) ou des droits (*rights* en anglais, *rechts*, en néerlandais) ? Si le centre de gravité se situe dans les droits, la prescription entraîne leur extinction. Si elle influe sur le pouvoir de les exercer, la prescription ne permet au titulaire que d'adopter un comportement de rejet face à une action intempestive, c'est-à-dire que le débiteur demeure obligé bien que les modalités de réclamation de l'action aient été dénaturées. Dans le premier des cas susmentionnés, la prescription affecte le droit lui-même en provoquant son extinction, et défend même l'automatisme ou l'extinction *ipso iure* du droit. Au contraire, maintenir que la prescription ne porte pas sur le droit mais sur l'action, qui

est le moyen de faire valoir son droit en justice, suppose qu'une fois la prescription vérifiée, le droit subjectif subsisterait mais sans aucune tutelle judiciaire.

Dans la *common law*, l'expression *limitation actions*, qui insiste sur la nature procédurale de l'institution, témoigne de la position générale du système anglo-américain, qui reconnaît que la prescription a pour objet non pas le droit subjectif, mais l'action, comprise comme le droit de demander à qui de droit ou la satisfaction du droit par un comportement actif ou passif [*Limitation Act 1980* anglais et paragraphe 2.93 du rapport de la *English Law Commission*, présenté au Parlement en 2001 (*The Law Commission - Law Com, n° 270-, Limitation of actions. Item 2 of the Seventh Programme of Law Reform-*)]. Ce point de vue fait subsister le droit subjectif après l'expiration du délai de prescription, bien que le bénéficiaire puisse refuser d'exécuter la prestation ou s'opposer d'une autre manière à l'exercice du droit (dans le même sens, voir § 194.1 et § 214.1 BGB). Néanmoins, au Royaume-Uni, le *Prescription and Limitation Act 1973* écossais s'éloigne de cette conception.

Les territoires de droit néerlandais disposent d'une réglementation découlant de l'article 3:306 du code civil néerlandais, qui ramène la prescription à l'exercice des droits au moyen d'actions (article 3:306 du code civil surinamais).

Certains systèmes juridiques de langue espagnole et certains territoires de tradition française ou sous influence du droit français ont opté pour une solution différente. La prescription y est un mode d'extinction des actions ou des droits (articles 1.625 et 2.512 du code civil colombien ; articles 633, 865, 866 et 868 du code civil costaricain ; article 112 du code civil cubain ; article 2.219 des codes civils français et dominicain ; article 1.501 du code civil guatémaltèque ; article 2.263 du code civil hondurien ; article 1.684 du code de commerce hondurien ; article 1.698 du code civil panaméen, article 1.830 du code civil portoricain, article 1.069 du code civil saint-lucien) ou un mécanisme permettant de se libérer de l'exécution des obligations (article 1.135 du code civil mexicain, articles 868 et 869 du code civil nicaraguayen, article 1.952 du code civil vénézuélien et article 2.047 du code civil saint-lucien).

3. La prescription dans les textes d'harmonisation du droit contractuel

L'intérêt d'établir une réglementation relative à la prescription apparaît invariablement dans tous les textes internationaux d'unification du droit contractuel comme un mécanisme permettant de résoudre les conflits qui, dans les opérations de commerce international, présentent des divergences entre les différents systèmes en ce qui concerne la base conceptuelle, les délais et les effets de la prescription.

Dans ces textes, la prescription ne produit pas automatiquement un effet extinctif, mais permet au bénéficiaire de l'utiliser comme moyen de protection contre la réclamation ou l'exercice procédural de l'action par le créancier. C'est le cas de la Convention de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974 (ci-après convention de la CNUDCI), qui établit des règles uniformes relatives au délai dans lequel les parties à un contrat de vente internationale de marchandises peuvent faire valoir une action émanant du contrat, liée à son inexécution, à sa résiliation ou à sa validité. Il faut cependant prendre en compte que cette convention, entrée en vigueur le 1^{er} août 1988, est d'une efficacité limitée dans le domaine géographique de l'OHADAC, vu qu'elle n'a été ratifiée que par peu d'États (Cuba, États-Unis, Mexique et République Dominicaine), ce qui justifie que les Principes OHADAC établissent un traitement spécifique de la matière.

La prescription fait l'objet d'une attention particulière dans le chapitre 10 des Principes d'UNIDROIT, dans la partie III des PECL et dans le chapitre 7 du livre III du DCFR qui, avec de légères nuances, reprennent les dispositions des PECL. Tous ces textes tendent ouvertement à ce que l'on pourrait dénommer la conception protectrice de la prescription. C'est le critère qu'ont adopté les Principes d'UNIDROIT, qui configurent la prescription comme une limite à l'exercice des droits (article 10.1) et affirment de manière expresse que l'expiration du délai de prescription n'éteint pas le droit (article 10.9). Les PECL (articles 14:101 et 14:501) et le DCFR (article III-7:101) vont également dans ce sens. Terminologiquement, les PECL visent les « *claims subject to prescription* », tandis que le DCFR utilise les « *rights subject to prescription* » comme dénomination générale.

Cette même conception existe dans la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (2011), qui prévoit, comme effet de la prescription, que « le débiteur est fondé à refuser d'exécuter l'obligation en cause et le créancier perd tous les moyens d'action possibles en cas d'inexécution sauf la suspension de l'exécution » (article 185 CESL).

4. Portée de la prescription dans les Principes OHADAC

Une fois les différentes optiques conceptuelles sur la prescription analysée, le point le plus notable du débat, sans aucun doute, ne porte pas sur ce que sera l'objet mais sur les conséquences qui en découlent. Et il est certain que les effets qui découlent de chacune de ces conceptions (renonciation à la prescription obtenue, admissibilité ou non de la répétition de la dette prescrite spontanément acquitté, opposabilité de

l'action prescrite par voie de compensation, appréciation ou non d'office de la prescription, etc.) ne présentent pas toujours une bonne cohérence.

D'un côté, la prescription étant conçue comme un phénomène provoquant l'extinction de droits, il est difficile de justifier certaines dispositions telles que la nécessité de son invocation, la possibilité de renoncer à la prescription expirée et le rétablissement conséquent du droit prescrit ou l'irrépétibilité du paiement une fois le délai de prescription expiré.

D'un autre côté, si la prescription est conçue comme un instrument de protection dont l'appréciation relève uniquement des parties, il n'est pas aisé d'interdire la modification des délais de prescription ou d'appliquer le principe accessoire par voie conventionnelle, de sorte que, une fois que la prescription est invoquée pour la demande principale, ses effets s'étendent à des demandes relatives aux prestations accessoires.

La règle ici proposée, fidèle au consensus minimum des présents Principes, répond à ce qui peut être considéré comme le socle commun à cette institution dans les pays faisant partie de l'OHADAC : la prescription influe sur les pouvoirs concrets découlant de la conclusion du contrat que chacune des parties peut exercer à l'égard de l'autre. La règle porte sur la prescription des droits et des actions que les parties peuvent exercer dans le cadre du contrat, qui englobent non seulement les droits principaux qui appartiennent aux parties au contrat conformément aux présents Principes (demander l'exécution, exercer tout recours découlant de l'inexécution, faire valoir l'invalidité du contrat), mais aussi ceux qui naissent de l'accord contractuel pour chacune d'entre elles, comme, par exemple, l'exécution d'une clause pénale.

Exemple : Dans un contrat de prestation de services de conseil entre le consultant A et l'entreprise B, qui se consacre à la fabrication de produits informatiques, il est inséré une clause de confidentialité par laquelle A s'engage à ne révéler aucune information sur le processus de production de l'entreprise B, stipulant, qu'en cas d'inexécution, et en plus de l'indemnisation correspondante, sera dû le paiement d'une somme d'un million d'euros. L'action en dommages et intérêts ainsi que celle en réclamation de la peine sont soumises au délai de prescription.

Article 9.2 : Délais de prescription

1. Le délai général de prescription est de trois ans à compter du jour où une partie a connu ou aurait dû

raisonnablement connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.

- 2. Les parties peuvent convenir d'une réduction ou d'un allongement des délais de prescription, dans la limite d'un an au minimum et de dix ans au maximum.**
- 3. Le délai maximum de prescription est de quinze ans à compter du jour où le droit aurait pu être exercé, et ce nonobstant l'ignorance des faits ayant permis son exercice, et quels que soient les accords des parties ou l'existence de causes de suspension.**

COMMENTAIRE

1. Le délai de prescription et l'autonomie de la volonté dans les systèmes nationaux de l'OHADAC

Il existe trois éléments clés de la configuration de la prescription dans chaque système : la durée des délais de prescription ; le moment à compter duquel ils commencent à courir ; et la marge de manœuvre laissée à l'autonomie de la volonté pour les modifier.

Dans une grande partie des systèmes nationaux de langue espagnole faisant partie de l'OHADAC ou dans ceux d'influence romano-germanique, il existe différents délais de prescription. C'est pourquoi il en existe un général, qui a comme point de départ un critère objectif, la règle de la *actio nata*, c'est-à-dire le moment où le droit ou la créance peuvent être exercés ou sont exigibles. En général, dans ces systèmes, le régime ne peut pas être modifié par la volonté des parties.

La durée des délais établis à titre général diffère beaucoup : 3 ans (article 1.151 du code de commerce nicaraguayen) ; 4 ans (article 984 du code de commerce costaricain) ; 5 ans (article 2.536 du code civil colombien ; article 868 du code civil costaricain ; article 114 du code civil cubain ; article 943 du code de commerce cubain ; article 1.502 du code civil guatémaltèque ; article 1.708 du code de commerce hondurien ; article 1.650 du code de commerce panaméen) ; 10 ans (article 2.292 du code civil hondurien ; article 1.159 du code civil mexicain ; article 1.047 du code de commerce mexicain ; article 1.977 du code civil vénézuélien ; article 132 du code de commerce vénézuélien) ; et finalement, 15 ans (article 1.864 du code civil portoricain). Dans certains cas, le délai en matière contractuelle est supérieur à celui de la matière

commerciale. C'est le cas des 7 ans établis dans l'article 1.701 du code civil panaméen (contre 5 ans dans le code de commerce), ou des 10 ans prévus dans l'article 2.292 du code civil hondurien, contre 5 ans dans le code de commerce.

Le décompte commence, en règle générale dans ces systèmes, à partir du moment où l'action a pu être exercée (article 2.535 du code civil colombien ; article 874 du code civil costaricain ; article 969 du code de commerce costaricain ; article 2.297 du code civil hondurien ; article 1.685 du code de commerce hondurien ; article 1.159 du code civil mexicain ; article 1.040 du code de commerce mexicain ; article 1.650 du code de commerce panaméen) ou, lorsqu'il s'agit d'une demande invoquée dans le cadre d'un procès, à partir du jour où la décision devient définitive (article 873 du code civil costaricain ; article 986 du code de commerce costaricain ; article 120.1 et 2 du code civil cubain ; article 2.299 du code civil hondurien ; article 1.871 du code civil portoricain). Dans certains cas, pour certaines actions en inefficacité ou en dommages et intérêts extracontractuels, le début du décompte dépend du moment où la cause de l'inefficacité ou des dommages est connue (article 120.3 et 4 du code civil cubain).

Dans la majorité de ces systèmes nationaux de langue espagnole, aucune règle n'est expressément énoncée, ni comme interdiction ni comme autorisation, quant à la portée de l'autonomie de la volonté en matière de prescription, ce qui laisse supposer que la validité des accords reste soumise aux clauses générales (bonne foi, ordre public). Cela conduit à distinguer les clauses qui supposent un prolongement des délais de celles qui gèrent une réduction leur durée légale. En ce qui concerne les premières, le principe de non-renonciabilité de la prescription en vigueur dans certains systèmes conduit à considérer comme contraires à l'ordre public et donc interdits les accords établissant l'imprescriptibilité ou les accords de prolongement dont la durée excessive représente, dans la pratique, une véritable imprescriptibilité. En revanche, les accords de réduction des délais sont valides, à condition de respecter les exigences de bonne foi et le juste équilibre des prestations, afin de ne pas priver le titulaire de la créance ou du droit de sa possibilité d'agir. Cependant, certains systèmes nationaux disposent expressément que l'interdiction de modifier les délais est régie par accord entre les parties. C'est le cas des articles 1.158 et 1.686 du code de commerce hondurien.

Dans les territoires sous influence du droit français, de longs délais sont généralement prévus, à l'instar du code civil issu de la loi n° 2008-561, du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile. C'est le cas des 20 ans établis par l'article 2.262 du code civil dominicain et par l'article 2.030 du code civil haïtien. Néanmoins, la nouvelle réglementation du code civil français, opérée par la loi 2008-561 du 17 juin, introduit d'importantes innovations dans le régime de la prescription. En premier lieu,

elle réduit sensiblement la durée, le nombre de prescriptions ainsi que la pluralité de délais. En second lieu, en ce qui concerne le décompte, elle adopte un point de départ subjectif : le jour ou le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (*vid.* article 2.224 du code civil français, pour les actions personnelles ou mobilières, et article 2.227 du code civil français, pour les actions réelles et immobilières), à certaines exceptions près (articles 2.225, 2.226 et 2.232 du code civil français). Dans tous les cas, l'article 2.232 du code civil français limite la durée maximale en indiquant que ni le critère subjectif fixé comme point de départ, ni la suspension ou l'interruption de la prescription ne peuvent conduire, à quelques exceptions près, à ce que le délai de prescription dépasse les vingt ans à compter de la naissance du droit. Finalement, un large champ d'action est laissé à l'autonomie de la volonté (article 2.254 du code civil français).

Dans le domaine de la *common law*, les échanges internationaux sont généralement accompagnés de délais de prescription courts. Cette situation est caractéristique des territoires de l'OHADAC de droit anglais ou sous influence directe de ce droit, dont la législation particulière en matière de *limitation actions* prévoit des délais d'entre 4 et 6 ans qui courent à compter du moment où le droit peut être exercé (articles 3.4 et 7 du *Limitation Act 1997* d'Antigua-et-Barbuda ; section 3.1 du *Limitation of Certain Actions Act* de Trinité-et-Tobago ; section 7 du *Limitation Act* des Bermudes ; section 4 du *Limitation Act* de Montserrat) ou de l'arrêt devenu définitif (article 2.10.a du *Limitation Act 1997* d'Antigua-et-Barbuda ; section 3.2 du *Limitation of Certain Actions Act* de Trinité-et-Tobago ; section 26 du *Limitation Act* des Bermudes). Le critère du *Limitation Act* anglais de 1980 est donc suivi, établissant pour les cas d'inexécution ou de préjudice subi un délai de 6 ans à compter de la date de « *the cause of action accrued* ». C'est la règle qui prévaut en droit anglo-saxon, qui opte cependant pour le critère subjectif dans certains cas. Le *Limitation Act* anglais exige la possibilité de connaître les faits lorsqu'il s'agit de *actions in respect of personal injuries* (section 11), celles relatives aux produits défectueux (section 11 A) ou des *actions under fatal accidents legislation* (section 12), ou, dans les cas de fraude, de la dissimulation ou de l'erreur (section 32). Dans le même sens, voir section 12 du *Limitation Act* des Bermudes ; section 5 du *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09*, de Trinité-et-Tobago ; section 11 du *Limitation Act* du Guyana ; section 36 du *Limitation Act* des Bahamas ; section 29 du *Limitation Act 1984* des Bermudes ; section 21 du *Limitation Act, Chapter 2.12*, de Montserrat.

La *Law Commission* anglaise (paragraphe 3.5 du rapport n°270 - *Limitation of actions*) propose de généraliser la fixation de « *the date of knowledge* » (critère subjectif)

comme point de départ de la prescription, indiquant, en outre, les faits que le demandant devra connaître, bien que le délai de prescription ne pourra dépasser les 10 ans à compter de la naissance du droit d'agir (sauf en ce qui concerne les *personal injuries claims*). Dans tous les cas, la *Law Commission* opte pour l'admissibilité de modifications conventionnelles du régime de prescription (paragraphe 3.175), mais avec certaines limites, non pas concernant la durée minimale ou maximale des délais, mais qui découlent des règles de protection du consommateur.

Aux États-Unis, les délais découlant de l'inexécution contractuelle diffèrent d'un État à l'autre, variant entre des périodes allant de 3 à 15 ans. Dans la majorité des États, les délais de prescription sont généralement plus courts pour les contrats verbaux que pour les contrats écrits. À titre général, le décompte des délais de prescription part d'une donnée objective, c'est-à-dire qu'il commence dès que les faits donnant lieu à l'exercice de l'action se sont produits, qu'ils soient connus ou non. Néanmoins, l'évolution du système nord-américain vers des critères subjectifs est connue, à travers la doctrine jurisprudentielle de la « *delayed discovery doctrine* » ou « *discovery rule* », qui considère que l'action ne naît qu'à compter du jour où le demandeur a connaissance, ou devrait avoir connaissance, de certains faits lui permettant de déposer la demande. C'est le critère retenu par la section 2-725 de l'UCC, en ce qui concerne l'action pour inexécution de tout contrat de vente, dont le délai est de 4 ans. Les parties peuvent réduire ce délai jusqu'à 1 an, mais pas de convenir de l'augmenter. L'admissibilité de la modification contractuelle des délais dans les transactions commerciales fait l'objet de décisions judiciaires favorables dans certains États. C'est le cas notamment de l'arrêt de la Cour suprême du Massachusetts de l'affaire *Creative Playthings Franchising Corp v Reiser* (SJC-11026, Mass. November 21, 2012), qui a considéré que les accords contractuels relatifs au raccourcissement des délais de prescription, à condition d'être « raisonnables », ne sont pas contraires à l'ordre public.

Les territoires de droit néerlandais disposent d'une réglementation découlant du code civil néerlandais, qui a réduit le délai maximum de trente à vingt ans (article 3:306 des codes civils néerlandais et surinamais) et a généralisé celui de cinq ans (articles 3:308, 3:309, 3:310 et 3:311), en particulier en ce qui concerne les obligations découlant de l'inexécution contractuelle (article 3:307), à moins que le droit ne découle d'une décision judiciaire ou arbitrale. Dans ce cas, le délai est ramené à vingt ans à compter du jour suivant celui où la décision devient définitive (article 3:324). À titre général, le critère de la *actio nata* est adopté, c'est-à-dire le moment où le droit ou l'action est exigible (articles 3:307, 3:308, 3:313, 3:314 et 3:315), aussi le décompte du délai se

trouve hors du champ d'application de cette règle pour les actions en dommages et intérêts dépendant d'un critère objectif (article 3:310 : 5 ans à compter du moment où le préjudice ainsi que l'identité du responsable sont connus) bien que dans tous les cas il soit limité par un délai de forclusion de 20 ans à compter du jour où le préjudice est survenu.

2. Délais de prescription et autonomie de la volonté dans les textes internationaux

Dans les textes internationaux d'unification du droit contractuel, une tendance claire de simplification de réduction des délais est observable. Ils visent de cette manière à clarifier le régime de la prescription en unifiant les délais et en réduisant leur durée. À titre général, des périodes générales ou ordinaires de prescription relativement courtes sont fixées : 3 ans (article 10.2 PU ; article 14:201 PECL ; article III-7:201 DCFR) ou 4 ans (article 8 de la convention relative à la prescription). Néanmoins, les PECL et le DCFR étendent le délai à 10 ans lorsqu'il s'agit de demandes judiciaires ou arbitrales (article 14:202 PECL ; article III-7:202 DCFR).

Quant au *dies a quo* pour le décompte des délais, avec une forte teinte objective, au niveau international, la convention de la CNUDCI (articles 9 à 12) fixe, à titre général, le début du délai de prescription à la date où l'action peut être exercée, bien qu'elle prévoie aussi des périodes subjectives (p. ex. la date à laquelle le dol a été ou aurait pu être raisonnablement découvert). Dans tous les cas, l'article 23 de la convention relative à la prescription établit une limite générale : le délai de prescription expirera au plus tard au bout de dix ans à compter de sa date de commencement. Néanmoins, la tendance la plus récente dans les textes internationaux consiste en une combinaison de délais relatifs, courts et à caractère subjectif (basé sur la connaissance du demandeur ou du titulaire concerné de certaines informations concernant la demande) avec des délais absolus, plus longs et basés sur des critères objectifs, appelés délais de forclusion, qui visent à éviter qu'en raison du décompte objectif des délais ou de l'interférence de causes d'interruption ou de suspension, la prescription ne se prolonge excessivement (article 10.2 PU ; article 14:301 PECL ; article III-7:301 DCFR ; article 180 CESL).

Une fois les délais et décomptes établis, ces textes diffèrent cependant en ce qui concerne l'autonomie de la volonté. La convention de la CNUDCI consacre expressément l'interdiction de modification conventionnelle du régime de la prescription (article 22.1). Il s'agit là d'une stipulation à rattacher au paragraphe III du Préambule des présents Principes, qui influe sur les effets d'imposer aux parties le régime de prescription établi dans les présents Principes lorsqu'il s'agit de ventes internationales de marchandises et qui concernent les tribunaux et la législation des

États de la Caraïbe : Cuba, les États-Unis, le Mexique et la République Dominicaine. L'application des présents Principes doit cependant être comprise comme une exclusion expresse par les parties de l'application de la convention relative à la prescription, conformément à son article 3.2.

Dans les textes internationaux les plus récents apparaît au contraire la possibilité tout à fait favorable permettant de façon modérée les accords relatifs à la prescription, même s'ils ont une portée différente (article 10.3 PU ; article 14:601 PECL ; article III-7:601 DCFR ; article 186 CESL).

3. Délais, décompte et autonomie de la volonté dans les Principes OHADAC

La réglementation proposée dans les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international répondent à la nécessité de trouver un point de ralliement entre les systèmes qui garantissent le plus de fluidité dans les échanges commerciaux internationaux, ce qui nécessite une réduction des délais de prescription prévus par certains systèmes ainsi qu'une plus grande sécurité pour les opérateurs internationaux.

Il a été considéré qu'il est inapproprié de suivre le chemin emprunté par certains droits nationaux, établissant des délais de prescription excessivement longs. Cette possibilité légale est une source d'insécurité dans les transactions commerciales internationales et, de plus, elle entre frontalement en conflit avec la culture juridique des pays de *common law*.

Des degrés plus élevés de sécurité juridique s'obtiennent par le jeu combiné de deux délais (général et maximum) qui permettent, au regard du critère de décompte prévu, d'équilibrer les intérêts des parties au litige. Le décompte du délai général ou volontaire débute à partir de la connaissance ou de la possibilité de connaître certains éléments (critère de la possibilité de connaître en faisant preuve de diligence raisonnable) assure la position de l'une des parties au contrat mais présente une grande insécurité pour celle qui invoque la prescription et doit prouver l'événement constituant le point de départ, étant donné les difficultés que peut poser la détermination du *dies a quo* et la preuve de la connaissance de certains faits par l'autre partie. Néanmoins, un équilibre est atteint en prévoyant un délai plus large et dont le décompte fait abstraction de la connaissance ou non de l'existence de l'action par son titulaire et de la situation personnelle de celui-ci. La finalité de ce délai maximum consiste à éviter que, pour des raisons de décompte subjectif, de suspension ou de renouvellement du délai, la prescription ne se prolonge excessivement et que cela nuise à la sécurité juridique. La prescription aura lieu dans tous les cas après

l'écoulement de ce délai maximum, afin de rééquilibrer toute incertitude que peuvent provoquer les éléments subjectifs introduits dans le régime de la prescription.

La question se pose de savoir si la durée prévue par les présents Principes pour le délai général (trois ans) et pour le délai maximum (quinze ans) est la plus appropriée. En principe, ces deux délais semblent suffisants, raisonnables et adaptés à une réglementation visant la transparence et la souplesse des transactions juridiques transfrontalières dans la région.

Exemple : Le 10 mai 1995, l'entreprise A charge l'entreprise B de construire et d'installer un équipement industriel, stipulant dans le contrat une indemnisation si à un quelconque moment de la durée de vie de l'équipement, sa production est inférieure à 200 000 unités et à un certain niveau de qualité. Le 10 mai 2005, suite à une vérification annuelle de qualité, il est détecté que le niveau de qualité des unités produites ne correspond pas à ce qui a été convenu. A peut exiger l'indemnisation convenue dans un délai de 3 ans à compter du 10 mai 2005, moment où il a eu connaissance des faits, bien que la baisse de qualité soit antérieure.

Il n'est cependant pas conseillé d'imposer cette réglementation de caractère impératif. Il semble plus convenable de laisser une certaine liberté aux parties pour moduler le délai général, garantissant ainsi l'équilibre contractuel et la sécurité juridique en établissant une période maximum et minimum.

CLAUSES RECOMMANDÉES

Clause de modification du délai général des contrats d'ingénierie

« En application de ce contrat, aucune action ni aucune procédure ne pourra être engagée à l'encontre du fournisseur de services ou de l'entrepreneur après : (a) le délai d'un an à compter de la date à laquelle la prestation de service s'est achevée ; ou (b) dans le cas où cette situation ne se produirait pas, le délai d'un an à compter de la date à laquelle le dernier service relatif au projet a été réalisé. »

Article 9.3 : Suspension de la prescription

1. Le délai de prescription général ou conventionnel est suspendu par l'ouverture d'une procédure judiciaire, arbitrale, de médiation ou de toute autre nature portant sur le droit en question, ainsi que par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de dissolution du débiteur à l'encontre duquel une partie exerce son droit. La suspension est prolongée jusqu'au prononcé de la décision définitive ou au terme de la procédure.
2. La mort ou l'incapacité d'une partie au contrat ainsi que l'existence de circonstances raisonnablement imprévisibles et irrésistibles qui empêchent l'exercice d'un droit constituent des causes de suspension du délai de prescription jusqu'à la désignation d'un héritier ou d'un représentant ou jusqu'à la disparition de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit.
3. L'ouverture d'une procédure de négociation entre les parties sur le droit ou sur les circonstances donnant lieu à l'exercice de ce droit suspend le délai de prescription jusqu'à ce que six mois se soient écoulés à compter de la dernière communication faite au cours de la négociation ou jusqu'à ce qu'une partie ait communiqué à l'autre son refus de poursuivre la négociation.
4. La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru.

COMMENTAIRE

1. La rupture du délai de prescription : interruption, suspension, prorogation

Tous les systèmes prévoient les faits et les situations qui affectent le déroulement des délais de prescription et qui peuvent produire différents effets, allant d'une simple prolongation du délai prévu initialement au commencement d'un nouveau délai.

Les systèmes du modèle romano-germanique distinguent traditionnellement deux formes basiques de rupture du délai de prescription : l'interruption et la suspension. Tandis que l'interruption détermine l'inutilité d'un délai de prescription écoulé et marque le début d'un nouveau délai, généralement de même durée que le premier, la suspension paralyse ou interrompt le délai, qui reprend et se poursuit après que la cause de la suspension s'interrompt. La différence entre l'événement suspensif et interruptif consiste donc en la « reprise » du délai de prescription dans le premier cas, et de son « recommencement » dans le deuxième.

Dans une large mesure, les situations ou événements interruptifs coïncident dans les territoires de l'OHADAC de droit continental. Cela est principalement vrai pour l'exercice judiciaire du droit et la reconnaissance par le débiteur du droit du créancier.

Les effets de la suspension étant plus faibles sur le délai de prescription, ils font qu'elle est plus largement reconnue par les différents systèmes, ayant conféré une force spéciale à la règle formulée à travers l'aphorisme « *contra non valentem agere non currit prescriptio* », dont le sens est clairement repris dans le nouvel article 2.234 du code civil français (2008).

Bien que les causes de la suspension prévues par les différents systèmes soient multiples et variées, elles obéissent généralement à des cas où, pour toute cause justifiée, le titulaire ne peut pas exercer son droit d'action. En premier lieu, il existe des situations objectives ou des empêchements hors du contrôle du titulaire de la demande qui l'empêchent de l'exercer, principalement la force majeure (article 2.234 du code civil français ; article 2.530 du code civil colombien ; article 123 du code civil cubain). En second lieu, un motif fréquent est l'héritage ou la succession en déshérence (article 2.237 du code civil français ; article 880 du code civil costaricain ; article 10.8 (2) PU). En troisième lieu, sont retenues les situations subjectives, personnelles ou familiales du titulaire de la demande ou de l'action qui entravent son exercice, comme : la minorité ou l'incapacité sans représentant légal ou, en cas de représentation légale, les actions réciproques entre représentants et représentés [article 2.235 du code civil français et article 59 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013 ; article 2.530 du code civil colombien ; article 880 du code civil costaricain ; article 976 du code de commerce costaricain ; article 2.252 du code civil dominicain ; article 1.505 du code civil guatémaltèque ; article 1.691 du code de commerce hondurien ; article 2.020 du code civil haïtien ; article 1.166 du code civil mexicain ; article 931 du code civil nicaraguayen ; article 2.093 du code civil saint-lucien ; article 1.965 du code civil vénézuélien]. L'existence d'un mariage ou d'un concubinage, en lien avec les demandes entre époux et concubins (article 2.236 du

code civil français ; article 123 du code civil cubain ; article 1.505 du code civil guatémaltèque ; article 1.691 du code de commerce hondurien ; article 1.167 du code civil mexicain ; articles 2.094 à 2.096 du code civil saint-lucien) ; la mise en administration de biens déterminés ou les relations entre les personnes morales et leur directeur ou représentant, en lien avec les relations réciproques entre ceux dont les biens ont été mis en administration et ceux qui les ont mis en administration ou entre les personnes morales et leur représentant (article 976 du code de commerce costaricain ; article 1.691 du code de commerce hondurien) ; l'ignorance ou la méconnaissance par le créancier de l'identité du débiteur ou des circonstances justifiant sa réclamation (article 14:301 PECL ; article III-7:301 DCFR) ; la dissimulation dolosive de la dette (article 880 du code civil costaricain ; article 976 du code de commerce costaricain ; article 1.691 du code de commerce hondurien ; article 931 du code civil nicaraguayen).

Le report de l'échéance (prorogation de l'échéance, augmentation de la prescription), qui s'est développé dans certains systèmes, est différent de l'interruption et de la suspension. Son effet ne constitue pas une rupture du délai mais un prolongement du moment de l'expiration du délai de prescription, de sorte que la fin du délai n'intervient qu'à partir de l'expiration d'un certain laps de temps en sus du délai initial. C'est la solution choisie par le code civil néerlandais (articles 3:320 et 3:321) pour la plupart des causes de suspensions analysées ci-dessus. L'extension (*verlenging van de verjaring*), qui suppose l'existence de certaines de ces situations subjectives ou objectives, à la date d'échéance de la période de prescription ou dans ses six derniers mois, détermine son prolongement jusqu'à ce que s'écoulent six mois à compter de la cause de prorogation. C'est également la proposition formulée dans la section 28 du *Limitation Act* anglais pour les cas de handicap, et le mécanisme utilisé dans les territoires sous influence du droit anglais pour les cas de mort (section 11 du *Limitation Act* Guyana), d'incapacité ou de minorité (section 11 du *Limitation Act* du Guyana ; section 42 du *Limitation of Actions Act, Chapter 173* de Grenade ; section 36 du *Limitation Act* des Bahamas ; section 29 du *Limitation Act 1984* des Bermudes ; section 21 du *Limitation Act* de Montserrat ; section 11 du *Limitation of Certain Actions Act* de Trinité-et-Tobago).

2. La suspension comme règle générale dans les textes internationaux

L'interruption, la suspension et l'allongement apparaissent avec une intensité différente dans les textes d'harmonisation du droit des contrats. Ils reconnaissent une certaine marge d'allongement de la période de prescription ou de report de l'échéance. La prolongation est prévue, en premier lieu, pour les cas où les parties

négoçient la demande ou les circonstances qui pourraient donner lieu à la naissance d'une demande, de sorte que le délai de prescription ne parviendra pas à échéance tant que le délai d'un an ne se sera pas écoulé après la dernière communication intervenue au cours des négociations (article 14:304 PECL ; article 182 CESL). En second lieu, pour les cas d'incapacité sans représentation, dans lesquels le délai de prescription allant à l'encontre ou en faveur de la personne ne s'éteindra pas tant que le délai d'un an ne se sera pas écoulé après la disparition de l'incapacité ou la désignation d'un représentant (article 14:305 PECL ; article III-7:305 DCFR). Enfin, dans les cas de décès du créancier ou du débiteur, le délai de prescription d'une créance au bénéfice ou au détriment de l'héritage ne s'éteindra pas tant que le délai d'un an ne se sera pas écoulé après que la créance ait été exécutée au bénéfice ou au détriment d'un héritier ou d'un représentant de la masse héréditaire (article 14:306 PECL ; article III-7:306 DCFR).

Il convient de souligner que ces textes convertissent en règle générale la suspension de la prescription plutôt que son interruption. En effet, ils établissent comme cas de suspension : les cas de force majeure, de mort ou d'incapacité (article 10.8 PU ; article 14:303 PECL ; article III-7:303 DCFR ; article 21 de la convention de la CNUDCI), les cas où le créancier ignore ou ne pouvait pas raisonnablement connaître l'identité du débiteur ou les faits ayant donné naissance à la créance, y compris, dans les cas d'indemnisation en dommages et intérêts, le type de dommage causé (article 14:301 PECL ; article III-7:301 DCFR), l'ouverture par le créancier d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire afin de réclamer sa créance (article 13 de la convention de la CNUDCI ; articles 10.5 et 10.6 PU ; article 14:302 PECL ; article III-7:302 DCFR) ou les procédures visant à éviter l'insolvabilité du débiteur (article 10.5 PU et article 181 CESL).

L'interruption et la reprise qui s'ensuit du délai jouent un rôle résiduel dans les cas de reconnaissance de la dette par le débiteur (article 10.4 PU ; article 14:401 PECL ; article III-7:401 DCFR ; article 184 CESL) et dans le cas où le débiteur tente d'obtenir l'exécution par voie exécutoire (article 14:402 PECL ; article III-7:402 DCFR).

3. La suspension dans les Principes OHADAC

Indépendamment de l'effet du délai de prescription, il existe un point commun à tous les systèmes : les procédures judiciaires, arbitrales ou de résolution alternative des litiges ainsi que les événements subjectifs ou objectifs, étant hors de son contrôle et n'étant pas prévisibles. Ils empêchent l'une des parties au contrat d'exercer ses droits et influent sur le déroulement du délai de prescription. La règle contenue à l'article 9.3 vise à associer de façon harmonieuse le régime de rupture des délais de prescription

dans les systèmes romano-germaniques et de *common law* présents dans la Caraïbe, reconnaissant l'influence de ces situations sur les délais de prescription.

Parmi les options possibles (interruption/suspension/allongement), celle qui a été adoptée dans la présente réglementation répond au besoin d'édicter une règle acceptable pour tous les systèmes de la zone OHADAC et une solution adéquate pour une réglementation destinée à assouplir les transactions juridiques transfrontalières de la région. Il n'est pas recommandé d'attribuer à ces événements un effet interruptif, car cette déclaration à effets rétroactifs serait excessivement démesurée pour le débiteur. L'existence d'une procédure judiciaire ou autre ou aussi d'un événement échappant au contrôle du titulaire de la demande produira des effets purement suspensifs. Cet effet est reconnu expressément durant les négociations entre les parties.

En ce qui concerne le premier groupe de causes qui, conformément aux présents Principes, provoquent la suspension (procédure judiciaire, arbitrale, de médiation ou tout autre type d'actions), il a été choisi de reconnaître un effet suspensif à l'ouverture de l'une quelconque de ces procédures conformément à la *lex fori*, y compris si l'action exercée est rejetée du fait d'une exception de procédure qui ne permet pas de connaître du fond de l'affaire, car elle est défectueuse, pour incompétence judiciaire, pour forclusion ou pour désistement de l'acteur. Cet aspect est expressément exclu par certains systèmes dans lesquels l'action judiciaire provoque l'interruption du délai (article 877 du code civil costaricain ; article 977 du code de commerce costaricain ; article 944 du code de commerce cubain ; article 2.243 du code civil français ; article 1.506 du code civil guatémaltèque ; article 2.015 du code civil haïtien ; article 3:316.2 des codes civils néerlandais et surinamais ; article 1.692 du code de commerce hondurien ; article 1.649A du code de commerce panaméen ; articles 2086 et 2087 du code civil saint-lucien ; article 17 de la convention de la CNUDCI). L'option choisie par les présents Principes fait que, même lorsqu'une procédure n'est pas achevée par une décision rendue au fond, son engagement par l'une des parties démontre sa volonté d'exercer son droit, y compris dans les cas de désistement du demandeur ou de forclusion, dans lesquels le cours de la procédure a été interrompu. Ces comportements ne peuvent être considérés comme un acte de rejet de la prescription, à condition qu'il n'existe pas de volonté allant dans ce sens. La suspension se prolongera jusqu'à ce que la procédure touche à sa fin conformément au droit de la procédure du for.

Exemple 1 : La multinationale d'assurance A s'engage à fournir les services d'assistance médicale des employés que le consultant B a dans toute la région caribéenne pendant

10 ans à compter de la conclusion du contrat, le 1^{er} septembre 2005. Le 10 juillet 2010, l'assureur décide de fermer ses cliniques au Guatemala et au Mexique du fait de leur faible rentabilité. Le consultant B ouvre une procédure judiciaire pour inexécution contractuelle le 1^{er} janvier 2013, qui se termine par une déclaration judiciaire le 15 décembre 2013 par laquelle l'organe compétent s'abstient de se prononcer pour défaut de compétence. La période entre le 1^{er} janvier et le 15 décembre n'entre pas dans le décompte du délai général ou volontaire de prescription.

D'autres types de causes, prévus dans le paragraphe deuxième de l'article 9.3, regroupent les événements suspensifs traditionnels envisagés dans la majorité des systèmes. Il s'agit de cas où le titulaire du droit est empêché d'agir pour exercer son droit, soit pour des raisons personnelles, soit pour des raisons extérieures ou qui lui sont étrangères. Cela englobe les cas des incapables majeurs et mineurs sans représentant légal, qui ne disposent pas de mécanismes juridiques pour exercer leurs droits ; les demandes au bénéfice ou en détriment de la déshérence, pour lesquelles la suspension agit comme moyen de protection des intérêts des futurs successeurs ; ou les cas de force majeure. Contrairement aux systèmes de droit anglo-saxon, les présents Principes ne considèrent pas comme étant des causes suspensives les comportements dolosifs de l'une des parties entraînant une dissimulation ou une tromperie et portant sur des aspects déterminants pour l'exercice du droit de l'autre partie : option pour le critère de la connaissance ou de la faculté de connaissance (article 9.2 des Principes OHADAC) pour déterminer le commencement du décompte du délai général.

Enfin, la reconnaissance de l'effet suspensif des négociations débutées entre les parties évite, d'une part, qu'elles puissent être utilisées à l'égard du titulaire du droit comme mécanisme pour retarder l'exécution de l'obligation et épuiser le délai de prescription. D'autre part, elle évite qu'elles puissent être cataloguées comme un cas d'interruption conformément au prochain article des présents Principes. De ce fait, elles empêchent de les assimiler aux effets que pourrait produire la reconnaissance de la dette, ce qui ne bénéficierait en rien à celui qui accepterait de traiter la demande de manière informelle avec son créancier.

L'effet de la suspension suppose que le délai de prescription ne débute pas, dans certains cas, ou qu'il soit paralysé temporairement pendant le temps que dure la cause de la suspension. Conformément aux dispositions des présents Principes, il suffit que la cause de la suspension ait lieu durant le délai de prescription pour que la suspension s'opère et que ledit délai soit paralysé. Des raisons de convenance, liées à la fluidité des échanges commerciaux, imposent de ne pas adopter le critère retenu par certains

systèmes qui matérialisent le moment où le fait générateur de la suspension doit se produire. Cela est le cas dans certains systèmes qui exigent que cet événement ait lieu avant l'échéance du délai (article III-7:303 DCFR) ou que la suspension se prolonge un certain temps après la survenance du fait suspensif. Le motif sous-jacent dans les systèmes qui imposent cette limite (éviter une prolongation excessive du délai de prescription après la suspension) est régi par les Principes OHADAC par l'établissement du délai maximum prévu à l'article 9.2.

Quel que soit l'événement qui interviendrait dans l'écoulement du délai de prescription, la suspension affecte la période légale ou conventionnelle de la prescription. La certitude et la souplesse nécessaires aux échanges transfrontaliers exigent que le titulaire de l'action puisse se voir opposer l'expiration de la période maximale de prescription si cette période s'est écoulée avant qu'il ne l'ait exercée.

Exemple 2 : Les faits sont ceux de l'exemple 1. La multinationale d'assurance A et le consultant B entament des négociations, afin de fixer le montant de l'indemnisation en cas d'inexécution, qui se prolongent jusqu'au 20 juillet 2024. Une procédure judiciaire est ouverte le 1^{er} août 2025 et l'assureur A pourra effectivement invoquer l'écoulement du délai maximum de prescription.

Article 9.4 : *Nouveau délai de prescription par reconnaissance*

- 1. En cas de reconnaissance du droit du créancier par le débiteur un nouveau délai de prescription commencera le jour suivant cette reconnaissance.**
- 2. La reconnaissance résulte notamment de l'exécution totale ou partielle de l'obligation en connaissance de cause, du paiement d'intérêts, de la constitution d'une sûreté, ou de l'opposition de la compensation.**
- 3. La reconnaissance efface le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.**
- 4. Le délai maximum de prescription ne peut pas être renouvelé par la reconnaissance ni être prolongé par le commencement d'un nouveau délai général ou convenu.**

COMMENTAIRE

1. Portée de l'interruption – reconduction du délai de prescription

L'article 9.4 reprend l'un des cas qui, dans les territoires de tradition romano-germanique, provoque ladite « interruption » de la prescription, connue dans les systèmes anglo-saxons sous le nom de « reconduction » (*renewal*). L'interruption ou la reconduction empêche la prescription de se produire, éliminant et rendant inutile le délai écoulé jusque-là et commençant le décompte d'un nouveau délai de prescription de durée identique à celui qui a été annulé.

Dans une grande partie des systèmes nationaux faisant partie de l'OHADAC, une marge importante est généralement octroyée pour interrompre la prescription. Cette situation est caractéristique des pays sous influence directe du droit français, dans les systèmes juridiques de langue espagnole et dans les pays de droit néerlandais. Les situations ou les événements la provoquant sont, principalement : l'exercice judiciaire du droit (article 2.539 du code civil colombien ; article 876 du code civil costaricain ; article 121 du code civil cubain ; article 944 du code de commerce cubain ; article 2.244 du code civil dominicain ; article 2.241 du code civil français ; article 1.506.1 du code civil guatémaltèque ; article 2.012 du code civil haïtien ; article 3:316 des codes civils néerlandais y surinamais ; article 2.301 du code civil hondurien ; article 1.041 du code de commerce mexicain ; article 927 du code civil nicaraguayen ; article 1.711 du code civil panaméen ; article 1.873 portoricain ; article 2.085 du code civil saint-lucien ; article 1.969 du code civil vénézuélien), la reconnaissance par le débiteur du droit du créancier (article 2.539 du code civil colombien ; article 876 costaricain ; article 2.242 du code civil dominicain ; article 2.240 du code civil français ; article 1.506.2 guatémaltèque ; article 2.016 du code civil haïtien ; article 3:318 des codes civils néerlandais y surinamais ; article 2.301 du code civil hondurien ; article 1.041 du code de commerce mexicain ; article 927 nicaraguayen ; article 1.711 du code civil panaméen ; article 1.873 portoricain ; article 2.088 du code civil saint-lucien), l'action extrajudiciaire du créancier (article 977 du code de commerce costaricain ; article 1.711 du code civil panaméen ; article 1873 portoricain ; article 1.973 du code civil vénézuélien) ; la communication écrite par laquelle le créancier se réserve son droit à l'exécution (article 3:317 des codes civils néerlandais y surinamais) et le paiement d'intérêts ou d'amortissements par le débiteur, ainsi que l'exécution partielle de l'obligation par celui-ci (article 1.506.3 du code civil guatémaltèque).

Dans le domaine de la *common law*, le « *renewal* » ou « *fresh accrual action* » se limite pratiquement à la reconnaissance par le débiteur de l'obligation et au paiement voire à l'exécution partielle (section 29 du *Limitation Act* du Royaume-Uni ; sections 29-31 du

Limitation Act 1997 d'Antigua-et-Barbuda ; section 10 du *Limitation Act, Chapter 7:02* du Guyana ; sections 38-40 du *Limitation Act* des Bahamas ; section 30 du *Limitation Act 1984* des Bermudes ; section 37 du *Limitation of Actions Act, Chapter 17* de Grenade ; section 22 du *Limitation Act, Chapter 2.12* de Montserrat ; section 12 du *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09* de Trinité-et-Tobago).

Dans la même ligne, plus proche du modèle anglo-saxon, figurent les textes internationaux d'harmonisation du droit des contrats. Ces textes ont pour nette tendance de préférer le mécanisme de suspension plutôt que celui de la reprise du délai de prescription, qui n'est utilisée que dans les cas de reconnaissance par le débiteur (article 20 de la convention de la CNUDCI ; article 10.4 PU ; article 14:401 PELC ; article III-7:401 DCFR ; article 184 CESL). Les articles 14:402 PELC et III-7:402 DCFR prévoient également le *renewal of period* pour les créances constatées judiciairement, pour chaque intention raisonnable d'exécution par le créancier (*renewal by attempted execution*).

2. Le commencement d'un nouveau délai de prescription dans les Principes OHADAC

La formulation de l'article 9.4 permet de faire converger le modèle prévu par le droit anglais et par les systèmes romano-germaniques dans le domaine des échanges commerciaux transfrontaliers, en renouvelant les causes permettant de reprendre le début d'un nouveau délai de prescription, ce qui n'est possible que si le débiteur reconnaît le droit du créancier. Cet effet limité de l'interruption – reconduction du délai de prescription vise à atteindre un équilibre entre les exigences de souplesse qu'impose le fonctionnement du commerce dans la région et les principes de sécurité juridique. La prescription se fonde sur la nécessité d'assurer la sécurité de la situation du sujet passif de la demande face à un silence prolongé de la part du titulaire du droit, et il n'y a donc pas de raison de préserver une situation de confiance ayant pu créer un silence prolongé de la part du titulaire du droit s'il est obligé de manifester de manière expresse ou tacite qu'il connaît et attend la demande.

La reconnaissance doit être sans équivoque. Il n'est pas considéré approprié d'imposer, comme cela se fait dans les systèmes de *common law*, des conditions de forme pour sa validité. Une déclaration ou le comportement du sujet obligé à qui la prescription est favorable, révélant sans équivoque sa conformité avec l'existence, la durée d'application et la titularité du droit en question, empêche celui qui en est l'auteur d'invoquer en sa faveur le laps de temps écoulé à compter du début du décompte de la prescription. À titre illustratif, le paragraphe deuxième de l'article 9.4 mentionne, comme comportements satisfaisants mettant en évidence et démontrant sans équivoque la conformité du débiteur avec l'existence et la titularité du droit,

l'exécution ou le paiement partiel, le paiement d'intérêts, l'octroi d'une garantie ou une compensation, dans la ligne de l'article 184 CESL. Ces actes ne diminuent pas la liste de ceux pouvant valoir reconnaissance par le débiteur. Tous les actes qui révèlent la disposition du débiteur à exécuter devront avoir ce statut, p. ex., une demande de report du paiement. Dans tous les cas, et quelle que soit la forme, expresse ou tacite, écrite ou orale, utilisée par le débiteur pour manifester sa connaissance et son acceptation du droit du créancier, cette manifestation vaudra reconnaissance, et la preuve de sa réalisation appartiendra au titulaire du droit à qui le commencement d'un nouveau délai de prescription est favorable.

La reconnaissance affecte la période généralement prévue ou, le cas échéant, celle qui a été convenue entre les parties, en écho aux dispositions de l'article 9.2 des présents Principes, bien qu'elle ne pourra en aucun cas, même comme conséquence de plusieurs reconnaissances, dépasser le délai maximum de quinze ans.

Exemple : Le 1^{er} avril 2008, l'entreprise A charge l'entreprise B de la construction d'une usine pour le 1^{er} octobre 2008. La livraison est retardée de 6 mois. A réclame, par voie extrajudiciaire et à plusieurs occasions, une indemnisation pour le retard (2010, 2015, 2018 et 2021), la dette étant chaque fois reconnue par B. Le 2 octobre 2023, le délai de prescription est consommé, sans que la dernière reconnaissance effectuée par B ne puisse emporter un allongement du délai maximum de prescription.

Article 9.5 : Effets de la prescription

- 1. La partie qui bénéficie d'une prescription acquise doit l'invoquer afin qu'elle produise son effet extinctif à l'encontre de la partie prétendant faire valoir son droit.**
- 2. Les parties ne peuvent pas réclamer ce qui a déjà été exécuté en raison d'une obligation du fait que le délai de prescription a expiré au moment de l'exécution, même si cette circonstance n'était pas connue.**

COMMENTAIRE

1. Effet défensif de la prescription dans les Principes OHADAC

L'article se concentre sur l'effet défensif ou inhibiteur de la prescription, qui permet à l'une des parties au contrat, en se basant sur le simple écoulement du temps, de

repousser la demande, sans atteindre toutefois l'incidence que la prescription exerce sur les droits. Il s'agit là dudit effet « faible », qui envisage la prescription comme un moyen de défense contre les réclamations tardives et intempestives, sans affecter le droit. Cette conception est caractéristique de la perspective procédurale de cette institution dans le modèle anglo-saxon [*Rodriguez v Parker* (1967), 1 QB 116, (1966) 2 All ER 349], reprise au niveau international (articles 10.1 et 10.9 PU ; articles 14:101 et 14:501 PECL ; article III-7:501 DCFR ; article 185 CESL). Cependant, il convient de noter que dans le domaine de l'OHADAC, certains systèmes de droit français octroient un effet extinctif « fort » à la prescription, considérant qu'une fois la période de prescription écoulée, le droit s'éteint (article 2.219 du code civil français)

Bien que les systèmes juridiques de la Caraïbe adoptent des conceptions différentes, comme cela a été indiqué dans le commentaire sous l'article 9.1 des présents Principes, les résultats ou les effets coïncident généralement sur trois aspects : la partie qui en bénéficie doit l'invoquer, le paiement volontaire d'une dette prescrite ne donne pas droit à la répétition de l'indu et il peut être renoncé à la prescription consommée.

2. La non appréciation d'office de la prescription

Quel que soit le fondement (présomption implicite d'abandon d'un droit ou protection de la sécurité et de la sûreté juridiques) ou l'effet de la prescription (extinction ou subsistance d'un droit, d'une action ou d'une demande), les systèmes caribéens s'accordent sur le fait que la prescription n'intervient pas automatiquement (*ipso iure*) et les tribunaux ne peuvent pas l'admettre d'office en rejetant la demande, même si le délai de prescription s'est écoulé sans interruption ou suspension.

La nécessité de l'invoquer, caractéristique de la perspective procédurale de l'institution dans les systèmes de droit anglo-saxon [*Ronex Properties Ltd v John Lang Construction Ltd* (1983), 1 QB 404], est expressément consacrée dans certains systèmes de l'OHADAC (article 2.513 du code civil colombien ; article 973 du code de commerce costaricain ; article 2.223 du code civil dominicain ; article 2.247 du code civil français ; article 1.991 du code civil haïtien ; article 3:322.1 des codes civils néerlandais y surinamais ; article 1.688 du code de commerce hondurien ; article 876 du code civil nicaraguayen ; article 1.956 du code civil vénézuélien), et dans les textes internationaux (article 24 de la convention de la CNUDCI ; article 10.9 (2) PU).

3. Qualité pour invoquer la prescription

Uniquement lorsqu'elle est invoquée de manière opportune, la qualité pour agir en demande de prescription revient à la partie au contrat qui en a le bénéfice. Cependant,

bien que cela ne soit pas clairement admis dans tous les systèmes caribéens, certains systèmes, afin d'éviter de porter préjudice aux parties subissant la passivité de celle qui sont en droit de l'invoquer directement ou d'y renoncer, reconnaissent expressément que certains tiers ont la qualité pour invoquer la prescription ou pour y faire exception. Concrètement, certains systèmes juridiques de langue espagnole et certains territoires de l'OHADAC de droit français ou directement sous influence du droit français prévoient l'intérêt à agir des créanciers du bénéficiaire de la prescription et de toute personne intéressée ou ayant un intérêt légitime (article 974 du code de commerce costaricain ; article 2.225 du code civil dominicain ; article 2.253 du code civil français ; article 1.993 du code civil haïtien ; article 1.689 du code de commerce hondurien ; article 1.143 du code civil mexicain ; article 877 du code civil nicaraguayen ; article 1.837 du code civil portoricain ; article 2.051 du code civil saint-lucien ; article 1.958 du code civil vénézuélien). Les Principes OHADAC ne préjugent pas de la possibilité pour les tiers d'invoquer la prescription alors que la présente réglementation ne leur reconnaît ni à titre optionnel ni matériel. Cette question sera régie par la loi nationale applicable conformément aux règles de droit international privé.

4. La répétition de l'indu ne peut pas être appliquée à la dette prescrite payée volontairement

Cet effet résulte du fait que la prescription, conformément aux présents Principes, n'éteint pas le droit et n'intervient que si celui qui en bénéficie l'invoque. Ainsi, si celui qui peut l'opposer paie ou exécute au lieu de l'invoquer, le paiement ne pourra pas être qualifié d'indu ou d'erreur (bien que le débiteur méconnaisse l'effet du passage du temps), et ce sera un juste retour des choses si celui qui disposait d'un intérêt personnel n'a pas souhaité l'utiliser pour se défendre. Il s'agira d'un paiement irrécouvrable, l'enrichissement sans cause ne se produisant pas dans ce cas [*Mill v Fowkes* (1839), 5 Bing NC 455].

Certains systèmes justifient cet effet en considérant qu'après l'exécution des délais de prescription, l'obligation devient imparfaite du point de vue juridique, du fait qu'il ne convient pas d'imposer son exécution par la contrainte. Mais le système juridique l'exclut de la restitution (*soluti retentio*) car il existe un devoir moral de paiement des dettes prescrites (article 1.527 du code civil colombien ; article 1.372 du code civil hondurien). Sans aller jusqu'à cette justification, nombre de systèmes reconnaissent expressément l'irrépétibilité des sommes versées en exécution de la dette prescrite, même si elles ont été effectuées en ignorant la prescription (article 975 du code de commerce costaricain ; article 113 du code civil cubain ; article 2.249 du code civil

français ; article 1.690 du code de commerce hondurien ; article 26 de la convention de la CNUDCI ; article 10.11 PU ; article 14:501-2 PECL ; article III–7:501 (2) DCFR).

Exemple : L'entreprise A, fournisseur de matériaux et d'équipements prothétiques de l'entreprise B, afin de maintenir leurs liens commerciaux, verse à une indemnisation pour l'équipement prothétique défectueux 3 ans après que le produit a été livré et ses défauts découverts. Suite à la rupture des relations commerciales pour mésentente 2 mois plus tard, A ne pourra demander la restitution de l'indemnisation pour enrichissement sans cause ou paiement indu au motif qu'il l'avait versée après expiration du délai de prescription.

Article 9.6 : Renonciation à la prescription

- 1. Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation.**
- 2. La renonciation anticipée à la prescription produit les effets de la reconnaissance prévue à l'article 9.4.**

COMMENTAIRE

1. Renonciation à la prescription consumée

La configuration de la prescription comme institution permettant à la partie au contrat qui en a le bénéfice de l'utiliser comme moyen de défense en réponse à la demande ou à une action en procédure par le créancier admet que, concernant les droits et les intérêts disponibles, l'intéressé pourra renoncer à l'avantage économique la prescription lui procure. L'effet de cette renonciation nécessitera que la totalité de la période de prescription se soit écoulée, sans possibilité de l'interrompre. La renonciation emporte le commencement d'un nouveau délai, général ou volontaire, de prescription. Du point de vue procédural de la *common law*, la renonciation se traduit par l'absence simple d'opposition à l'action judiciaire engagée. L'abandon de ce mode de défense a pour effet de permettre que celui qui dépose une réclamation hors délai puisse obtenir gain de cause.

La validité de la renonciation, telle que prévue dans le présent article, n'impose aucune condition pour la validité de la renonciation, admettant la renonciation expresse ainsi que la renonciation tacite, comme la majorité des systèmes de la région caribéenne (article 851 du code civil costaricain ; article 2.514 du code civil colombien ; article 2.221 du code civil dominicain ; article 2.251 du code civil français ; article 1.504 du

code civil guatémaltèque ; article 1.989 du code civil haïtien ; article 2.268 du code civil hondurien ; article 1.687 du code de commerce hondurien ; article 1.141 du code civil mexicain ; article 874 du code civil nicaraguayen ; article 1.835 du code civil portoricain ; article 2.049 du code civil saint-lucien ; article 1.957 du code civil vénézuélien). La renonciation expresse peut découler d'une déclaration de volonté unilatérale de la partie à qui la prescription bénéficie mais aussi d'un accord ou d'un contrat avec l'autre partie, à travers duquel elle renonce elle renonce à la prescription en échange d'une contrepartie. Parmi les actes contenant une renonciation tacite figurent le paiement de la dette prescrite, sa reconnaissance par le débiteur, l'offre de paiement au créancier, la demande d'un délai pour qu'il soit effectif, les négociations concernant le montant à payer ou la soumission de sa détermination à l'arbitrage d'un tiers [*Lubovsky v Snelling* (1944), KB 44 ; *Wright v John Bagnall & Sons Ltd* (1900) 2 QB 240 ; *Rendall v Hill's Dry Docks & Engineering Company* (1900) 2 QB 245].

Si chacune des parties représente plusieurs sujets au contrat, les effets de la renonciation formulée uniquement par plusieurs des sujets ou vis-à-vis de plusieurs d'entre eux portant sur l'aspect actif ou passif de cette relation (créance ou obligation) relèveront des règles spécifiques régies par l'obligation concrète (solidarité, conjointe) conformément aux dispositions des présents Principes. Éluder l'influence de la prescription sur la pluralité de sujets liés à chacune des parties au contrat engendre quant à son invocation, sa suspension, sa reconnaissance ou sa renonciation au délai de prescription rend le système plus clair (article 177 de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations de 2013).

2. Légitimation

Les présents Principes ne régissent que les effets de la renonciation entre les parties au contrat. Ils ne préjugent pas des tiers éventuellement atteints dans leur droit légitime de s'opposer à la renonciation de la prescription consommée (article 2.225 du code civil colombien ; article 974 du code de commerce costaricain ; article 2.253 du code civil français ; article 1.993 du code civil haïtien ; article 2.270 du code civil hondurien ; article 1.689 du code de commerce hondurien ; article 877 du code civil nicaraguayen ; article 1.837 du code civil portoricain ; article 2.090 du code civil saint-lucien, article 1.958 du code civil vénézuélien), qui seront éventuellement déterminés par le droit national applicable conformément aux règles de droit international privé.

3. Renonciation de la prescription future

Sous influence du code civil français (articles 2.250 à 2.253), la majorité des systèmes caribéens de tradition continentale ou romano-germanique rejettent expressément

l'admissibilité et la validité de la renonciation anticipée convenue par les parties ou sur déclaration unilatérale de l'intéressé (article 2.514 du code civil colombien ; article 850 du code civil costaricain ; article 970 du code de commerce costaricain ; article 2.220 du code civil dominicain ; article 1.503 guatémaltèque ; article 1.988 du code civil haïtien ; article 2.268 du code civil hondurien ; article 1.687 du code de commerce hondurien ; article 3:322.2 et 3 des codes civils néerlandais y surinamais ; article 1.141 du code civil mexicain, article 873 du code civil nicaraguayen ; article 1.835 du code civil portoricain ; article 2.048 du code civil saint-lucien, article 1.954 du code civil vénézuélien).

La non renonciabilité à la prescription future repose sur le fondement objectif de l'institution, hormis les actes juridiques visant à rendre imprescriptible l'exercice de droits que la loi déclare prescriptibles et posant ainsi des limites à l'autonomie de la volonté. Il s'agit d'empêcher le prolongement excessif des délais pouvant rendre imprescriptible une action prescriptible.

Dans les présents Principes, étant donné l'admissibilité limitée des actes visant à modifier le délai général de prescription (article 9.2), il est considéré inutile de disposer que toute renonciation anticipée sera nulle, mais il est plus raisonnable de mettre en avant le fait qu'il s'agit d'une reconnaissance (tacite) effectuée par le débiteur du droit du créancier, conformément à l'article 9.4.

Exemple : 2 ans après la livraison de marchandises défectueuses, l'acheteur et le vendeur conviennent que ce dernier renonce à faire valoir le délai de prescription dont dispose l'acheteur pour agir en indemnisation pour non-conformité que peut exercer l'acheteur. Cet accord permettra de commencer un nouveau délai général de prescription.

PRINCIPES OHADAC RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL (2015)

PRÉAMBULE

- I. Les Principes OHADAC sur les contrats du commerce international ne sont applicables, en tout ou partie, que si les parties en sont expressément convenues.
- II. Sauf disposition contraire, les parties peuvent écarter ou modifier les règles énoncées dans les présents Principes. Les clauses contractuelles contraires aux Principes prévaudront.
- III. Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des lois de police ou d'ordre public international, de source nationale ou internationale, applicables en vertu des règles de droit international privé.
- IV. Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des usages du commerce international.
- V. Les présents Principes feront l'objet d'une interprétation uniforme, prenant en compte leur caractère international.

CHAPITRE 1

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1.1 : Liberté contractuelle

Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu.

Article 1.2 : Pacta sunt servanda

Les parties au contrat sont tenues d'exécuter les obligations convenues, dans les conditions prévues au contrat.

Article 1.3 : Déclarations et notifications

1. Les déclarations et notifications peuvent se faire par tout moyen approprié aux circonstances. Elles prennent effet dès leur réception par le destinataire.
2. Une déclaration ou notification est réputée être reçue immédiatement par son destinataire lorsqu'elle est faite verbalement et en sa présence.
3. Une déclaration ou notification écrite est réputée être reçue par son destinataire lorsqu'elle est délivrée à son établissement ou à son adresse postale, ou lorsqu'elle est reçue par le récepteur télématique ou serveur de courrier électronique.

Article 1.4 : Computation des délais

1. Lorsqu'un délai est exprimé en jours, le jour du contrat, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ne compte pas.
2. Lorsque le délai court à partir d'un jour déterminé, ce jour compte.
3. Lorsqu'un délai est exprimé en mois ou en années, ce délai expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Lorsqu'un délai est exprimé en mois et en jours, les mois sont d'abord décomptés, puis les jours.
4. Tous les jours, y compris les jours fériés et chômés, sont comptés dans le calcul du délai. Si le délai d'exécution expire un jour férié ou chômé dans le lieu d'exécution ou dans le lieu d'établissement de la partie qui est tenue d'exécuter, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.
5. Le fuseau horaire de référence est celui du lieu d'établissement de la partie qui fixe le délai. Si la fixation du délai n'est imputable à aucune des parties, le délai d'exécution d'une obligation est soumis au fuseau horaire du lieu d'exécution et, à défaut, du lieu d'établissement de la partie chargée de l'exécution.

CHAPITRE 2 FORMATION DU CONTRAT

Section 1 : Offre et acceptation

Article 2.1.1 : Formation du contrat

Le contrat se forme par l'acceptation d'une offre.

Article 2.1.2 : Définition de l'offre

Une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Article 2.1.3 : Offre et invitatio ad offerendum

1. L'offre peut être faite à une ou plusieurs personnes déterminées.
2. Une proposition adressée au public n'est pas une offre, sauf si la partie qui fait la proposition l'indique expressément ou si les circonstances le justifient.
3. Les circonstances mentionnées au paragraphe précédent découlent notamment de l'exposition de biens et de services dans un espace physique ou virtuel, pour un prix déterminé. L'offre sera alors réputée faite sous réserve de l'épuisement des stocks ou de la possibilité de fournir le service.

Article 2.1.4 : Prise d'effets de l'offre

1. L'offre prend effet dès réception par son destinataire.
2. L'offre peut être rétractée si la notification de la rétractation est reçue par le destinataire antérieurement ou au même moment.

Article 2.1.5 : *Révocation de l'offre*

1. L'offre peut être révoquée pourvu que la révocation soit reçue par son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation.
2. Néanmoins, l'offre ne peut être révoquée lorsqu'un délai d'irrévocabilité est stipulé ou lorsque son destinataire a pu raisonnablement considérer que l'offre était irrévocable et a commencé à exécuter le contrat.
3. Lorsque l'offre est assortie d'un délai d'acceptation, ce délai est présumé emporter délai d'irrévocabilité, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

Article 2.1.6 : *Définition de l'acceptation*

1. L'acceptation est l'acquiescement ferme à une offre.
2. L'acceptation résulte d'une déclaration ou d'un comportement du destinataire de l'offre. Ce dernier peut notamment résulter du commencement d'exécution du contrat par le destinataire d'une offre.
3. Le silence ou l'inaction non circonstanciés ne valent pas acceptation.

Article 2.1.7 : *Délai d'acceptation*

1. L'offre doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances.
2. À l'issue du délai d'acceptation, stipulé ou raisonnable, l'offre est caduque. L'acceptation tardive ne produit pas d'effet en tant qu'acceptation à moins que l'offrant renonce à se prévaloir de la caducité en le notifiant sans délai au destinataire.

Article 2.1.8 : *Acceptation avec modifications*

L'acceptation du destinataire de l'offre qui stipule ou comporte des termes nouveaux ou différents, modifiant ou conditionnant l'offre, constitue un rejet de l'offre initiale et à son tour une contre-offre.

Article 2.1.9 : *Clauses-types*

1. Une clause-type du contrat est une clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui a été préédigée en vue de la conclusion d'un même type de contrat.
2. Une clause-type ne peut être invoquée à l'encontre de l'autre partie que si celle-ci a pu la connaître préalablement à la conclusion du contrat. Une simple référence à la clause-type dans le contrat ne permet pas de l'invoquer à l'encontre de l'autre partie, même si celle-ci a signé le contrat, dès lors que :

- a) la clause est tellement surprenante ou inhabituelle, au regard des circonstances et de l'objet du contrat, que l'autre partie ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, ou
- b) la clause est excessivement disproportionnée au regard de sa nature, de son langage et de sa forme.

Article 2.1.10 : *Conflit entre clauses-types*

1. Lorsque les deux parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est réputé conclu sur la base des termes convenus et des clauses-types qui sont substantiellement communes aux parties.
2. Néanmoins, le contrat n'est pas conclu si une partie a informé ou informe l'autre partie sans délai qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat.

Section 2. *Lieu et moment de la formation du contrat*

Article 2.2.1 : *Moment de la formation du contrat*

Le contrat est réputé conclu, selon le cas et sauf stipulation contraire de l'offre, au moment où l'offrant reçoit la déclaration d'acceptation du destinataire de l'offre ou lorsque l'offrant prend connaissance du comportement du destinataire de l'offre valant acceptation.

Article 2.2.2 : *Lieu de la formation du contrat*

Le contrat est réputé conclu, sauf stipulation contraire de l'offre, au lieu où l'offrant a son établissement.

Section 3 : *Représentation*

Article 2.3.1 : *Domaine d'application*

1. La présente section régit le pouvoir d'une personne, le représentant, de produire des effets dans la situation juridique d'une autre personne, le représenté, relativement à la conclusion d'un contrat avec un tiers, soit que le représentant agisse au nom du représenté, soit qu'il agisse en son propre nom.
2. Cette section ne s'applique pas aux rapports internes entre le représentant et le représenté.
3. Cette section ne régit pas le pouvoir d'un représentant désigné par la loi, ni celui d'un représentant désigné par une autorité publique ou judiciaire.

Article 2.3.2 : *Octroi du pouvoir*

1. L'attribution par le représenté du pouvoir de représentation peut être expresse ou implicite.

2. Lorsque les déclarations ou le comportement d'une personne conduit le tiers de bonne foi à croire raisonnablement que le représentant a le pouvoir de réaliser certains actes pour le compte du représenté, ce dernier sera réputé avoir conféré pouvoir au représentant.
3. Le représentant a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de sa mission, compte tenu des circonstances, à moins que le représenté n'en dispose autrement de manière expresse.

Article 2.3.3 : *Représentation divulguée*

1. Lorsque le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs et révèle au tiers sa qualité, ses actes engagent directement le représenté et le tiers. Aucun rapport juridique n'est créé entre le représentant et le tiers.
2. Néanmoins, dès lors que le représentant prend la place du représenté au contrat avec le consentement de celui-ci, les actes du représentant n'engagent que lui-même envers le tiers.
3. Lorsque le représentant agit au nom du représenté, dont il s'engage à ne révéler l'identité que plus tard, et qu'après avoir été enjoint par le tiers il ne révèle pas cette identité dans un délai raisonnable, il sera seul engagé en vertu de l'acte en question.

Article 2.3.4 : *Représentation occulte*

1. Lorsque le représentant agit dans les limites de ses pouvoirs au nom du représenté mais sans révéler au tiers sa qualité, les actes accomplis par le représentant n'engagent que le représentant et le tiers.
2. Ces actes ne produiront pas d'effets juridiques entre le représenté et le tiers sauf si la loi nationale applicable à la représentation en dispose autrement.

Article 2.3.5 : *Défaut ou excès de pouvoir*

1. Les actes accomplis par le représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs sont inopposables au représenté, à moins que celui-ci ne les ratifie dans les conditions de l'article 2.3.9.
2. Le représentant qui agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs engage sa responsabilité vis-à-vis du tiers qu'il devra indemniser jusqu'à ce qu'il se trouve dans la situation dans laquelle il serait si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou s'il n'avait pas agi au-delà de ses pouvoirs. Toutefois, aucune responsabilité n'est encourue si le tiers savait ou aurait dû savoir que le représentant agissait sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs.

Article 2.3.6 : *Conflit d'intérêts*

1. En cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté, le représenté peut annuler le contrat conformément aux dispositions de la section 5 du chapitre 3, à moins que le tiers n'ait légitimement ignoré l'existence d'un tel conflit.
2. Le conflit d'intérêts est présumé dès lors que le représentant devient lui-même partie au contrat ou qu'il détient deux ou plusieurs pouvoirs lui permettant de conclure seul le contrat.

3. Le représenté ne peut pas annuler le contrat s'il a autorisé le représentant à conclure le contrat en dépit du conflit d'intérêts ou s'il a eu ou aurait dû avoir connaissance d'un tel conflit et qu'il ne s'y est pas opposé dans un délai raisonnable.

Article 2.3.7 : *Substitution de représentant*

1. Le représentant peut, sauf disposition contraire, désigner un représentant substitué en vue d'accomplir les actes ne revêtant pas un caractère personnel.
2. Les règles de cette section seront appliquées aux actes du représentant substitué.

Article 2.3.8 : *Pouvoir conjoint*

1. Si deux ou plusieurs représentés attribuent au même représentant le même pouvoir de représentation, ils sont responsables solidairement envers le tiers des actes conclus en vertu du pouvoir conféré.
2. Si le représenté attribue le même pouvoir de représentation à deux ou plusieurs représentants, chacun des représentants peut accomplir concurremment lesdits actes, à moins que le représenté n'en dispose autrement.

Article 2.3.9 : *Ratification*

1. L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs peut être ratifié par le représenté. L'acte ratifié produit les mêmes effets que s'il avait été accompli sur le fondement d'un pouvoir et dans ses limites.
2. Le tiers peut, par voie de notification, accorder au représenté un délai raisonnable pour la ratification de l'acte. Le représenté ne pourra plus ratifier l'acte, passé ce délai.
3. Le tiers qui ignorait légitimement le défaut de pouvoir du représentant au jour du contrat peut s'opposer par voie de notification au représenté, à toute ratification ultérieure.

Article 2.3.10 : *Extinction et restriction du pouvoir*

1. L'extinction ou la restriction du pouvoir n'a pas d'effet à l'égard du tiers s'il n'en avait ou n'aurait pas dû en avoir connaissance.
2. L'extinction ou la restriction du pouvoir n'a pas d'effet à l'égard du tiers, même s'il en avait connaissance, et le pouvoir subsistera, si le représenté s'est engagé vis-à-vis du tiers à ne pas le révoquer ou le restreindre.
3. Nonobstant l'extinction de son pouvoir, le représentant demeure habilité à accomplir tous les actes nécessaires à la protection des intérêts du représenté ou de ses héritiers, durant un délai raisonnable.

CHAPITRE 3 VALIDITÉ DU CONTRAT

Section 1. Dispositions générales

Article 3.1.1 : Validité par le seul échange des consentements

Un contrat se conclut, se modifie ou s'éteint par le seul accord des parties, sans autre condition.

Article 3.1.2 : Liberté quant à la forme

Les contrats sont valables quelle que soit la forme de leur conclusion.

Article 3.1.3 : Impossibilité initiale

L'impossibilité d'exécuter le contrat lors de sa conclusion n'affecte pas sa validité. Toutefois, les parties pourront faire valoir les règles relatives à la force majeure.

Section 2. Capacité

Article 3.2.1 : Exclusion

Les présents Principes ne s'appliquent pas à la capacité des parties ni à la nullité du contrat résultant de l'incapacité.

Section 3. Illicéité

Article 3.3.1 : Illicéité

Les présents Principes ne font pas obstacle à l'application des lois de police ou d'ordre public international de source nationale ou internationale qui déterminent l'illicéité ou l'illégalité de l'objet du contrat, de son contenu, de son exécution ou de certaines de ses obligations.

Section 4. Consentement vicié

Article 3.4.1 : Vices du consentement

L'erreur, le dol, la contrainte et l'abus de faiblesse ou de dépendance sont des vices du consentement.

Article 3.4.2 : Nature impérative ou supplétive des règles

1. Les régimes du dol, de la contrainte et l'abus de faiblesse ou de dépendance sont impératifs.
2. Le régime de l'erreur est applicable, sauf accord contraire des parties.

Article 3.4.3 : *Erreur*

1. Une partie peut annuler le contrat si, lors de la conclusion du contrat, elle a commis une erreur substantielle de fait ou de droit, et si :
 - a) l'autre partie a provoqué l'erreur, ou rendu l'erreur possible par son silence contraire à son devoir légal d'information ; ou
 - b) l'autre partie a commis la même erreur ; ou
 - c) l'autre partie a connu ou aurait raisonnablement dû connaître l'existence de l'erreur, de sorte qu'il était contraire à la loyauté contractuelle propre aux usages commerciaux de laisser l'autre partie dans l'erreur.
2. Une erreur est tenue pour substantielle si elle est d'une gravité telle qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que la partie qui a subi l'erreur n'aurait pas conclu le contrat.
3. Le droit d'annuler le contrat n'est pas reconnu si :
 - a) l'erreur est inexcusable par suite du manque de diligence ou d'attention de la victime de l'erreur ; ou
 - b) le risque d'erreur a été assumé par la victime ou si celle-ci doit en assumer le risque en raison des circonstances de l'espèce.

Article 3.4.4 : *Erreur dans l'expression*

Le régime de l'erreur, contenu dans le précédent article, est applicable aux cas d'erreur ou d'inexactitude d'expression ou de transmission d'une déclaration, sans préjudice de l'application des règles d'interprétation du contrat de la section première du chapitre 4 des présents Principes.

Article 3.4.5 : *Extinction du droit d'annuler le contrat*

1. Le droit d'annuler le contrat s'éteint si, alors que la partie victime de l'erreur n'a pas annulé le contrat, l'autre partie lui notifie sa volonté d'exécuter le contrat ou l'exécute tel que l'entendait la victime de l'erreur. La notification doit intervenir sans délai après avoir eu connaissance de l'erreur. Le contrat est alors réputé avoir été conclu dans ces derniers termes.
2. La notification de l'annulation fondée sur une erreur demeure sans effet si l'autre partie notifie immédiatement qu'elle est prête à accomplir le contrat tel que l'entendait la victime de l'erreur. Le contrat est alors réputé avoir été conclu dans ces derniers termes.

Article 3.4.6 : *Dol*

Une partie peut annuler le contrat si elle a été induite en erreur, même non substantielle, du fait des manœuvres frauduleuses ou trompeuses de l'autre partie.

Article 3.4.7 : *Contrainte*

1. Une partie peut annuler le contrat si elle a été contrainte par l'autre partie à sa conclusion par la menace injustifiée d'un dommage imminent et grave.

2. Une menace est injustifiée lorsque l'acte ou l'omission, dont une partie est menacée, est en soi illicite ou qu'est illicite le recours à une telle menace en vue d'obtenir la conclusion du contrat.

Article 3.4.8 : *Abus de faiblesse ou de dépendance*

1. Une partie peut annuler le contrat ou l'une de ses clauses si, lors de sa conclusion, l'autre partie a abusé de la situation de confiance ou de dépendance entre les parties, ou de l'ignorance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins ou de l'inexpérience de l'autre partie.

2. L'annulation n'est possible que si l'auteur de l'abus connaissait ou aurait dû connaître la situation, et s'il a profité de cette situation, provoquant un préjudice excessif pour l'autre partie.

Article 3.4.9 : *Vices causés par un tiers*

La partie qui a souffert de l'erreur, du dol, de la contrainte ou de l'abus de faiblesse ou de dépendance peut annuler le contrat si ces vices ont été causés par un tiers, pourvu que l'autre partie ait connu ou aurait dû connaître l'implication de ce tiers.

Section 5. Annulation

Article 3.5.1 : *Droit d'annuler le contrat*

1. Le contrat peut être annulé par la partie dont le consentement est vicié.
2. Le contrat peut pareillement être annulé par le représenté en cas de conflit d'intérêts avec le représentant.
3. Le droit d'annuler le contrat s'exerce par voie de notification adressée à l'autre partie dans un délai de six mois à compter :
 - a) En cas d'erreur ou de dol, de la découverte de la réalité par la victime de l'erreur.
 - b) En cas de contrainte et d'abus de faiblesse ou de dépendance, de la cessation de cette contrainte ou du jour où la victime a retrouvé sa liberté d'action.
 - c) En cas de conflit d'intérêts, dès que le représentant a connu ou aurait dû connaître la conclusion du contrat par le représentant et le conflit d'intérêts.

Article 3.5.2 : *Confirmation du contrat annulable*

Le droit d'annuler le contrat s'éteint par confirmation expresse ou implicite de la partie qui est en droit d'annuler, effectuée postérieurement à la découverte ou à la cessation de ce vice.

Article 3.5.3 : *Droit de restitution*

1. En cas d'annulation, chaque partie a le droit à la restitution de sa prestation et à une compensation pour les profits raisonnables obtenus par l'autre partie.

2. En cas d'impossibilité ou de difficulté excessive, la restitution se fera en valeur. Néanmoins, la partie qui a annulé le contrat n'est pas tenue de restituer en valeur si elle prouve que la perte ou la destruction de l'objet est due à un cas de force majeure.

CHAPITRE 4

INTERPRÉTATION ET CONTENU DU CONTRAT

Section 1. Interprétation des clauses du contrat

Article 4.1.1 : *In claris non fit interpretatio*

1. Une clause claire s'interprète conformément à son sens littéral.
2. Une clause ne sera pas réputée claire si elle admet des sens différents ou si, à la lumière du contexte, il résulte que sa formulation relève d'une erreur manifeste.

Article 4.1.2 : *Critère général d'interprétation*

1. Les contrats et les déclarations des parties sont interprétés selon le sens que leur donnerait une personne raisonnable de même qualité que les parties, placée dans la même situation.
2. En particulier, pour l'interprétation du contrat et des déclarations des parties, sont pris en compte :
 - a) L'intention d'une partie dans la mesure où elle était connue ou devait ou pouvait être connue de l'autre partie.
 - b) Les circonstances au moment de la conclusion du contrat et durant son exécution.
 - c) Les usages commerciaux et les pratiques établis entre les parties.
 - d) Les usages commerciaux et le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche du commerce concernée.
 - e) Les usages généraux dans le commerce international.
 - f) L'objet du contrat.
 - g) Le sens commun dans le commerce.

Article 4.1.3 : *Principe contra proferentem*

Les clauses ambiguës s'interprètent en défaveur de la partie qui les a rédigées.

Article 4.1.4 : *Favor negotii*

Les clauses ambiguës s'interprètent dans le sens qui leur donne effet et qui donne effet à l'ensemble des clauses du contrat.

Article 4.1.5 : *Interprétation systématique*

1. Les clauses d'un contrat s'interprètent au regard de l'ensemble du contrat, attribuant aux clauses particulières le sens le plus conforme avec le reste des clauses et des dispositions du contrat.
2. Les clauses d'un contrat qui ont été négociées individuellement prévalent sur celles qui ne l'ont pas été.

Article 4.1.6 : Divergences entre les versions linguistiques

Lorsqu'un contrat a été rédigé en deux ou plusieurs langues et que les versions divergent entre elles, la version originale du contrat prévaut si les parties n'ont donné préférence à aucune d'elles.

Section 2. Contenu du contrat

Article 4.2.1 : Intégration du contrat

1. Le contenu du contrat résulte exclusivement de l'accord des parties.
2. Si les parties n'ont pas expressément convenu une clause contractuelle qui est déterminante de leurs obligations respectives, cette clause peut être déduite de manière implicite au regard de son caractère objectivement raisonnable et de la finalité du contrat.

Article 4.2.2 : Modification sous une forme convenue

1. Lorsque les parties sont convenues de la forme sous laquelle le contrat peut être modifié ou révoqué, la modification ou la révocation du contrat ne peut se faire sous une autre forme.
2. Toutefois, une partie qui par ses déclarations ou son comportement a conduit l'autre partie à agir raisonnablement en conséquence restera obligée en raison de ses actes et ne pourra pas invoquer cette clause.

Article 4.2.3 : Clause d'intégralité

Le contenu du contrat ne peut être complété ou modifié par les déclarations ou accords antérieurs des parties si le contrat contient une clause stipulant que le contrat renferme tous les accords entre les parties. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du contenu du contrat.

Section 3. Obligations contractuelles

Article 4.3.1 : Obligations de résultat et obligations de moyens

1. Lorsqu'une partie s'engage à fournir le résultat promis, elle est tenue de parvenir à ce résultat.
2. Lorsqu'une partie s'engage seulement à déployer ses meilleurs efforts en vue d'atteindre un certain résultat sans promettre l'obtention de celui-ci, cette partie est tenue d'apporter à

l'exécution de sa prestation la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.

Article 4.3.2 : *Critères de qualification de l'obligation*

Afin de déterminer si une obligation est de résultat ou de moyens, doivent être pris en compte, notamment :

- a) Les clauses expresses et implicites du contrat.
- b) La nature et la finalité du contrat.
- c) Le degré d'incertitude normal dans l'obtention du résultat espéré.
- d) L'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation.

Article 4.3.3 : *Qualité de la prestation*

Lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur est tenu de fournir une prestation de qualité raisonnable et au moins égale à la moyenne, eu égard aux circonstances.

Article 4.3.4 : *Détermination du prix*

1. Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable.
2. Le prix ne peut pas être déterminé arbitrairement par une seule des parties.
3. Lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix n'y procède pas ou ne veut le faire, sauf stipulation contraire, le prix sera fixé par référence au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré et dans des circonstances comparables et, à défaut, à un prix raisonnable.
4. Lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus.

Article 4.3.5 : *Obligation conditionnelle*

Une obligation est conditionnelle si elle dépend d'un événement futur et incertain.

Article 4.3.6 : *Obligations conditionnelles nulles*

Une obligation conditionnelle est nulle, si

- a) l'exécution de la condition relève de la seule discrétion du débiteur ; ou
- b) l'événement érigé en condition est impossible, prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs.

Article 4.3.7 : *Effets des conditions*

1. Une condition est suspensive dès lors que l'obligation prend effet au moment de la réalisation de l'événement.
2. Une condition est résolutoire dès lors que la réalisation de l'événement emporte extinction des effets de l'obligation.
3. Lorsque la condition suspensive est pendante, les règles suivantes s'appliquent :
 - a) Si la chose objet du contrat est perdue en l'absence de faute du débiteur, l'obligation s'éteint. Si la chose est perdue par la faute du débiteur, celui-ci devra verser des dommages-intérêts.
 - b) Si la chose objet du contrat s'est détériorée en l'absence de faute du débiteur, celui-ci se libère en délivrant la chose dans son état actuel. Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier peut opter pour la résolution ou l'exécution du contrat, sans préjudice de réclamer des dommages-intérêts dans les deux cas.
 - c) Le créancier peut accomplir tout acte de conservation de ses droits.
4. Lorsque la condition est réalisée, les effets d'une obligation conditionnelle rétroagissent au jour où elle a été conclue, à moins que ces effets doivent être reportés à une autre date en raison de l'accord des parties ou de la nature de l'événement ou du contrat.

Article 4.3.8 : *Interférence d'une partie dans le jeu de la condition*

1. Lorsque la condition est pendante, une partie ne peut pas agir, sans intérêt légitime, en portant atteinte aux droits de l'autre partie dans le cas où la condition se réalise.
2. La partie qui, sans intérêt légitime, empêche l'accomplissement de la condition ne pourra pas en invoquer la défaillance.
3. La partie qui, sans intérêt légitime, provoque l'accomplissement de la condition ne pourra pas en invoquer la réalisation.

Section 4. Pluralité de parties

Article 4.4.1 : *Pluralité de débiteurs*

1. Lorsque plusieurs débiteurs s'engagent envers un même créancier pour la même obligation, cette obligation est solidaire entre les codébiteurs si chacun est tenu pour le tout, de sorte que le créancier peut demander l'exécution à l'un quelconque des codébiteurs et l'exécution faite par l'un d'entre eux libèrera les autres.
2. Quand les codébiteurs ne se sont engagés que de façon séparée, la part de chacun dans la dette est, à défaut de stipulation contraire, réputée égale.

Article 4.4.2 : *Source de la solidarité entre les débiteurs*

Une obligation souscrite par une pluralité de débiteurs est présumée solidaire, sauf stipulation contraire.

Article 4.4.3 : *Solidarité variable entre débiteurs*

L'obligation peut être solidaire entre certains débiteurs seulement et non entre tous.

Article 4.4.4 : *Droits du créancier*

Le créancier peut réclamer à un ou plusieurs des codébiteurs de son choix l'exécution totale ou partielle de l'obligation.

Article 4.4.5 : *Effets de l'exécution ou de la réclamation partielles*

1. L'exécution obtenue par l'un des codébiteurs solidaires n'éteint pas l'obligation solidaire, sauf en ce qui concerne la part qui a été satisfaite par ce codébiteur.
2. Les actions exercées contre l'un des débiteurs solidaires suspendent la prescription à l'égard de l'ensemble des codébiteurs.

Article 4.4.6 : *Moyens de défense opposables*

Le codébiteur solidaire peut opposer tous les moyens de défense communs et ceux qui lui sont personnels, mais pas les moyens de défense personnels des autres débiteurs.

Article 4.4.7 : *Extinction d'une obligation solidaire*

1. L'exécution de l'obligation ou de la compensation effectuée conformément à la section 2 du chapitre 6 des présents Principes éteint l'obligation, soit totalement soit à concurrence du montant exécuté ou compensé.
2. La remise de dette accordée à un codébiteur solidaire éteint l'obligation solidaire, à moins que le créancier ne déclare expressément qu'elle ne bénéficie qu'à ce codébiteur. Dans ce cas, la remise ne libère les autres débiteurs que pour la seule part du codébiteur libéré.
3. La renonciation à la solidarité accordée par le créancier à l'un des codébiteurs n'emporte pas perte de la solidarité entre les autres codébiteurs lesquels ne sont libérés que pour la part du codébiteur concerné par la renonciation.
4. La confusion des qualités de créancier et de codébiteur d'une même dette éteint l'obligation à concurrence de la part de ce codébiteur.

Article 4.4.8 : *Rapports entre codébiteurs solidaires*

1. À défaut de stipulation contraire, les débiteurs solidaires sont tenus par parts égales.
2. À défaut de stipulation contraire et si l'un des codébiteurs devient insolvable, sa part sera partagée au *pro rata* entre les autres débiteurs.

Article 4.4.9 : *Droit de recours et subrogation*

1. Le codébiteur solidaire qui a payé plus que sa part peut exercer un recours pour réclamer la différence aux autres codébiteurs, seulement à hauteur de la part de chacun.

2. Le codébiteur solidaire qui a payé plus que sa part est subrogé dans les droits du créancier.
3. Face à la réclamation du codébiteur solidaire, l'un quelconque des débiteurs peut opposer les moyens de défense communs qui n'auront pas été invoqués par le débiteur ayant payé ainsi que des moyens de défense personnels, mais non les moyens qui seront personnels aux autres débiteurs.

Article 4.4.10 : *Solidarité de créanciers*

Lorsqu'un même débiteur s'engage envers plusieurs créanciers pour une même obligation, cette obligation est solidaire entre les cocréanciers si chaque cocréancier peut réclamer au débiteur l'exécution totale de l'obligation et si le paiement fait à l'un quelconque d'entre eux libère le débiteur.

Article 4.4.11 : *Source de la solidarité entre créanciers*

La solidarité entre créanciers ne se présume pas et doit être expresse.

Article 4.4.12 : *Solidarité variable entre créanciers*

La créance peut être solidaire entre certains créanciers seulement et non entre tous.

Article 4.4.13 : *Droits du débiteur*

Pour exécuter son obligation ou réaliser le paiement, le débiteur peut s'adresser à l'un quelconque des cocréanciers.

Article 4.4.14 : *Moyens de défense et extinction de l'obligation du débiteur*

1. Le débiteur peut opposer au créancier, qui le poursuit en exécution, tous les moyens de défense communs aux cocréanciers et tous les moyens personnels de ce créancier, mais non les moyens de défense personnels des autres créanciers.
2. L'exécution de l'obligation et de la compensation effectuée conformément à la section 2 du chapitre 6 des présents Principes éteignent l'obligation à concurrence de la part exécutée ou compensée.
3. La remise de dette ou la confusion n'éteignent l'obligation qu'à concurrence de la part du créancier qui procède à la remise ou en la personne duquel s'opère la confusion comme créancier et débiteur.

Article 4.4.15 : *Recours entre créanciers*

1. À défaut de stipulation contraire, les parts des cocréanciers sont présumées égales.
2. Le créancier solidaire qui a reçu plus que sa part doit rembourser l'excédent à ses cocréanciers, chacun pour sa part.

EFFETS DU CONTRAT

Section 1. Durée du contrat

Article 5.1.1 : Contrats à durée indéterminée

1. Une partie peut, unilatéralement et à tout moment, résilier un contrat à exécution successive et à durée indéterminée sans besoin d'invoquer une cause, pourvu qu'elle le notifie moyennant un préavis raisonnable.
2. Pourvu qu'un délai de préavis raisonnable soit respecté, la partie qui décide de résilier le contrat doit uniquement compenser l'autre partie pour les dépenses raisonnables engagées en vue de l'exécution du contrat.

Article 5.1.2 : Contrats à durée déterminée

1. Les contrats à exécution successive à durée déterminée prennent fin à l'expiration de la durée prévue au contrat.
2. Toutefois, si une partie notifie à l'autre sa volonté de renouveler le contrat, la partie qui s'oppose à son renouvellement doit le notifier dans un délai raisonnable avant l'expiration du contrat.
3. Le contrat à durée déterminée qui se poursuit au-delà de la date d'expiration devient un contrat à durée indéterminée.

Section 2. Effets à l'égard des tiers

Article 5.2.1 : Stipulation pour autrui

1. Les parties au contrat (le « stipulant » et le « promettant ») peuvent stipuler au profit d'un tiers (le « bénéficiaire ») qui acquiert, sauf stipulation contraire, le droit d'en exiger l'exécution auprès du promettant.
2. L'existence et le contenu du droit que le bénéficiaire peut exercer à l'encontre du promettant sont déterminés par l'accord des parties.

Article 5.2.2 : Clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité

Les parties peuvent consentir au bénéficiaire le droit d'invoquer, à l'encontre du promettant, une clause du contrat qui exclut ou limite la responsabilité du stipulant.

Article 5.2.3 : Révocation d'une stipulation en faveur d'un tiers

La stipulation peut être modifiée ou révoquée tant que le bénéficiaire n'a pas notifié son acceptation à l'une quelconque des parties au contrat.

Article 5.2.4 : *Moyens de défense opposables*

Le promettant peut opposer au bénéficiaire, à défaut de stipulation contraire, les moyens de défense dérivés du contrat comportant la stipulation pour autrui.

CHAPITRE 6

EXÉCUTION DU CONTRAT

Section 1. Dispositions générales

Article 6.1.1 : Lieu d'exécution

1. Si le contrat ne détermine pas le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle, le lieu d'exécution est :

- a) Pour les obligations pécuniaires, le lieu de l'établissement ou, à défaut, de la résidence du créancier au moment de la conclusion du contrat.
- b) Pour les autres cas, le lieu d'établissement ou, à défaut, de la résidence habituelle du débiteur au moment de la conclusion du contrat.

2. En cas de pluralité d'établissements, celui qui a le lien le plus étroit avec le contrat au moment de sa conclusion sera retenu.

3. Nonobstant, si une partie a modifié son lieu d'établissement ou de résidence après la conclusion du contrat, elle pourra demander ou réaliser l'exécution au lieu de l'établissement ou de la résidence postérieure, à condition qu'elle le notifie, préalablement et dans un délai raisonnable, à l'autre partie. Dans ce cas, la partie qui a modifié son établissement ou sa résidence supportera les dépenses et les frais occasionnés par le changement du lieu d'exécution.

Article 6.1.2 : Moment d'exécution

1. Le débiteur doit exécuter ses obligations :

- a) Si une date est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à cette date.
- b) Si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le choix du moment appartienne à l'autre partie.
- c) À défaut, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat.

2. Le débiteur doit, dans la mesure du possible et sauf indication contraire découlant des circonstances, exécuter ses obligations en une seule fois.

Article 6.1.3 : Exécution anticipée

1. Le créancier ne peut refuser, sauf intérêt légitime, l'exécution anticipée d'une obligation.
2. Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution avant l'échéance sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen dont dispose le créancier.

3. L'acceptation par le créancier d'une exécution avant l'échéance n'a aucun effet sur la date à laquelle il doit exécuter ses propres obligations.

Article 6.1.4 : *Ordre d'exécution*

1. À défaut d'accord, dans la mesure où les prestations de chaque partie peuvent être exécutées simultanément, les parties sont tenues de les exécuter ainsi, à moins de circonstances indiquant le contraire.

2. Nonobstant, dans la mesure où la prestation d'une seule partie exige un délai d'exécution, cette partie est tenue de l'exécuter en premier, à moins de circonstances indiquant le contraire.

Article 6.1.5 : *Exécution partielle*

1. Le créancier peut, à l'échéance, refuser d'accepter une offre d'exécution partielle, qu'elle soit ou non accompagnée d'une assurance de bonne exécution du solde, à moins de n'avoir aucun intérêt légitime à le faire.

2. Les frais supplémentaires occasionnés au créancier du fait de l'exécution partielle sont à la charge du débiteur, sans préjudice de tout autre moyen du créancier.

3. Si l'obligation est divisible, le créancier qui accepte l'exécution partielle peut n'exécuter son obligation que partiellement, à proportion.

Article 6.1.6 : *Exécution par un tiers*

À moins que l'obligation ne revête un caractère essentiellement personnel, le créancier ne peut refuser qu'un tiers autorisé par le débiteur exécute l'obligation.

Article 6.1.7 : *Moyens de paiement*

1. Le paiement peut être effectué par tout moyen de paiement en usage dans les relations d'affaires.

2. Toutefois, le créancier qui accepte un chèque, un autre ordre de paiement ou un engagement de payer n'est présumé le faire qu'à la condition que ces instruments soient honorés.

Article 6.1.8 : *Monnaie de paiement*

1. Les parties déterminent librement la monnaie de paiement. Si le paiement dans la monnaie déterminée devient impossible ou si la monnaie de paiement n'a pas été déterminée, le paiement s'effectue dans la monnaie de paiement du lieu où il doit être effectué.

2. En l'absence d'accord, toute obligation de somme d'argent exprimée dans une monnaie différente de celle du lieu de paiement peut être payée dans la monnaie du lieu où le paiement doit être effectué, à condition qu'elle soit librement convertible.

3. Le paiement dans la monnaie du lieu de paiement doit être effectué selon le taux de change applicable dans ce lieu de paiement au moment où il doit être effectué. Si le débiteur

ne paye pas au moment convenu, le créancier peut choisir entre le taux de change applicable au lieu de paiement à l'échéance ou au moment où le paiement est effectué.

Article 6.1.9 : *Imputation du paiement*

1. À défaut d'accord, le débiteur tenu de plusieurs dettes de sommes d'argent à l'égard d'un même créancier peut indiquer, au moment du paiement, sur quelle dette il entend l'imputer, à condition qu'il ne préfère pas une dette échue à une dette non échue. Toutefois, le paiement est imputé d'abord sur les frais, puis sur les intérêts échus et, enfin, sur le capital.
2. À défaut d'indication par le débiteur, le créancier peut, dans un délai raisonnable après le paiement, indiquer au débiteur la dette sur laquelle il l'impute, pourvu que celle-ci soit échue et non litigieuse.
3. À défaut d'imputation en vertu de l'un des paragraphes précédents, le paiement est imputé sur la dette qui satisfait à l'un des critères suivants dans l'ordre fixé ci-après :
 - a) la dette échue ou à échoir en premier ;
 - b) la dette pour laquelle le créancier a la garantie la plus faible ;
 - c) la dette la plus onéreuse pour le débiteur ;
 - d) la dette la plus ancienne.
4. Si aucun des critères précédents ne s'applique, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les dettes.
5. Les règles précédentes s'appliquent autant que faire se peut à l'imputation des obligations non pécuniaires.

Article 6.1.10 : *Refus de l'exécution*

1. Le créancier ne peut refuser que le débiteur exécute ses obligations dans les conditions prévues au contrat et, à défaut, en vertu des règles prévues dans les présents Principes.
2. Si le créancier refuse que le débiteur exécute une obligation pécuniaire, celui-ci peut se libérer en consignating les fonds, si possible, conformément à la loi du lieu de paiement.
3. Si le créancier refuse que le débiteur exécute une obligation non pécuniaire, il incombe à celui-ci de prendre les mesures raisonnables de nature à atténuer les conséquences du refus. En particulier, si le créancier refuse de prendre livraison ou de réceptionner un bien, le débiteur peut se libérer en consignating le bien, si possible, conformément à la loi du lieu de paiement.

Article 6.1.11 : *Autorisations publiques*

1. La partie tenue de solliciter et de gérer les licences et les autorisations publiques exigées comme conditions de validité ou d'exécution du contrat ou de ses obligations est déterminée conformément aux lois de police du pays concerné et, à défaut, conformément aux accords des parties.
2. À défaut d'accord, il est présumé que l'obligation de solliciter et de gérer les licences et les autorisations publiques incombent à la partie qui est établie dans l'État concerné, à moins que

cela ne soit déraisonnable au regard des circonstances. À défaut, l'obligation incombe à la partie qui doit exécuter l'obligation nécessitant une telle autorisation ou licence.

3. L'obligation de solliciter et de gérer les autorisations et les licences mentionnées aux paragraphes précédents exige que la partie obligée apporte la diligence d'une personne raisonnable, la prise en charge des frais qui en découlent et la notification sans délai à l'autre partie de leur octroi ou refus.

Article 6.1.12 : *Coûts de l'exécution*

Sauf stipulation contraire, chaque partie supporte les frais de l'exécution de ses obligations.

Section 2. *Compensation*

Article 6.2.1 : *Conditions et effets de la compensation*

1. Lorsque deux personnes sont, réciproquement et à titre principal, débitrices l'une envers l'autre, chacune d'elles peut compenser la dette qu'elle a à l'égard de l'autre. Les deux parties doivent avoir le pouvoir de disposition de leurs droits.
2. La compensation a pour effet d'éteindre les deux dettes à compter du jour de sa notification.
3. Si les dettes diffèrent dans leur montant, la compensation les éteint à concurrence du montant de la dette la moins élevée.

Article 6.2.2 : *Dettes susceptibles de compensation*

1. La compensation peut être déclarée quand les deux dettes sont des sommes d'argent ou portent sur des choses fongibles de même nature et qualité, si celles-ci sont indiquées.
2. Lorsque des dettes en sommes d'argent doivent être payées dans des monnaies différentes, la compensation ne peut s'exercer que si les deux monnaies sont librement convertibles et si les parties n'ont pas convenu que le déclarant de la compensation paierait sa dette exclusivement dans une monnaie déterminée.
3. La compensation ne peut être déclarée que si les deux dettes sont échues et exigibles.
4. La compensation ne peut pas être exercée si la créance n'est pas certaine dans son existence ou dans son montant, à moins que cela ne porte pas préjudice aux intérêts du créancier. Dès lors que les droits des deux parties découlent de la même relation juridique, l'intérêt du créancier est présumé non lésé.

Article 6.2.3 : *Dettes payables dans des lieux différents*

Si la compensation porte sur des dettes payables dans des lieux différents, les préjudices subis par une partie du fait que l'exécution ne se rend pas dans le lieu prévu doivent être compensés.

Article 6.2.4 : *Pluralité de dettes*

En cas de pluralité de dettes, le débiteur peut indiquer sur quelle créance il entend imputer la compensation. À défaut, les règles relatives à l'imputation du paiement prévues dans l'article 6.1.9 des présents Principes s'appliquent.

Section 3. Hardship

Article 6.3.1 : Hardship

1. Les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations, même si en raison des circonstances l'exécution est devenue plus onéreuse que ce à quoi les parties auraient raisonnablement pu s'attendre au moment de la conclusion du contrat.
2. Néanmoins, une partie peut résoudre le contrat si elle prouve que :
 - a) l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse du fait d'un événement hors de son contrôle raisonnable, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou pris en considération au moment de la conclusion du contrat ; et que
 - b) elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ou atténuer l'événement ou ses conséquences ; et que
 - c) elle n'a pas assumé le risque découlant de cet événement.
3. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre l'exécution excessivement onéreuse doit le notifier par écrit à l'autre partie aussitôt que possible, en fournissant les preuves admissibles de l'événement et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles.
4. Si l'une des parties avait obtenu un quelconque profit avant la résolution du contrat en vertu de tout acte de l'autre partie accompli en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit reçu.

Article 6.3.2 : *Frustration de la finalité du contrat*

La réglementation contenue dans l'article précédent est également applicable dans les cas où les événements en question conduisent à une frustration substantielle de la finalité du contrat assumée par les deux parties.

CHAPITRE 7

INEXÉCUTION DU CONTRAT

Section 1. Dispositions générales

Article 7.1.1 : *Définition d'inexécution*

L'inexécution consiste pour une partie à ne pas exécuter, pour quelque cause que ce soit, toutes les obligations contractuelles auxquelles elle s'est contractuellement engagée.

Article 7.1.2 : *Inexécution essentielle*

L'inexécution de l'obligation est essentielle si :

- a) le strict respect de l'obligation fait partie de l'essence même du contrat ; ou
- b) l'inexécution prive substantiellement l'autre partie contractante de ce à quoi elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que lors de la conclusion du contrat le résultat n'avait pas été prévu ni ne pouvait raisonnablement l'être ; ou
- c) l'inexécution permet à la partie lésée de croire que, au regard des circonstances, elle ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution par l'autre partie.

Article 7.1.3 : *Remèdes en cas d'inexécution*

1. En cas d'inexécution, et sous réserve du droit de correction par le débiteur, le créancier bénéficie des remèdes prévus dans ce chapitre, mais il ne peut pas réclamer des dommages-intérêts si l'inexécution est justifiée conformément à l'article 7.1.8 de ces Principes.
2. Les remèdes peuvent se cumuler à moins qu'ils soient incompatibles.
3. Le créancier qui réclame le droit à l'exécution peut se prévaloir d'un autre moyen si elle n'obtient pas satisfaction.

Article 7.1.4 : *Suspension de l'exécution*

1. Une partie tenue d'exécuter son obligation, en même temps que l'autre partie, peut en suspendre l'exécution tant que cette dernière n'a pas exécuté ou n'a pas offert d'exécuter la sienne.
2. Une partie tenue d'exécuter son obligation, après l'autre partie, peut en suspendre l'exécution tant que cette dernière n'a pas exécuté la sienne.
3. En tout état de cause, la partie tenue d'exécuter son obligation peut en suspendre l'exécution s'il est évident que l'autre partie n'exécutera pas la sienne à l'échéance.

Article 7.1.5 : *Correction par le débiteur*

1. Le débiteur peut, à ses frais, prendre toute mesure destinée à corriger l'inexécution, pourvu que :
 - a) il donne, sans retard indu, notification de la mesure indiquant comment et à quel moment elle sera effectuée ;
 - b) la mesure soit appropriée aux circonstances ;
 - c) le créancier n'ait aucun intérêt légitime à la refuser ; et
 - d) la mesure soit prise sans retard.
2. Le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations tant que la correction n'a pas été effectuée.
3. Nonobstant la correction, le créancier conserve le droit à des dommages-intérêts pour le retard occasionné, de même que pour le préjudice causé ou qui n'a pu être empêché.

Néanmoins, les droits du créancier qui sont incompatibles avec l'exécution des prestations du débiteur sont eux-mêmes suspendus par la notification effective de la correction jusqu'à l'expiration du délai prévu.

4. La notification de la résolution du contrat ne porte pas atteinte au droit à la correction.

Article 7.1.6 : Délai d'exécution supplémentaire

1. En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations.

2. Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses propres obligations et demander des dommages-intérêts mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen, à moins que le débiteur n'indique qu'il n'exécutera pas l'obligation durant le délai supplémentaire impartit.

3. Si le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle, le créancier qui a notifié à l'autre partie la concession d'un délai supplémentaire d'exécution d'une durée raisonnable peut résoudre le contrat dès la fin de ce délai. Un délai supplémentaire d'une durée déraisonnable est porté à une durée raisonnable.

4. En tout état de cause, le créancier peut, dans sa notification, stipuler que l'inexécution des obligations dans le délai impartit mettra fin de plein droit au contrat.

Article 7.1.7 : Clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité

Une clause, qui limite ou exclut la responsabilité d'une partie en cas d'inexécution de sa part ou qui permet en partie une exécution substantiellement différente de celle à laquelle l'autre partie peut raisonnablement s'attendre, ne peut pas être invoquée dès lors qu'il serait manifestement inéquitable de le faire au regard du but du contrat et des circonstances propres à son inexécution.

Article 7.1.8 : Force majeure

1. Une partie peut justifier l'inexécution de ses obligations si l'exécution devient impossible pour des raisons de force majeure.

2. Il est considéré que la force majeure existe lorsqu'une partie prouve la survenance d'un événement :

- a) étranger à sa responsabilité et hors de son contrôle raisonnable, et
- b) dont elle n'a pas assumé le risque, et
- c) qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu ou attendu au moment de la conclusion du contrat, et
- d) qui rend impossible l'exécution de ses obligations.

3. La partie qui invoque tout événement pouvant rendre impossible l'exécution doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves admissibles de l'événement et en prenant toutes les mesures raisonnables afin de limiter ses effets sur l'exécution de ses obligations contractuelles. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui l'invoque a eu, ou aurait dû avoir,

connaissance de l'empêchement, la partie destinataire de la notification a le droit à des dommages-intérêts pour le préjudice découlant du défaut ou du retard de réception.

4. Le contrat est réputé résolu dès la notification, à moins que l'autre partie n'indique sa volonté contraire dans un délai raisonnable. Si l'une des parties avait obtenu un profit avant la résolution du contrat en vertu d'un acte quelconque accompli par l'autre partie en exécution du contrat, elle devra compenser l'autre partie en payant une somme d'argent équivalente à la valeur du profit obtenu.

5. Si l'impossibilité d'exécution est temporelle, la résolution du contrat se produira uniquement si le retard d'exécution prive substantiellement l'une des parties de ses attentes raisonnables. Dans le cas contraire, la partie qui invoque le cas de force majeure devra exécuter le contrat une fois que l'impossibilité aura disparu.

6. Si l'impossibilité d'exécution est partielle, la résolution du contrat se produira uniquement si le retard dans l'exécution prive substantiellement l'une des parties de ses attentes raisonnables. *A contrario*, la partie qui invoque le cas de force majeure devra exécuter partiellement le contrat avec une adaptation proportionnée de la contreprestation de l'autre partie.

Section 2. Droit à l'exécution

Article 7.2.1 : Portée du droit à l'exécution

1. Le créancier a le droit à l'exécution de l'obligation, quel que soit son objet.
2. Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse.

Article 7.2.2 : Exécution d'obligations non pécuniaires

Il est fait exception au droit à l'exécution d'une obligation non pécuniaire lorsque :

- a) l'exécution est impossible en droit ou en fait ; ou
- b) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou
- c) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ; ou
- d) le créancier, en raison des circonstances, peut en obtenir satisfaction d'une façon plus raisonnable ; ou
- e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.

Section 3. Résolution

Article 7.3.1 : Droit à la résolution du contrat

1. Une partie peut résoudre le contrat en cas d'inexécution essentielle de la part de l'autre partie.

2. Une partie peut également résoudre le contrat en cas d'inexécution non essentielle de la part de l'autre partie, après l'expiration du délai supplémentaire accordé conformément à l'article 7.1.6 et si l'autre partie n'a toujours pas exécuté ou corrigé l'inexécution de l'obligation, à moins que les conséquences soient de faible importance.

Article 7.3.2 : Inexécution anticipée et insuffisance de garanties

1. Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie.

2. La partie qui croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie peut exiger d'elle des garanties suffisantes de bonne exécution dans un délai raisonnable et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations. Elle peut résoudre le contrat si ces garanties ne sont pas fournies dans ledit délai raisonnable.

Article 7.3.3 : Exercice de la résolution

1. Sauf stipulation contraire, la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.

2. Lorsque le créancier a accordé un délai supplémentaire d'exécution indiquant, conformément au paragraphe trois de l'article 7.1.6, que le contrat sera considéré comme étant automatiquement résolu si le débiteur n'exécute pas l'obligation dans le délai imparti, une nouvelle notification n'est pas nécessaire et le contrat sera résolu à l'échéance du délai supplémentaire ou du délai raisonnable imparti.

3. Lorsque l'offre d'exécution est tardive ou que l'exécution n'est pas conforme, le créancier perd le droit de résoudre le contrat s'il ne fait pas parvenir à l'autre partie une notification dans ce sens dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'offre ou de la non-conformité ou à partir de la fin d'un délai supplémentaire d'exécution, le cas échéant.

Article 7.3.4 : Effets de la résolution

1. La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives.

2. Elle n'a pas d'effet sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clause destinée à produire effet même en cas de résolution.

3. Chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution matérielle s'avère impossible ou non raisonnable, elle doit être effectuée en valeur. Néanmoins, la partie qui a résolu le contrat n'est pas tenue à la restitution de la valeur si elle prouve que la perte ou la destruction de l'objet a pour cause la force majeure.

4. La partie tenue à la restitution doit remettre les profits perçus de la chose et a le droit à une indemnité pour les dépenses nécessaires ou de conservation engagées.

Article 7.3.5 : Cumul avec des dommages-intérêts

La résolution n'exclut pas le droit de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution si des préjudices subsistent après la résolution. Néanmoins, le débiteur n'est pas responsable des

pertes subies par le créancier dans la mesure où celui-ci aurait pu les réduire en prenant des mesures raisonnables.

Section 4. Dommages-intérêts

Article 7.4.1 : Droit aux dommages-intérêts

1. L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans les présents Principes.
2. N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.
3. Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte subie par le créancier et le bénéfice dont il a été privé.
4. Les préjudices non matériels produits par l'inexécution du contrat, tels que la souffrance, la perte de jouissance ou l'angoisse sont aussi indemnisables.

Article 7.4.2 : Extension du préjudice indemnisable

Le débiteur est tenu du seul préjudice prévu ou qui aurait pu raisonnablement être prévu par les parties au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution.

Article 7.4.3 : Atténuation du préjudice

1. Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.
2. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice indépendamment de leur efficacité.

Article 7.4.4 : Préjudice imputable au créancier

Le débiteur n'est pas responsable du préjudice subi par le créancier dans la mesure où les actes du créancier ont contribué à produire l'inexécution ou ses effets.

Article 7.4.5 : Calcul du préjudice

1. Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement.
2. Le créancier qui, ayant résolu le contrat, ne procède pas à un contrat de remplacement peut, s'il existe un prix courant pour la prestation convenue, recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution. Par prix courant, on entend le prix généralement pratiqué pour une prestation effectuée dans des circonstances comparables

au lieu où elle aurait dû être effectuée ou, à défaut du prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il paraît raisonnable de prendre comme lieu de référence.

3. Les dispositions des paragraphes précédents s'entendent sans préjudice du droit de la partie lésée d'obtenir des dommages et intérêts supplémentaires conformément aux règles de cette section.

Article 7.4.6 : Dommages-intérêts moratoires

1. Sauf stipulation contraire, le retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire, même justifié, donne droit au créancier aux intérêts.

2. Les intérêts courent à compter du jour où l'obligation est exigible.

3. Sauf stipulation contraire, le retard non justifié dans l'exécution d'une obligation pécuniaire donne également droit au créancier d'être indemnisé pour les préjudices supplémentaires subis, qui sont indemnisables conformément aux règles de cette section.

Article 7.4.7 : Clauses de liquidation des dommages-intérêts

1. Lorsque les parties sont convenues d'une somme due en cas d'inexécution d'une obligation, cette somme sera due, indépendamment de l'existence ou de l'étendue du dommage.

2. Toutefois, si elle apparaît, au vu du préjudice effectif ou en raison des circonstances, excessive ou disproportionnée, elle sera réduite même si les parties en ont convenu autrement.

CHAPITRE 8

CESSION

Section 1. Cession de droits

Article 8.1.1 : Champ d'application

1. À travers la cession de droits, le créancier (le « cédant ») transfère ou apporte comme garantie à un tiers (le « cessionnaire ») ses droits dans un contrat.

2. Cette section ne s'applique pas :

a) aux cessions de créances régies par des règles spéciales relatives au transfert conjoint d'une entreprise ;

b) aux cessions de créances cambiales, d'instruments financiers et de titres représentatifs de droits de propriété.

Article 8.1.2 : Conditions relatives aux droits cédés

1. Sont cessibles les droits au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une prestation non pécuniaire qui satisfont aux conditions suivantes :

- a) les droits existent au jour de la cession ou, s'ils sont futurs, sont identifiables ; et
 - b) les droits sont identifiés individuellement ou sont identifiables.
2. Un droit peut être cédé totalement ou partiellement, en faveur d'un ou de plusieurs cessionnaires. La cession partielle ou celle effectuée au profit d'une pluralité de cessionnaires ne sera valable que si le droit cédé est divisible.

Article 8.1.3 : *Conditions relatives aux parties*

1. La cession requiert un accord entre le cédant et le cessionnaire.
2. Le consentement du débiteur cédé est toutefois requis si :
 - a) son obligation est personnelle ; ou
 - b) son obligation devient plus onéreuse en raison de la cession, ou
 - c) le cédant et le débiteur sont convenus d'un tel consentement ou d'une incessibilité de ces droits.
3. Le consentement du débiteur peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.

Article 8.1.4 : *Effets de la cession*

1. La cession produit ses effets à l'encontre du débiteur :
 - a) Lorsqu'il reçoit notification de la cession, si son consentement n'était pas exigé, ou s'il l'a donné préalablement.
 - b) Lorsqu'il donne son consentement, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.
2. Après que la cession a pris effet, le débiteur ne se libère qu'en s'exécutant auprès du cessionnaire.
3. Lorsqu'un cessionnaire cède à nouveau le droit cédé à un autre cessionnaire, le débiteur cédé se libère conformément à la dernière cession qui a pris effet.
4. Lorsqu'un seul cédant cède le même droit à deux ou plusieurs cessionnaires, le débiteur se libère conformément à la première cession qui a pris effet.

Article 8.1.5 : *Situation du débiteur*

1. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tous les moyens de défense dont il disposait à l'encontre du cédant.
2. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout droit de compensation qu'il détenait à l'encontre du cédant et né avant que la cession ne produise ses effets.
3. Le débiteur doit être tenu quitte des dépenses supplémentaires causées par la cession. Le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement au paiement de ces dépenses.

Article 8.1.6 : *Situation du cédant*

À défaut de stipulation contraire, le cédant garantit au cessionnaire que :

- a) le droit existe ou est un droit futur identifiable, qui peut être cédé et qui est libre de toute prétention ou droit d'un tiers ; et
- b) il a la capacité de céder le droit, que le débiteur n'a pas de moyens de droit et qu'il n'existe et n'existera pas de droit de compensation avec les dettes du cédant.

Article 8.1.7 : Situation du cessionnaire

1. Le cessionnaire acquiert le droit cédé ainsi que ses accessoires et sûretés.
2. Néanmoins et sauf manifestation de volonté contraire du garant, les sûretés octroyées par des tiers s'éteindront si :
 - a) l'obligation du débiteur devient plus onéreuse comme conséquence de la cession ; ou
 - b) le créancier et le débiteur étaient convenus de l'incessibilité de leurs droits ; ou
 - c) le garant avait donné sa garantie sous condition que le droit ne soit pas cédé.

Section 2. Cession d'obligations

Article 8.2.1 : Domaine d'application

1. La cession d'une obligation résulte de l'accord du débiteur ou du créancier (« cédant ») avec un tiers (« cessionnaire ») qui accepte d'exécuter l'obligation contractuelle.
2. Cette section ne s'applique pas aux cessions d'obligations soumises à des règles spéciales relatives au transfert conjoint d'une entreprise.

Article 8.2.2 : Types de cession

1. Le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de :
 - a) la libération du débiteur initial ; ou
 - b) une obligation subsidiaire d'exécution pour le débiteur initial, au cas où le cessionnaire n'exécute pas convenablement sa prestation ; ou
 - c) une obligation solidaire d'exécution pour le débiteur initial et le cessionnaire.
2. Il peut être convenu différents types de cessions pour différentes obligations du même contrat.
3. À défaut d'accord exprès ou tacite sur le type de cession, le débiteur initial et le cessionnaire seront responsables solidairement.

Article 8.2.3 : Conditions relatives aux obligations cédées

1. Peuvent être cédées les obligations relatives au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une prestation non pécuniaire qui répondent aux conditions suivantes :

- a) les obligations existent au moment de la cession ou sont des obligations futures identifiables ; et
 - b) les obligations sont identifiées individuellement ou sont identifiables.
2. Une obligation peut être cédée totalement ou partiellement, en faveur d'un ou de plusieurs cessionnaires. La cession partielle ou à une pluralité de cessionnaires n'est valable que si le droit cédé est divisible.

Article 8.2.4 : *Conditions relatives aux parties*

1. La cession par le créancier n'exige pas le consentement du débiteur, à moins que le contrat :
- a) ait prévu ce consentement ; ou
 - b) ait interdit la cession de droits.
2. La cession par le débiteur exige le consentement du créancier.
3. Le consentement peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.
4. À défaut de consentement, le débiteur initial est toujours obligé envers le créancier. L'exécution par le cessionnaire est régie par les règles applicables à l'exécution par un tiers contenues à l'article 6.1.6 des présents Principes.

Article 8.2.5 : *Libération du débiteur initial*

1. En cas de libération du débiteur initial, ses moyens de défense à l'égard du créancier peuvent être opposés par le cessionnaire.
2. Les moyens de défense du cessionnaire à l'égard du débiteur initial ne peuvent pas être opposés au créancier.
3. Les créances du cessionnaire peuvent être compensées avec celles du créancier. Néanmoins, les créances du débiteur initial ne seront pas objet de compensation après sa libération.
4. La libération du débiteur initial éteint les sûretés prévues pour l'exécution, sauf manifestation de volonté contraire du garant.

Article 8.2.6 : *Obligation subsidiaire du débiteur initial*

1. Lorsque le débiteur initial devient subsidiairement obligé, le cessionnaire aura les droits et les obligations prévus à l'article précédent.
2. Le débiteur initial, quand il est responsable subsidiairement, pourra invoquer la compensation de ses propres créances.
3. Les sûretés établies avant la cession garantissent l'exécution subsidiaire du débiteur initial.

Article 8.2.7 : *Obligation solidaire entre le débiteur et le cessionnaire*

1. Lorsque le débiteur initial devient obligé solidairement, le droit du cessionnaire à opposer les moyens de défense du débiteur initial, le droit de compensation et les effets sur les sûretés seront régis par les règles relatives aux obligations solidaires.
2. Les moyens de défense du cessionnaire à l'encontre du débiteur cédant sont opposables au créancier conformément aux règles relatives aux stipulations pour autrui. Le cessionnaire sera considéré comme promettant, le débiteur original comme stipulant et le créancier comme bénéficiaire.

Section 3. Cession de contrat

Article 8.3.1 : Domaine d'application

1. Par la cession du contrat, l'une des parties (le « cédant ») transfère à un tiers (le « cessionnaire »), les droits et obligations nés du contrat conclu avec l'autre partie (« contractant cédé »).
2. Cette section ne s'applique pas aux cessions de contrats soumises à des règles spéciales sur le transfert conjoint d'une entreprise.

Article 8.3.2 : Conditions relatives aux parties

1. La cession exige le consentement du contractant cédé.
2. Le consentement peut être donné de manière expresse ou tacite, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.

Article 8.3.3 : Effets de la cession

1. La cession produit des effets à l'égard du contractant cédé :
 - a) Dès qu'elle donne son consentement, simultanément ou postérieurement à la conclusion de l'accord de cession.
 - b) Si elle donne son consentement à l'avance, dès qu'elle reçoit la notification de la cession ou qu'elle a pu en connaître l'existence.
2. Après que la cession a produit des effets à son égard, le contractant cédé ne se libère qu'en s'exécutant auprès du cessionnaire.
3. Lorsqu'un cessionnaire cède à nouveau le contrat à un autre cessionnaire, le contractant cédé se libère conformément à la dernière cession qui a produit des effets.

Article 8.3.4 : Régime de la cession

1. La section 1 de ce chapitre s'applique, en tant que de raison, à la cession du contrat comportant le transfert de droits.
2. La section 2 de ce chapitre s'applique, en tant que de raison, à la cession du contrat comportant le transfert d'obligations.

CHAPITRE 9 PRESCRIPTION

Article 9.1 : Droits et actions susceptibles de prescription

Sauf disposition contraire, les droits et actions dérivant des contrats conclus s'éteignent par prescription à l'expiration d'un délai fixé conformément aux règles suivantes.

Article 9.2 : Délais de prescription

1. Le délai général de prescription est de trois ans à compter du jour où une partie a connu ou aurait dû raisonnablement connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.
2. Les parties peuvent convenir d'une réduction ou d'un allongement des délais de prescription, dans la limite d'un an au minimum et de dix ans au maximum.
3. Le délai maximum de prescription est de quinze ans à compter du jour où le droit aurait pu être exercé, et ce nonobstant l'ignorance des faits ayant permis son exercice, et quels que soient les accords des parties ou l'existence de causes de suspension.

Article 9.3 : Suspension de la prescription

1. Le délai de prescription général ou conventionnel est suspendu par l'ouverture d'une procédure judiciaire, arbitrale, de médiation ou de toute autre nature portant sur le droit en question, ainsi que par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de dissolution du débiteur à l'encontre duquel une partie exerce son droit. La suspension est prolongée jusqu'au prononcé de la décision définitive ou au terme de la procédure.
2. La mort ou l'incapacité d'une partie au contrat ainsi que l'existence de circonstances raisonnablement imprévisibles et irrésistibles qui empêchent l'exercice d'un droit constituent des causes de suspension du délai de prescription jusqu'à la désignation d'un héritier ou d'un représentant ou jusqu'à la disparition de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit.
3. L'ouverture d'une procédure de négociation entre les parties sur le droit ou sur les circonstances donnant lieu à l'exercice de ce droit suspend le délai de prescription jusqu'à ce que six mois se soient écoulés à compter de la dernière communication faite au cours de la négociation ou jusqu'à ce qu'une partie ait communiqué à l'autre son refus de poursuivre la négociation.
4. La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru.

Article 9.4 : Nouveau délai de prescription par reconnaissance

1. En cas de reconnaissance du droit du créancier par le débiteur un nouveau délai de prescription commencera le jour suivant cette reconnaissance.
2. La reconnaissance résulte notamment de l'exécution totale ou partielle de l'obligation en connaissance de cause, du paiement d'intérêts, de la constitution d'une sûreté, ou de l'opposition de la compensation.

3. La reconnaissance efface le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.
4. Le délai maximum de prescription ne peut pas être renouvelé par la reconnaissance ni être prolongé par le commencement d'un nouveau délai général ou convenu.

Article 9.5 : Effets de la prescription

1. La partie qui bénéficie d'une prescription acquise doit l'invoquer afin qu'elle produise son effet extinctif à l'encontre de la partie prétendant faire valoir son droit.
2. Les parties ne peuvent pas réclamer ce qui a déjà été exécuté en raison d'une obligation du fait que le délai de prescription a expiré au moment de l'exécution, même si cette circonstance n'était pas connue.

Article 9.6 : Renonciation à la prescription

1. Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation.
2. La renonciation anticipée à la prescription produit les effets de la reconnaissance prévue à l'article 9.4.