

LES OBJECTIFS DES PRINCIPES OHADAC SUR LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX : FORMATION, VALIDITÉ ET INTERPRÉTATION

Sixto A. Sánchez Lorenzo

(Maître de conférences en Droit international privé de l'Université de Grenade)

L'union du Droit contractuel est une nécessité pour apporter de la confiance à un marché mais aussi pour donner des règles du jeu communes. La prévisibilité et un calcul adéquat des coûts et des risques, tant économiques que juridiques, sont essentiels pour dynamiser le commerce et permettre les transactions internationales. Les tentatives ardues et coûteuses qui se déroulent tant au niveau mondial (Principes UNIDROIT) que régional (OHADA, PECL, DCFR) en sont la preuve. Pour le reste, l'harmonisation du Droit contractuel n'est pas seulement nécessaire, elle peut constituer une opportunité.

L'amélioration de la qualité du Droit contractuel se heurte souvent à la rigidité des systèmes juridiques nationaux dans un double sens. Il s'agit, dans un premier temps d'une rigidité officielle, le fruit des difficultés intrinsèques aux processus législatifs, en particulier s'ils doivent être mis en place par la réforme des corps juridiques qui ont naturellement tendance à la pétrification, comme les codes civils par exemple. En second lieu, les Droits internes sont étouffés par la propre vision des rapports juridiques purement internes, leur cadre matériel propre, ils souffrent d'un manque de considération inhérent aux besoins eux-mêmes du commerce international. Les particularités des transactions internationales exigent des solutions adaptées à cet espace particulier, différent et hétérogène auquel répondent difficilement avec satisfaction les options proposées par un législateur interne et immergé dans ses préoccupations locales.

Les Principes OHADAC sur les contrats commerciaux répondent à un modèle *soft law* de caractère optionnel. En Préambule du projet, ce caractère est repris dans les trois premiers paragraphes qui stipulent clairement que les Principes sont seulement applicables lorsqu'ils sont choisis par les parties (*opting in*). Ce choix peut être purement partiel et, en

outre, les clauses contractuelles prévalent sur les Principes en cas de contradiction, de sorte que ceux-ci agissent comme des conditions générales face à celles négociées individuellement.

En prenant en considération le fait que l'objet des Principes porte sur les contrats qui conjuguent la double condition d'être à la fois commerciaux et internationaux, on entend que le respect de la volonté autonome des parties non seulement informe du caractère optionnel et du système d'option des principes mais justifie également d'autres points. D'une part, le caractère impératif des Principes se trouve réduit à sa plus simple expression du fait de critères de l'ordre public international. Dans un second temps, l'autonomie de la volonté renforce aussi les valeurs de la sécurité juridique et de la prévisibilité des parties dans le cadre des transactions internationales. L'épée de Damoclès ne pèse pas sur les accords contractuels, comme cela est typique dans les systèmes romano-germaniques, laquelle épée de Damoclès revient à imposer des obligations génériques requises par la bonne foi, la loyauté ou l'équité. Ces clauses générales, comme l'abus de droit, ne sont pas envisagées comme des principes de régulation ni comme l'interprétation de portée générale. On a préféré, au contraire, avoir recours à des critères plus objectifs comme la rationalité ou le sens commun commercial au moment d'établir les règles d'intégration du contrat. Comme précisé dans les commentaires sur ces mêmes Principes (par exemple l'art. 4.2.1 portant sur l'intégration du contrat), cette absence de clauses générales ne signifie pas que, dans certains cas, il ne soit pas possible d'objectiver certaines exigences caractéristiques de la bonne foi ou de l'équité, mais que leur portée ne parvient pas à corriger ou déroger à la volonté des parties clairement établie dans le contrat). Enfin, la prévisibilité et l'efficacité des accords éclairent sur tout le régime de cession du contrat et sur les relations avec les tiers comme on peut le voir dans le projet d'article 5.2.1., lequel article reconnaît les effets des stipulations favorables aux tiers mais limite les droits du bénéficiaire à ce qui est décidé entre les parties.

D'autre part et à la différence, par exemple, des propos explicites énoncés dans les Principes UNIDROIT, les Principes OHADAC ne prétendent à aucun moment s'ériger en Loi type. Les Lois type ont pour objectif d'informer ou d'inspirer la réforme des Droits nationaux qui, dans la réalité peuvent obéir en matière contractuelle aux besoins et

critères de politique législative interne. Une telle prétention implique un objectif invasif général des réserves raisonnables du fait des conséquences que cela suppose du point de vue culturel. Au contraire, les Principes OHADAC ne prétendent pas, ce qui serait vain, approcher ou uniformiser le Droit contractuel entre le *common law* et les systèmes romano-germaniques, ceux-ci restent intacts, mais leur objectif est d'apporter aux parties contractantes un cadre juridique alternatif, à caractère purement facultatif.

Les Principes OHADAC, à la différence des Principes UNIDROIT ou d'autres textes internationaux d'harmonisation, n'ont pas non plus l'objectif de se justifier comme une chance de *ratio scripta*, synthèse de la *lex mercatoria* ou des principes généraux du commerce international, ni même de se positionner dans le cas des Principes UNIDROIT comme loi raisonnablement applicable à défaut de choix établi par les parties d'une *lex contractus*. En réalité, la prétention visant à présenter de tels textes comme une manifestation de la *lex mercatoria* ne passe pas le test le plus élémentaire.

Bien entendu, le caractère faible et optionnel d'une régulation harmonisée du Droit contractuel ne garantit pas son succès ni son efficacité pour atteindre les objectifs fixés. Une des clés du succès dans un espace à forte diversité juridique revient à formuler des Principes s'avérant facilement acceptables depuis les différentes cultures juridiques impliquées, culturellement neutres si possible. Afin d'aboutir à un texte obtenant un consensus, il est indispensable de dépasser les erreurs et les limites survenues lors de l'élaboration non seulement des Principes UNIDROIT mais aussi des PECL et surtout du DCFR. Le succès de ces textes dans la pratique du commerce international est très limité et tranche avec leur énorme répercussion académique ou avec leur influence en tant que Loi type pour la révision des systèmes nationaux.

En effet, très peu de contrats internationaux se soumettent aujourd'hui aux Principes UNIDROIT, du moins en comparaison à la fréquence avec laquelle on a recours au Droit anglais ou aux autres systèmes nationaux. Les Principes OHADAC tentent de renforcer la sécurité juridique et la convergence entre les systèmes pour permettre un choix et une efficacité sur le plan pratique.

* * * * *

L'OHADAC aborde exclusivement l'objectif d'harmonisation du Droit dans les pays caribéens dans le cadre des transactions exclusivement commerciales (B2B), par conséquent elle se trouve plus près du point de départ des Principes UNIDROIT, sans les servitudes ayant entraîné pour les PECL le fait de rédiger un système de Droit contractuel qui devait être également utilisé pour les contrats avec les consommateurs. D'autre part, la dérive du DCFR, ouvertement inspiré de l'idée d'un code civil européen, a accentué la rupture du dialogue entre les systèmes continentaux et le *common law*, bien visible dans le sens d'un Livre III consacré à une catégorie d'"Obligations", une sorte de Déclaration de guerre au Droit anglais et aux PECL eux-mêmes.

Il convient de prendre en ligne de compte ces expériences du côté d'OHADAC afin d'éviter de tomber dans les mêmes erreurs et pour fournir un texte qui soit utile aux opérateurs commerciaux intervenant dans un cadre juridique hétérogène. Le principe kantien qui doit présider à la rédaction des Principes OHADAC sur les contrats commerciaux dans la Caraïbe s'occupe de l'élaboration d'un texte légal pouvant être considéré comme utile et fiable par n'importe quel opérateur du marché caraïbe, peu importe sa culture juridique. Il s'agit, en somme, de respecter le principe du plus grand consensus possible, lequel doit à son tour être guidé par une série de principes ou lignes rouges : a) ne pas rédiger de normes pouvant s'avérer culturellement inacceptables ou inconfortables pour l'une des parties ou pour un juge d'un système juridique donné ; b) créer des règles novatrices uniquement dans la mesure où cela suppose de résoudre des problèmes communs à tous les systèmes en permettant le commerce international et la sécurité du commerce ; c) respecter la règle du plus petit dénominateur commun lorsque les divergences se présentent comme insurmontables.

Le contexte de la région couverte par l'OHADAC exige donc d'abandonner non seulement les techniques législatives imposées d'en haut au profit des sources de nature plus faible. Il convient de partir *ab initio* de la certitude qu'il faudra trouver des espaces irréductibles, et pour les découvrir, les règles doivent elles-mêmes se plier à des formules plus imaginatives. Dans ce sens, les Principes OHADAC doivent aspirer à être autre chose qu'un ensemble de normes juridiques dont l'objectif est de régir le contrat si les parties choisissent de les adopter. L'aide doit être étendue, au-delà de la

solution apportée aux controverses, à la négociation elle-même du contrat par l'apport aux opérateurs caraïbes d'un guide efficient permettant de donner plus de transparence et de sécurité aux contrats internationaux.

La construction des Principes OHADAC doit partir d'un constat de base, des textes comme la Convention de Venise de 1980, les Principes UNIDROIT, les PECL ou le DCFR, pour être ensuite corrigés en fonction des impératifs du consensus mentionnés ci-dessus. Le caractère uniforme des textes internationaux déjà existants doit être considéré comme une valeur à moins que l'on ne parvienne à la conclusion que, ponctuellement ils ne respectent pas le triple ordonnancement exposé ci-dessus à propos de la réception par les opérateurs de toutes les cultures juridiques impliquées. Les Principes OHADAC seront stoppés à la dernière frontière de ce consensus acceptable pour tous les intervenants sur le marché caraïbe peu importe leur tradition juridique.

Afin de dépasser les inconvénients de cette auto-limitation, les Principes OHADAC deviendront parfois une sorte de guide juridique commercial en proposant des règles et usages communs, en fournissant des clauses-type pour que les parties puissent combler les vides ou les limites légales via des régimes contractuels spécialement conçus par elles-mêmes et en regard de la nature, de l'objectif du contrat et de leurs propres attentes. Cette contribution intégrée de règles juridiques, de recommandations en termes de conduite et de clauses-type constitue la marque d'identité des Principes OHADAC, la raison de sa singularité et son apport essentiel à l'harmonisation comparée.

La neutralité doit également présider à l'interprétation des Principes OHADAC. Bien que les préceptes soient rédigés dans un langage neutre et direct et que les commentaires fassent partie des règles en permettant leur application, il est inévitable que se posent des doutes quant à leur interprétation. Le paragraphe V du Préambule contient une règle d'interprétation beaucoup plus modeste au niveau de ses objectifs que celles prévues dans d'autres textes internationaux (*ad ex.* art. 7 CV; art. 1.6 PU; art. 1:106 PECL; art. I-1:102 DCFR; art. 4 CESL). Les Principes doivent être interprétés en veillant aux critères d'objectivité, en extrayant le sens en particulier pour les commentaires sur chaque article ou section normative et ayant en permanence à

l'esprit la finalité harmonisatrice des Principes dans un cadre de pluralité culturelle juridique comme c'est le cas dans la Caraïbe. Néanmoins, les Principes ne visent pas à être appliqués au-delà de leurs dispositions à des questions non-régulées dans ces mêmes Principes, à moins qu'il n'existe une analogie ou une identité de motif évidente. C'est la raison pour laquelle, il est conseillé aux parties de désigner à tout moment un Droit national qui puisse être capable de combler leurs lacunes. Certaines de ces lacunes sont forcées par la difficulté d'obtenir une règle juridique reflétant le plus petit dénominateur commun dans le cadre caraïbe ; d'autres ne se produiront que sous l'effet du dynamisme des échanges commerciaux internationaux.

Une des divergences les plus claires parmi les familles juridiques représentées dans le cadre caraïbe a à voir avec la capacité de l'interprète à interpréter et le développement judiciaire du Droit écrit. Alors que dans les systèmes romano-germaniques cette interprétation tend facilement à la création juridique via l'analogie et le développement judiciaire, la méthodologie juridique employée dans les systèmes fiscaux du *common law* se montre beaucoup plus encline à une interprétation très proche du texte légal sans une grande marge de manœuvre par l'interprète. Les Principes OHADAC jugent préférable que les lacunes des Principes soient couvertes par l'application d'un Droit d'État et que les mécanismes d'intégration ou d'application analogique ne soient pas imposés ni ne puissent être considérés, de façon flexible, en regard du caractère arbitral ou juridictionnel de la controverse et en tenant compte de la prédisposition méthodologique de l'interprète.

Les Principes OHADAC ne sont donc pas une alternative exclusive de la *lex contractus*. Ils ne fonctionnent pas comme loi applicable au contrat même si les parties les ont expressément choisis. Lorsque ce choix intervient, les arbitres pourront parfois estimer que l'application des Principes OHADAC est une authentique loi applicable au fond sans prendre en considération d'autres systèmes juridiques. Néanmoins cette considération n'est pas extensible au domaine de la juridiction. En effet, c'est seulement devant les tribunaux du Mexique et du Venezuela, les seuls états signataires de la Convention Interaméricaine sur le Droit applicable aux contrats internationaux (CIDIP V), signée à Mexico le 17 mars 1994, que pourrait être maintenue non sans réserves, la possibilité de prendre en considération les Principes OHADAC comme loi

applicable au contrat. Sur le reste du territoire caraïbe, s'avère parfaitement applicable le critère proclamé par l'ancienne jurisprudence française issue de l'affaire "*Messageries Maritimes*", tranchée par la sentence de la *Cour de Cassation* du 21 juin 1950, indiquant que tout contrat doit avoir pour référence ou loi applicable la loi d'un État. Ce même critère suit le Droit anglais [*Musawi v RE International (UK) Ltd* (2007), EWHC 2981] et le Règlement (CE) numéro 593/2008, du Parlement Européen et du Conseil daté du 17 juin 2008 portant sur la Loi encadrant les obligations contractuelles.

On considère donc, que dans les commentaires au premier paragraphe du Préambule, les Principes OHADAC recommandent de compléter la clause de choix de la loi applicable avec une indication du Droit étatique sous lequel doivent être intégrés les Principes.

En réalité, le Droit d'État choisi ne servira pas seulement comme système de clôture (*default rules*) pour intégrer ou combler les lacunes existantes, mais il déploiera vraisemblablement une fonction restrictive des Principes OHADAC eux-mêmes lesquels, du fait de leur nature non étatique, ne seront pas considérés à proprement parler comme loi applicable au contrat, mais comme le fruit de l'autonomie matérielle des parties. Les Principes OHADAC sont conscients de la fonction restrictive que peuvent jouer les lois de police ou de l'ordre public international, non seulement la loi nationale applicable au contrat, mais aussi la loi émanant du barreau, la loi du pays où est réalisé le contrat ou de toute autre nature présentant un lien étroit. Ce principe d'ordre général, qui semble être repris dans le paragraphe III du Préambule, se traduit par exemple dans l'exclusion de l'illégitimité ou de l'illégalité du contrat (article 3.3.1) répondant à ce principe général.

D'autre part, les Droits nationaux, comme c'est le cas dans les Principes UNIDROIT, déploient également une fonction auxiliaire pour l'application de certaines règles spécifiques aux Principes OHADAC. Un exemple intéressant est repris dans le projet d'article 6.1.10 pour les cas de refus de paiement ou de livraison des biens. Ce précepte englobe la possibilité de consigner le paiement ou les biens, logiquement dès lors que cela est autorisé, respectivement par la loi nationale du pays de paiement ou de livraison. Un autre exemple intéressant a trait à l'interprétation du caractère irrévocable de l'offre lorsque l'offrant fixe un délai précis d'acceptation, auquel cas les

commentaires sur l'article 2.1.5 précisent que "en fonction du système juridique applicable au contrat, une telle clause peut conduire à ce que l'offre soit considérée comme irrévocable ou que, au contraire, on considère que, passé ce délai, il n'est plus possible d'accepter l'offre".

Enfin, il convient de rappeler que les Principes OHADAC (paragraphe IV du Préambule) contiennent également une clause de compatibilité avec les usages commerciaux, même si, dans tous les cas, en vertu du principe d'autonomie de la volonté, ce sont les clauses contractuelles particulières exceptant ces usages commerciaux qui devront prévaloir. L'assujettissement générique aux Principes OHADAC ne doit pas suppose une inapplication radicale de tels usages, en particulier lorsque de par leur portée générale ou leur spécialité ils s'avèrent raisonnablement applicables au contrat litigieux.

* * * * *

Les Principes OHADAC sur les contrats commerciaux internationaux s'en tiennent à une régulation générale du régime des contrats internationaux. Ils ne contiennent pas de normes sur les contrats spécifiques, de fait les parties doivent prendre en compte le besoin de compléter la régulation de ces contrat particulièrement spécialisés à travers des clauses spécifiques, des contrats-type voir même par l'assujettissement, à défaut, à un droit national qu'ils estimeront comme particulièrement apte ou développé du point de vue technique pour prendre en charge les besoins de réglementation de leurs obligations.

Comme cela a déjà été mis en exergue, comme c'est le cas pour les Principes UNIDROIT, les Principes OHADAC sont limités aux contrats commerciaux à l'exclusion des contrats qui sont signés par des consommateurs et, de façon générale, de tous les contrats signés à d'autres fins qu'une activité professionnelle ou commerciale. Ne sont donc pas concernés par les Principes les contrats ou affaires incorporés au Droit de la Famille ou au Droit de Succession ainsi qu'au régime des dons et legs. Les Principes ne sont pas aussi fonctionnels dès lors qu'il s'agit de respecter les obligations changeantes et sur les outils négociables.

Un des problèmes insolubles de l'unification du Droit privé en Europe a été la vaine tentative d'unifier sous un seul régime deux domaines contractuels répondant à des logiques très différentes. Un fardeau similaire est à l'origine de l'échec de ce processus d'harmonisation régionale, ce processus mettait davantage l'accent sur l'harmonisation et l'unification des Droits nationaux qu'en réalité sur l'objectif en lui-même, permettre le régime d'échanges commerciaux internationaux. Les Principes OHADAC répondent plus clairement à la logique du commerce international. Et cette logique davantage cohérente permet des règles plus vertueuses. Ainsi, la suppression de la couse ou de la *consideration* comme condition de validité du contrat (article 3.1.1 en projet) n'est finalement pas problématique dans le cadre des contrats commerciaux, surtout si on maintient le lien entre les deux doctrines et le régime des dons et contrats gratuits. De la même façon, par exemple, le fait qu'en cas de pluralité de débiteurs, on établisse la présomption de solidarité (article 4.4.2 en projet) est cohérent avec un principe étendu aux contrats commerciaux, qui est cependant remplacé par la présomption contraire dans de nombreux systèmes juridiques lorsqu'il ne s'agit pas de contrats commerciaux.

Un second adjectif traite du "caractère international" des contrats. Cette caractéristique est apparentée à ce qui a été avancé quant à la finalité des Principes, contraire à son éventuelle valeur comme Loi type. On part de la base, les contrats internationaux répondent à une logique et à un scénario substantiellement différent des contrats internes. L'efficacité est une valeur prédominante chez les premiers alors que chez les seconds des valeurs de politique législative singulières peuvent concourir. De la même façon, les limites axiologiques et culturelles fonctionnent de différentes façons, plus emphatiques sur les contrats internes et plus atténuées sur les contrats internationaux. En termes plus imagés, rien n'empêche que le concours de cause licite soit une condition de validité des contrats internes et disparaissent dans les contrats internationaux ou que la résolution judiciaire soit la règle pour les premiers alors que la résolution extra-judiciaire le soit pour les seconds.

D'autre part, les Principes sont limités au régime des obligations contractuelles au sens strict. Restent en dehors de la régulation les questions de procédures, les questions réelles, les obligations non-contractuelles ainsi que ceux appelés quasi-contrats. Le

régime de la responsabilité pré-contractuelle n'est pas non plus envisagé dans le domaine d'application des Principes. Dans la majorité des systèmes juridiques, ladite *culpa in contrahendo* mérite une qualification extra-contractuelle, comme en atteste l'article 1.2^o (i) du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la Loi applicable aux obligations contractuelles ("Roma I"), en lien avec l'article 12 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen du Conseil du 11 juin 2007 portant sur la loi applicable aux obligations extra-contractuelles ("Roma II"). Le bien-fondé d'exclure ces questions répond non seulement à un motif de qualification mais aussi à la diversité de traitement de cette responsabilité entre les systèmes juridiques composant le territoire OHADAC. Sur la base du principe de la bonne foi, la sanction des conduites abusives au cours de la phase des négociations est un lieu commun non seulement sur les systèmes romano-germaniques mais aussi sur le Droit des États-Unis (sections 1-203 UCC et 205.2^o Second Restatement of Contrats). Néanmoins, l'approche du Droit anglais à propos de la responsabilité d'affaire s'appuie sur un critère plus rigide ("*all or nothing approach*") tendant à reconnaître les obligations imposées par le principe de la bonne foi au cours de la phase des négociations [*Walford v Miles* (1992), WLR 174:16].

* * * * *

Les Principes sont structurés en 9 chapitres précédés d'une Introduction et d'un Préambule.

Le premier chapitre, à caractère éminemment programmatique, reprend les principes généraux de la liberté de passation de contrat et du caractère obligatoire du contrat ainsi que les règles générales relatives à la forme et aux effets de déclarations et notifications ainsi que le calcul des échéances.

Le chapitre deux, portant sur la formation du contrat, comprend trois sections, respectivement consacrées au régime de l'offre et à l'acceptation, au moment et au lieu de l'officialisation du contrat ainsi qu'à la représentation.

La validité du contrat est traitée dans le chapitre trois qui englobe cinq sections. La première d'entre elle contient les règles générales sur la validité, la liberté de forme et l'impossibilité initiale. Les deux sections suivantes sont consacrées à la capacité des

parties et à l'illégitimité. La quatrième section aborde le régime des “vices du consentement” et la cinquième traite le régime général d'annulation du contrat.

Le quatrième chapitre aborde l'interprétation et le contenu du contrat. La première section reprend les règles générales sur l'interprétation du contrat. La seconde section fait référence à l'intégration du contrat. La troisième section précise les obligations contractuelles et la quatrième section aborde la pluralité de parties (créancières ou débitrices) dans le rapport juridico-contractuel.

Le chapitre cinq fait référence aux effets du contrat en deux sections consacrées respectivement au régime de la durée et expiration du contrat mais aussi aux effets vis-à-vis des tiers.

Le régime d'accomplissement est traité dans la chapitre six. Sa première section égrène les questions particulières liées à l'accomplissement : lieu et date d'accomplissement, accomplissement anticipé, ordre d'accomplissement, accomplissement partiel ou par des tiers, moyens et monnaie de paiement, refus de réception et régime des licences, frais liés à l'accomplissement. Une seconde section établit le régime de la compensation et enfin, la troisième et dernière section est réservée à la question du coût excessif et à la frustration liée au contrat.

Le régime de non-accomplissement est traité dans la chapitre sept. Sa première section contient une série de dispositions générales quant au concept de non-accomplissement, la détermination de l'accomplissement essentiel, la portée des recours en cas de non-accomplissement, la suspension et la réparation du non-accomplissement, le prolongement de délai pour accomplissement, les clauses d'exonération ou les limites de responsabilité ainsi que les éventuels cas de force majeure. Les trois sections suivantes établissent les règles précises régissant les recours en cas de non-accomplissement : accomplissement spécifique, résolution et indemnisation pour dommages et intérêts.

Le huitième chapitre aborde les modifications liées à la cession de crédits, de dettes ou du contrat.

Le dernier chapitre établit le régime de la prescription.

* * * * *

Pour donner quelques idées quant à la portée des règles contenues dans les Principes, je ferai brièvement référence à certaines questions relatives à la formation, la validité et l'interprétation du contrat et ce, avant que mes camarades abordent les autres questions réglées.

Le régime de formation du contrat suit les règles les plus élargies en Droit comparé sur la base de la concurrence de l'offre et l'acceptation selon le principe de la "réception". La définition de l'offre (reprise dans le projet d'article 2.1.2), et en particulier son caractère "suffisant", tente d'éviter les définitions rigides à travers des formules flexibles qui sont essentiellement interprétatives et restent attentives aux usages du commerce international, fuyant les faux conflits.

Les conflits sont néanmoins véritables en certains endroits. Le caractère révocable de l'offre est une des questions pour laquelle l'approche entre les systèmes romano-germaniques et le *common law* s'avère des plus problématiques. En particulier, la présomption de révocabilité lorsqu'est établi un délai d'acceptation donne des résultats très divers, attendu qu'en Droit anglais on suit le critère général de révocabilité dans n'importe quelle circonstance. En s'éloignant des solutions drastiques, les Principes s'orientent vers une solution pondérée aux circonstances du cas, en prenant spécialement en compte la position des parties et, en particulier, le lieu de son siège ou de sa résidence, pour ce faire, on s'inspire d'une règle élargie du Droit international privé qui empêche d'établir l'accord lorsqu'il n'est pas raisonnablement conforme à la loi du lieu de résidence du déclarant.

La détermination d'une "contre-offre" (art. 2.1.8) est également une question délicate, puisque dans le *common law* l'acceptation doit correspondre exactement et fidèlement à l'offre (*mirror image rule*), alors que dans les systèmes romano-germaniques une modification non-substantielle par l'acceptant n'entraîne pas une contre-offre. La solution des Principes garantit la sécurité juridique lorsqu'elle tend vers le modèle anglais de sorte que toute modification de l'offre doit être considéré comme une contre-offre. Bien que la majorité des textes d'harmonisation tendent vers une solution plus flexible, dépendante du caractère "essentiel" de la modification de

l'offre, une acceptation avec modifications non-substantielles pourrait ne pas impliquer la perfection d'un contrat si l'offrant initial communique son désaccord sans tarder. En réalité, cette règle oblige l'acceptant à attendre également la confirmation de l'offrant pendant un délai raisonnable avant d'entreprendre des actes d'exécution du contrat, c'est pourquoi le coût en termes négociables est similaire à l'attente d'une acceptation définitive d'une contre-offre accordant une meilleure sécurité juridique.

La question mentionnée a également une incidence sur la diversité des critères comparés au moment de la résolution de la "bataille des formulaires" ou *battle of forms*. L'article en projet 2.1.10 des Principes opte dans ce cas pour une autre solution basée sur la formule du knock out et ne suit pas le principe du dernier coup, est favorisée la préservation du contrat sur la base des conditions générales communes. Néanmoins, il habilité n'importe laquelle des parties à notifier dans un délai raisonnable sa volonté de ne pas s'engager. Parallèlement, afin de trouver une solution à cette question, les Principes incorporent des clauses-type qui peuvent être introduites dans le texte des accords négociés individuellement dans le contrat pour trancher la question de façon conventionnelle.

* * * * *

Du chapitre sur la validité du contrat, il convient de souligner dans un premier temps la conception du contrat comme un accord de volontés, il ne requiert rien d'autre que la concurrence de l'offre et son acceptation pour être valable. Le contrat se définit donc par son caractère strictement consensuel (article 3.1.1) sans que soit nécessaire la concurrence de cause ou *consideration*. Bien entendu, la validité du contrat peut être affectée par une condition objective, quelle est la conformité à la loi ou la légalité de son objet, cette question n'est pas régulée dans les Principes mais elle est conforme aux normes d'ordre public internationales, nationales, internationales ou supranationales, comme on l'a déjà dit.

Par conséquent, le manque ou défaut d'accord constitue la clé du système d'invalidité du contrat dont l'annulation suit un modèle non-judiciaire, de cours anglo-saxonne, à travers des notifications (article projeté 3.5.1). Une des contributions les plus notoires des Principes est peut-être la reconstruction vers un régime commun des différents modèles de vices du consentement, très dissemblables en Droit comparé non

seulement pour ce qui a trait à leur définition mais surtout pour les conséquences autour de l'inexistence, la nullité ou l'annulation du contrat.

Cette reconstruction a pour point de départ l'incorporation en tant qu'hypothèses de l'inexistence ou de la nullité absolue du contrat de celles qui ne permettent pas de déterminer l'existence d'un consentement, comme la violence absolue, la simulation ou l'erreur fondamentale partagée (*mutual mistake*). N'entre pas dans cette liste l'hypothèse "impossibilité initiale". Le déroulement de la technique et les nouvelles tendances juridiques préconisent de ne pas prendre en considération qu'une simple impossibilité initiale de l'objet puisse invalider le contrat. Ce pourrait être le cas si cette impossibilité était le fruit d'une erreur et, de fait, les systèmes anglo-américains la reconduisent vers cette institution (*res extincta* et *res sua*). Les Principes, néanmoins, optent pour une solution plus éclairante dans le projet d'article 3.1.3, en reliant l'impossibilité initiale à l'impossibilité survenue, comme une hypothèse de force majeure, considérant comme indifférent le fait que l'évènement perturbateur ou l'impossibilité soit survenu ou qu'il soit simplement présent au moment de la signature du contrat sans que les parties ne puissent le déceler.

Après avoir épuré certains concepts inconfortables comme ceux mentionnés, la définition des vices du consentement à proprement parler, donnant à la partie concernée le droit d'annuler le contrat, devient plus facile. Ainsi, dans le concept d'erreur on trouve les autres hypothèses du *common mistake* du Droit anglais, le *unilateral mistake* mais aussi la *innocent* ou le *negligent misrepresentation*. Dans le concept romano-germanique traitant le dol, on placerait la doctrine anglo-américaine sous l'appellation *fraud* et *fraudulent misrepresentation*. Sous le concept d'intimidation (*threat*), duquel la violence absolue reste étrangère, comme nous l'avons noté, on intégrerait les cas de *duress* du modèle anglo-américain. Finalement, la *undue influence* est incorporée comme institution plus spécifique, traduite pour les modèles romano-germaniques comme "abus de confiance ou dépendance".

* * * * *

Le fait de trouver des règles communes sur l'interprétation du contrat pour le chapitre quatre impliquait beaucoup plus de difficultés. Selon toute apparence, le modèle romano-germanique, basé sur une interprétation subjectiviste et conforme à la véritable intention des

parties, contraste de façon quasiment irréductible avec l'interprétation objectiviste du *common law*, conditionnée par la *parole evidence rule* et la lettre du contrat. Cependant, l'analyse de la pratique jurisprudentielle révélait de nouvelles possibilités de convergence, surtout par la tendance du Droit anglais vers une interprétation contextuelle prise au sens large et celle inhérente aux textes internationaux tendant vers une interprétation du contrat moins subjective et davantage ancrée sur des paramètres de rationalité objective.

La formule employée afin de dépasser les limites d'autres textes, clairement enclines au modèle romano-germanique, revient à partir d'un principe de base qui fait prévaloir les termes clairs du contrat (projet art. 4.1.1) et, à défaut, à appliquer une règle générale qui s'appuie sur un modèle objectiviste partant d'une interprétation rationnelle du contexte du contrat (art. 4.1.2).

Cependant, cette concession accordée au modèle objectiviste d'interprétation est modulée en prenant en considération les critères pris en compte pour amener une interprétation rationnelle du contexte. Parmi ces critères on retrouve donc les indices révélant la véritable volonté des parties connue des deux et même des éléments négociables ainsi que la conduite subséquente des parties ce qui implique de rendre la règle réalisable y-compris pour la culture romano-germanique. Bien entendu, les données objectifs entrent également en ligne de compte, comme les usages du commerce, l'objet du contrat ou le sens commun commercial, outre d'autres canons d'interprétation spécifique contenus dans la même section. Très certainement, la bonne foi peut faire partie de ces critères, y-compris auprès des tribunaux britannique qui ont tendance depuis peu à incorporer parfois la bonne foi comme élément d'interprétation. Elle n'est cependant pas contenue explicitement du fait des difficultés impliquées non seulement par sa précision mais aussi par son admission sans réserve au *common law*.

De fait, la bonne foi n'apparaît pas non plus dans la règle sur l'intégration ou dans la solution aux lacunes contractuelles de la seconde section du chapitre quatre (art. 4.2.1), où l'on mise également sur un critère objectif répondant aux exigences raisonnables du commerce international comme critère objectif permettant de

comblent les lacunes contractuelles, ce qui est plus proche du critère anglais des *implied-in-fact terms* que du modèle continental de la bonne foi.

Voici donc quelques-uns des indices permettant de comprendre comment les Principes OHADAC ont été rédigés avec la plus grande prudence, en essayant de rechercher un équilibre, pas toujours facile, entre la sécurité juridique et le respect de la diversité culturelle.