

Réflexions sur la pertinence du rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations

Patrice Samuel Aristide BADJI

Maître de conférences *Agrégé des Facultés de droit*, Université Cheikh Anta Diop/
Sénégal

Résumé

Saieilles, subjugué par la codification allemande, croyait en l'existence d'un droit applicable partout, en tout temps et en tout lieu. Cette représentation est-elle une réalité concernant le droit des obligations, épine dorsale du droit privé ? La position de certains auteurs est claire : l'universalisme du droit des obligations est un mythe pour au moins deux raisons : rupture du droit français d'avec le droit romain et existence d'un lien entre régime politique et économique et régime juridique.

Cependant, le constat que l'on peut faire est que les arguments invoqués au soutien du rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations sont cantonnés ou peu approfondis, pour une question aussi importante. Notre étude se propose modestement de dépasser cette posture.

En effet, de façon concrète, là où le système de la *common law*, en matière de faute est basé sur la casuistique, tel n'est pas le cas en droit français où celle-ci est appréciée de façon abstraite. Les exemples de la divergence entre ces deux systèmes peuvent être multipliés à souhait : fondements des devoirs précontractuels, privilège de la méthode objective d'interprétation du contrat, des dommages et intérêts punitifs, ignorance de la minimisation du dommage, rejet de la clause pénale, de la possibilité pour le juge de modifier le contrat devenu onéreux pour une partie au contrat.

Au-delà, relevons qu'avec l'ordonnance du 10 février 2016, on note une distanciation du droit français, considéré jusqu'ici comme un modèle en matière législative, des pays africains, anciennes colonies. Enfin, la difficile gestation d'un Code civil européen et d'un Acte uniforme OHADA des contrats, conforte à suffisance les raisons du rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations.

Mots-clés : universalisme-droit des obligations-système-contrat-responsabilité-code civil-code civil européen-droit OHADA-effectivité-représentation

Introduction

1. Un droit applicable partout, en tout temps et en tout lieu. Ce propos, tenu par Saleilles¹ et justifié par diverses raisons², ramené au droit des obligations, traduit l'universalisme de cette discipline, perçue comme la colonne vertébrale du droit privé³. Le droit des obligations a pour objet l'étude des règles juridiques qui gouvernent les rapports d'obligations naissant entre les hommes dans la société⁴. Son importance n'est plus à démontrer d'autant qu'il met en jeu des concepts fondamentaux de la science juridique (obligation, contrat, responsabilité) et permet de comprendre de nombreuses autres branches du droit, telles que le droit commercial, de la consommation, du travail ou des assurances⁵. S'il faut saluer le mérite de Monsieur BONY relativement à toute tentative de définition, car beaucoup d'ouvrages consacrés à cette discipline ne s'en ont pas préoccupé⁶, ainsi que celui de PORCHY-SYMON, il n'en demeure pas moins que l'importance de cette matière ne doit pas justifier tous les excès en cherchant par exemple à inclure le droit des sûretés dans le droit des obligations⁷. En effet, il ne fait l'ombre d'aucun doute que dans certains pays, le droit des sûretés est partie intégrante du droit civil⁸. Cependant, il serait hasardeux d'en

¹ SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd.1925, n°1, p.1. Selon SALEILLES, « dans toute œuvre législative, la matière des obligations constitue une partie presque essentiellement théorique et abstraite...Elle tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique ». Par contre, des auteurs réfutant cette thèse se sont demandés pourquoi il n'y aurait pas une sorte de mathématique universelle du droit des obligations. V. MALINVAUD Philippe et alii, *Droit des obligations*, 15^e édition, 2019, p.20

² Elles sont au nombre de trois : la raison peut tout résoudre, l'existence du culte du scientisme et l'exaltation de la codification allemande par Saleilles. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, ARMAND COLIN, 7^e édition, p.37.

³ FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, LGDJ, 2016, p.29, n°29

⁴ BONY Roger Serge, *Droit des obligations*, Les éditions ABC, 6^e édition, 2017, p.53.

⁵ PORCHY-SYMON Stéphanie, *Droit civil, les obligations*, 2^e année, Dalloz, 2012, n°1

⁶ V. (Dir) LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz Action 2018-2019, 2702 pages.

⁷ Voici ce qu'a écrit Monsieur BONY Roger Serge : « C'est une discipline vaste. Pour une juste appréhension de sa complexité, son étude devrait aborder non seulement les règles communes à toute obligation, mais aussi le droit des contrats spéciaux (c'est-à-dire les règles propres à chaque type de contrat), et le droit des sûretés (les garanties offertes au créancier pour le recouvrement de sa créance) » ; (BONY Roger Serge, *op.cit.*, p.53)

⁸ SERIAUX Alain, « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, 2003, pp.435-439. Il est curieux de remarquer que pour l'auteur le droit des personnes et de la famille, droit des biens, des obligations, des régimes matrimoniaux, des successions et libéralités sont des points principaux d'un programme d'étude étalé

faire un élément du droit des obligations pour des raisons de renvoi⁹ et d'autonomie du droit des sûretés¹⁰. Les sûretés sont des institutions qui rendent sûr le rapport d'obligation¹¹; elles garantissent l'exécution future d'une obligation; elles sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme¹². Suivant la délimitation proposée par Emmanuel JEULAND, nous pouvons affirmer que le droit des sûretés est non seulement complémentaire du droit des obligations, mais également se détache de celui-ci¹³. Le droit des obligations comprend les obligations contractuelles, quasi contractuelles, extracontractuelles, droit commun ou régimes spéciaux¹⁴. Il constitue le droit commun¹⁵. Le propos de Bertrand FAGES est éloquent : « l'obligation constitue le fondement juridique de tous les rapports d'ordre pécuniaire, pour ne pas dire économique, pouvant s'établir entre toutes les personnes, physiques ou morales. La branche du droit qui s'intéresse à ces obligations a donc, ne serait-ce que

sur quatre ans d'étude. Où donc est passé le droit des sûretés ? L'auteur le considère-t-il comme faisant partie du droit des obligations ? Aurait-il opté pour la conception du droit des obligations au XIXe siècle en vertu de laquelle le droit des obligations se confond avec le droit civil ? Rien ne permet de le dire avec précision. D'ailleurs, si la théorie générale du droit des obligations se trouve au Titre III du livre III du code civil, le droit des sûretés est logé au livre IV du code précité. Sur la définition de la théorie générale des obligations, V. MALAURIE Philippe et *alii*, *op.cit.*, p.17, n°9, PORCHY-SIMON Stéphanie, *op.cit.*, n°2 ; SAVAUX Eric, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », LPA 2012, n°238, p.4

⁹ En droit sénégalais, l'article 200 Code des obligations civiles et commerciales (COCC) consacre le droit de gage général et permet au créancier de conforter celui-ci par le recours aux sûretés conventionnelles ou légales. L'article précité rappelle la fameuse distinction entre les garanties et les sûretés.

¹⁰ Au Sénégal, le droit des sûretés était régi par la loi n°76-60 du 12 juin 1976 représentant la troisième partie du COCC, là où la partie générale et spéciale dudit code relevaient respectivement de la loi n° 63-62 du 10 Juillet 1963 et loi n° 66-70 du 13 Juillet 1966. Au même titre que le Code des obligations de l'administration, les deux derniers textes précités sont entrés en vigueur en 1967.

¹¹ Si le droit français, dans l'ordonnance du 10 février 2016 s'intéresse aux sources de l'obligation, il ne précise pas les contours de ce concept. Son homologue sénégalais s'est néanmoins détaché depuis 1963 de cette démarche en définissant à l'article 1^{er} COCC l'obligation comme ce qui lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention. Sur l'absence de définition de l'obligation en droit français, V. LECOURT Arnaud, *Fiches de droit des obligations*, Ellipses, 5^e édition, 2016, p.6 ; ROUVIERE Frédéric, « L'obligation comme garantie », RTD civ. 2011. 1 ; JEULAND Emmanuel, « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003. 455

¹² AYNES Laurent, CROCQ Pierre, *Les sûretés, la publicité foncière*, L.G.D.J, 8^e édition, 2014, p.1, n°1

¹³ L'existence d'un Acte uniforme portant organisation des sûretés confirme cette autonomie. Emmanuel JEULAND ayant à cœur de délimiter le droit des obligations considère certaines matières comme écartées de cette discipline, complémentaires et autonomes de celui-ci.

¹⁴ BALAT Nicolas, « Le cumul d'actions en droit des obligations », Recueil Dalloz, 2020, p.1819, n°1. Les régimes spéciaux de responsabilité en France résultent de la directive du 25 juillet 1985 (responsabilité du fait des produits défectueux) et de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹⁵ Le droit commun se distingue de la théorie générale des contrats. Le droit commun a pu être défini comme l'ensemble des règles auxquelles on doit se référer lorsque la loi n'en a pas édicté de spécifique à telle ou telle situation. V. MALINVAUD Philippe et *alii*, *Droit des obligations*, *op.cit.*, pp.19-20

quantitativement, une importance pratique considérable : dans la vie courante comme dans le monde des affaires, il n'est pas un contrat ou une action en responsabilité qui ne puisse s'affranchir totalement de ses règles. Ce caractère incontournable explique la vocation du droit des obligations à constituer, sinon un droit universel applicable partout et en tout temps, du moins un véritable droit commun servant d'armature, de colonne vertébrale à l'ensemble du droit privé »¹⁶.

Dire du droit des obligations qu'il constitue le droit commun, c'est-à-dire celui auquel on fait appel lorsque l'on a plus de solution spécifique¹⁷, est une antienne connue de tous. Mais cette qualité de droit commun dévolue varie selon que l'on est en matière contractuelle ou de responsabilité. En outre, l'expression « droit commun » n'est pas ignorée même dans le code des obligations civiles et commerciales notamment en matière de preuve¹⁸, de dation en paiement¹⁹. Le droit communautaire n'est pas en reste. Ainsi, la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et ce faisant peut être résiliée conformément à celui-ci²⁰.

2. Il peut paraître surprenant, au regard de la connotation religieuse du concept d'universalisme²¹ de vouloir le coupler au droit des obligations, discipline abstraite, coupé de toute transcendance²² ou en considération du fait que l'universalisme est

¹⁶ FAGES Bertrand, *Droit des obligations, op.cit.*, p.29, n°9

¹⁷ JEULAND Emmanuel, *op.cit.*, p.54

¹⁸ Article 179 COCC. Le législateur sénégalais précise que la preuve du paiement obéit aux règles du droit commun de la preuve, sauf dispositions contraires de la loi. Voir également les articles 213, 222 du même code.

¹⁹ Dans l'espace OHADA, la Cour commune de Justice et d'arbitrage (CCJA, 1ère Ch.

Arrêt N° 41/2018 DU 22 Février 2018) ainsi que le Tribunal de commerce de Lomé (Tribunal de Commerce de Lomé, Jugement N° 135/2020 DU 02 Mars 2020) ont décidé que la dation en paiement n'est pas une sûreté consacrée par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Cette position de la CCJA peut se justifier par le *numerus clausus* instauré par l'article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) qui dispose que : « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ». On voit que la dation en paiement ne rentre pas dans la catégorie des sûretés réelles précitées.

²⁰ Article 167 de l'Acte uniforme portant sur droit commercial général (AUDCG).

²¹ C'est une doctrine ou croyance suivant laquelle tous les hommes sont destinés finalement au salut, V. LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e édition, 2010, p. Précisons en outre que le droit romain et canoniste étaient universels grâce aux diverses conquêtes et à l'imposition du latin comme langage commun.

²² Pourtant Bigot de Préameneu qualifiait le code civil de 1804 d' « espèce d'arche sainte » entourée d'un « respect religieux». V. HALPERIN Jean-Louis, *Le Code civil*, Dalloz, 1996, p.91

souvent l'objet d'étude des publicistes²³, mais aussi des différentes conceptions du contrat²⁴. La diversité, voire le particularisme des peuples à travers le monde et même dans le même continent devrait pousser à prendre du recul par rapport à toute thèse universaliste²⁵. De même, le continent africain même dans cette ère contemporaine demeure fortement arrimé à un idéal moral, éthique, spirituel²⁶. C'est dire que la théorie de l'universalisme interroge la nature du Droit qui est un système organisé de valeurs, de principes, d'instruments techniques... qu'expriment des règles précises²⁷, voire son particularisme vis-à-vis par exemple de la loi scientifique qui exprime la constante et nécessaire succession de certains phénomènes²⁸, la pertinence de l'hétérogénéité des ordres juridiques, selon les époques et selon les pays²⁹ notamment à l'heure de la mondialisation où les systèmes juridiques sont certes diversifiés, mais imbriqués d'autant qu'ils produisent « en réseau », une floraison de normes³⁰, s'éloignant ainsi de la conception pyramidale du Droit théorisée par KELSEN.

3. Pourtant, l'universalité est d'abord un objet de réflexion théorique qui suscite l'intérêt des philosophes comme des scientifiques, des anthropologues et des linguistes comme des politistes ou des juristes³¹. Elle a des implications juridiques³². C'est dire toute l'importance de l'étude. Dans le cadre de cette réflexion, les concepts d'« universalisme », « universel », « universalisation » et « universalité » sont pris pour synonymes. En effet, universalisme et universaliste n'ont pas seulement la signification

²³ V. Article de DIALLO YAYA, « L'articulation entre l'universalisme et régionalisation en matière de paix et sécurité : l'exemple de l'ONU et de l'Union africaine », *Annales Africaines*, numéro spécial 2014, pp.95-248

²⁴ Nous opposons la conception individualiste, libérale du contrat à celle socialiste

²⁵ Selon Roger DECOTTIGNIES : « allant au-delà du droit civil, le nouveau Code s'efforce, d'autre part, de donner au droit des obligations une unité qu'il n'a pas dans le système français » ; DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *in* Développement économique et évolution juridique, *Annales africaines*, 1962, n°1, Colloque des facultés de droit de mai 1962, p.173. Sur les limites de cette unité, V. RIVES Georges, « Théorie générale des obligations en droit sénégalais », *RSD*, 1971, n°10, p.6. En effet, il existe des règles propres aux obligations commerciales telles que la liberté de la preuve, la solidarité passive présumée, la prescription plus courte, la tradition, l'endossement etc...

²⁶ DIOUF Abdoul Aziz, « La peine privée en droit sénégalais de la responsabilité civile extracontractuelle », *in* Code des obligations civiles et commerciales, cinquante ans après, 2018, Vol 2, p.269

²⁷ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, 4^e édition, p.9

²⁸ BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.20

²⁹ BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.19, n°13

³⁰ OST François, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Ed. F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p.99 et s cité par BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.95, n°70-1

³¹ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, collection « les voies du droit », p.9

³² Il faut dire que le mot « universel » traverse le droit (légataire universel, compétence universelle, suffrage universel, service universel). Au-delà, l'universalité s'apprécie à travers l'abstraction, la généralité et l'impersonnalité de la règle de droit.

religieuse définie ci-dessus, mais une signification philosophique aujourd'hui bien plus usitée que la précédente³³. (...) En ce sens, universalisme se dit de toute doctrine qui considère la réalité comme un tout unique, ce qui revient à dire universel, dans lequel les individus ne peuvent être isolés, si ce n'est par abstraction³⁴. Un droit universel est un droit applicable partout et en tout temps³⁵. L'universalisme est l'opposé du particularisme, de l'individualisme ou encore de l'atomisme, qui considèrent l'Univers comme une simple somme d'individus isolés, et n'ayant point de relations substantielles entre eux (c'est-à-dire indépendants)³⁶. Sous ce regard, le droit des obligations serait un droit qui ignore le temps, l'espace ainsi que la différence entre les hommes. On dit bien que l'universalisation est l'affirmation de l'indépendance du fait par rapport au temps et à l'espace³⁷. L'universalisme interroge la pertinence de l'existence d'un droit africain par exemple, voire des sources du droit³⁸ et plus spécifiquement du particularisme du droit des obligations. Ainsi, pour mieux appréhender la réflexion, il ne serait pas inutile de s'interroger sur les fondements juridiques qui militent en faveur de la caution scientifique que l'on pourrait accorder au rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations.

4. Le sujet a des relents historiques qui se couplent aisément avec ceux idéologiques. En effet, quand Napoléon a semblé réussir dans sa conquête de l'Europe, certains juristes étrangers ont soutenu que le droit français allait devenir le droit commun européen³⁹. De même, non seulement l'article 1^{er} de l'avant-projet du Code civil rédigé en l'an VIII avait un contenu évocateur⁴⁰, mais également le code civil avait été introduit dans les

³³ LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op.cit.*, p. 1168

³⁴ LALANDE André, *Ibid.*

³⁵ FAGES Bertrand, *Op.cit.*, p.29, n°29

³⁶ LALANDE André, *op.cit.*, p.1168

³⁷ Selon André LALANDE, l'universalisation est le passage du particulier ou de l'individuel à l'universel. LALANDE André, *op.cit.*, p.1168

³⁸ Selon le Vocabulaire juridique Henry Capitant, appliquée au droit, l'idée de « source » désigne les forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qui l'engendre V. DEUMIER Pascal, REVET Thierry, « Sources du droit (Problématique générale) », *in* Dictionnaire de la culture juridique, p.1431

³⁹ ROULAND Norbert, *op.cit.*, p.4. V. HALPERIN Jean-Louis, *Le Code civil*, Dalloz, 1996, p.134. Selon cet auteur, : « Convaincu que le Code civil (sans être une loi « parfaite ») était le « code du siècle », Napoléon 1^{er} a souhaité que son application soit la plus large possible. Non seulement il a été étendu aux territoires annexés au Grand Empire, mais il a fait l'objet de pressions insistantes sur les Etats vassaux ou alliés de la France pour qu'il devienne - selon l'expression de Bigot de Préameneu en 1807 - le « droit commun de l'Europe ».

⁴⁰ Selon cette disposition : « il existe un droit universel et immuable, source de toutes les législations positives, il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne les hommes ». Voir BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e édition, 1999, p.21

colonies⁴¹. Ce qui permet de s'interroger sur son passé, son présent et son avenir en Afrique et partant, sur le degré de résistance des coutumes ancestrales à l'assimilation juridique durant la période coloniale⁴² et peut-être même après les indépendances⁴³ surtout lorsque l'on sait que beaucoup d'anciennes colonies, à l'image du Sénégal n'avait, sur le plan juridique, rompu ni avec la tradition française, ni avec le droit français⁴⁴. L'effectivité⁴⁵ ainsi que la représentation du droit ne sauront guère épargnées.

5. Parmi les tenants de l'existence du droit africain, figurent le juge Kéba MBAYE et Bruno AHONLONSOU. Pour Bruno AHONLONSOU, les peuples d'Afrique noire ont élaboré des normes juridiques qui, malgré leur oralité, constituent des systèmes cohérents et originaux⁴⁶...Les travaux de Stanislas MELONE méritent également d'être cités puisque c'est lui qui s'est spécifiquement intéressé aux résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations⁴⁷. Selon cet auteur, le triomphe du droit moderne sur le droit traditionnel était plus apparent que réel⁴⁸. De même, la modernisation du droit ne signifie pas nécessairement transposition plus ou moins

⁴¹ La colonie est l'établissement d'une nation, à la suite d'une conquête d'un sol réputé étranger, donc radicalement autre et à la population duquel on impose son propre mode d'organisation selon des modalités qui vont du transfert mimétique total à des adaptations partielles de la législation métropolitaine à la situation locale. V. LE ROY Etienne, « Colonies », in Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, 2003, p.231

⁴² V. NDOYE Doudou, « Droit des peuples et codification, quelques exemples au Sénégal », RJPIC, n°3 et 4, p.441. S'il est vrai que l'auteur précise que les coutumes ancestrales du Sénégal ont résisté à la politique assimilationniste du colonisateur, il n'occulte pas le fait que l'écrit l'a emporté sur l'engagement verbal ou que la preuve préétablie prend le pas sur la preuve fondée sur l'appartenance à la communauté.

⁴³ Julien de la Morandière écrivait ceci : « c'est à l'unification de son droit que vise avant tout le législateur sénégalais. Il considère que l'unité du droit est indispensable pour la nation car aucun état ne saurait aujourd'hui accéder au rang de grande puissance moderne en prétendant conserver un régime juridique aussi cahotique que celui que constituent les régimes coutumiers africains quels qu'ils soient. Un tel régime par son imprécision et son inconsistance paralyse tout développement commercial ou industriel ». CHABAS DE LA MORANDIERE Julien, « Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais », in Mélanges Julien de la MORANDIERE, 1964, p.141. Ce préjugé défavorable vis-à-vis de la coutume a conduit à la suppression des contrats coutumiers au profit des contrats que l'on peut qualifier de modernes.

⁴⁴ CHABAS Jean, *op.cit.*, p.143

⁴⁵ Comme l'écrivait Jacques COMMAILLE, rien n'est plus au cœur des relations entre droit et société que la question de l'effectivité. COMMAILLE Jacques, « Effectivité », in Dictionnaire de la culture juridique, p.583. Pour Pierre LASCOUMES, l'effectivité c'est le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit. LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993, p.217.

⁴⁶ AHONLONSOU Bruno, « La responsabilité des chefs de groupements coutumiers », Revue juridique et politique indépendance et coopération, 1973, n°4, p.611. Pour rappel, la cohérence est une caractéristique de tout système juridique.

⁴⁷ MELONE Stanislas, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Revue sénégalaise de droit, 1977, n°21, p.46

⁴⁸ MELONE Stanislas, *op.cit.*, p.46, n°4

savante du droit de l'Europe Occidentale ou Orientale d'une part, d'autre part, qu'il y a dans le droit traditionnel des règles actuellement fonctionnelles. Ce qui montre bien l'ampleur du débat⁴⁹.

Ses travaux ont certainement convaincu une doctrine plus récente en vertu de laquelle, le droit traditionnel des obligations est constitué de coutumes et d'usages d'origine ou de sources majoritairement locales non sans théoriser le concept de règles juridiques fondamentalement africaines ou négro-africaines en matière d'obligation⁵⁰.

6. Mener une réflexion profonde sur le rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations s'est enfin révélé intéressant car non seulement peu d'auteurs abordent la question dans leurs écrits, mais également les quelques-uns qui s'y attardent ne l'abordent par moment partiellement⁵¹, pour ne pas parler d'effet d'annonce, là où l'étude approfondie des différents systèmes juridiques devraient être de mise⁵². La dernière catégorie d'auteurs a pour nom Philippe Malinvaud⁵³, Jacques Flour et Jean-Luc Aubert⁵⁴. En effet, pour rejeter la théorie de l'universalisme, les auteurs précités se fondent sur le caractère évolutif du droit des obligations et sur les divergences entre systèmes juridiques suscités par les différences de régimes politiques. Ainsi on ne peut s'empêcher de relever la contradiction suivante : étant donné que le système français, allemand et anglo-américain a pour fondement le

⁴⁹ MELONE Stanislas, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Revue sénégalaise de droit, 1977, n°21, p.49, n°26.

⁵⁰ NKOH Bilong Francis Riche, « La place des règles juridiques fondamentalement africaines en matière d'obligation dans les systèmes juridiques d'Afrique subsaharienne », in Code des obligations civiles et commerciales (C.O.CC) : cinquante après, L'harmattan Sénégal, 2018, Volume 1, p.78.

⁵¹ Les fondements du rejet de la théorie de l'universalisme du droit des obligations tenant à la distanciation entre le droit français et les droits africains ont été occultés, les auteurs se contentant d'axer leurs études sur le système occidental ou anglo-américain. Il se pose donc la question de savoir si le droit français demeure toujours le modèle des droits africains. Partant de la définition que Pierre-Yves VERKINDT (Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats, in La nouvelle crise du contrat, DALLOZ, 2001, p.199) donne du modèle à savoir ce que je dois reproduire ou ce que de fait je reproduis, on peut douter de la pertinence d'une réponse affirmative. En effet, il n'est pas certain que les droits africains, s'ils venaient à évoluer, reproduisent à l'identique le contenu des textes de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁵² Selon Philippe Malinvaud et autres, il suffit d'aborder les droits anglo-saxons pour s'apercevoir qu'ils obéissent à des logiques différentes. Pourtant, ils n'entrent pas dans les détails pour expliquer en quoi consiste cette différence. MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha, SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^e édition, 2019, p.21, n°34

⁵³ MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha, SEUBE Jean-baptiste, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^e édition, 2019, pp.20-21.

⁵⁴ FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 7^e édition, ARMAN COLIN, *op.cit.*, pp.37-39. Ces auteurs réfutent la thèse de l'universalisme du droit des obligations en se basant sur les arguments suivants : rupture entre droit romain et français, existence de liens entre le régime politique et celui juridique.

libéralisme, ils devraient avoir les mêmes règles. Il demeure donc important de contribuer modestement à son approfondissement en convoquant très souvent le droit comparé, discipline intellectuelle qui permet au juriste d'élargir son champ de recherche⁵⁵ et d'approfondir la connaissance des fondements de son propre système juridique et certainement de démontrer le pourquoi ou les raisons avancées pour rejeter cette théorie et dans la mesure du possible, de les relativiser ; entreprise qui ne sera guère aisée car de toute évidence, les systèmes juridiques sont différents, même si par moment on peut relever des éléments de rapprochements, voire d'influence unilatérale ou d'enrichissements mutuels. Personne n'oserait en effet nier que l'étude du droit français des obligations montre qu'il a un fonds immuable puisé dans le droit romain⁵⁶. Or, tous les systèmes juridiques n'ont pas les fondements précités. Dans le langage courant, le terme « système » désigne une technique, une méthode permettant d'atteindre un certain résultat⁵⁷. Selon Jean Carbonnier, si l'expression du système juridique devait être un simple synonyme pour droit objectif ou droit positif, son intérêt serait médiocre. Il faut, poursuit-il, avoir égard à l'idée qu'elle recouvre, qui est une idée importante : savoir qu'un droit est un ensemble, que ses éléments ... loin d'être rassemblés fortuitement, sont liés entre eux par des rapports nécessaires⁵⁸. René David a eu recours au concept de système pour étudier les grandes familles des droits nationaux contemporains⁵⁹. Ainsi, selon lui, chaque droit constitue de fait un système :

⁵⁵ Le droit comparé met en évidence la diversité des organisations juridiques actuelles, les confronte, dégage les convergences et permet d'améliorer les lois nationales à travers les exemples puisés dans les droits étrangers. V. BERGEL Jean Louis, *Théorie générale du droit*, *op.cit.*, p.135.

⁵⁶ JEULAND Emmanuel, *op.cit.*, p.56 ; *Adde* REMY Philippe citant Gérard CORNU (Regards sur le Titre III du livre III du Code civil, Cours DEA Paris II, Les cours du droit, 1976-1977) selon qui : « pour les pères fondateurs du code, ces règles générales étaient puisées dans le « dépôt des lois romaines », raison éternelle écrite pour tous, du fond des siècles et jusqu'à leur fin » (p.274) ; REMY Philippe, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p.274, n°11. C'est pourquoi Rodolfo Sacco a écrit que parfois, l'admiration, pour le droit romain amène les juristes à surestimer la perfection de ses solutions et pourtant, le plus grand mérite des Romains ne réside pas dans les solutions juridiques qu'ils ont élaborés, mais dans l'édification d'un appareil conceptuel, c'est-à-dire d'une science, d'un vocabulaire, d'un système d'argumentations juridiques qui peut être passé au crible de la critique, le tout étant confié à des spécialistes disposés à exercer une profession juridique et à transmettre par le biais de l'enseignement leur propre savoir. SACCO Rodolfo, *Antropologie juridique-Apport à une macro-histoire du droit*, Dalloz, Paris, 2008, p.74 cité par NGANDO Blaise Alfred, « La pensée juridique en Afrique : esquisse d'une histoire de l'Egypte antique à l'Etat contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Durand*, L'Harmattan Sénégal, 2020, p.135

⁵⁷ ORIANNE Paul, *Introduction au système juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p.24.

⁵⁸ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Colin, Paris, 1972, p.141. A la page suivante, l'auteur précise que le système juridique est le champ, à la fois spatial et temporel où se produisent les phénomènes du droit.

⁵⁹ ORIANNE Paul, *op.cit.*, p.28

il emploie un certain vocabulaire, correspondant à certains concepts ; il groupe les règles dans certaines catégories ; il comporte l'emploi de certaines techniques pour formuler les règles et certaines méthodes pour les interpréter ; il est lié à une certaine conception de l'ordre social, qui détermine le mode d'application et la fonction même du droit⁶⁰. Cependant, Raymond LEGEAIS dissocie système de droit et droit étatique lorsqu'il écrit ceci : « l'expression de « système » juridique est retenue par la plupart des auteurs pour désigner « un ensemble » juridique, regroupant des règles assurant la solution des problèmes que peut connaître une société. Un système juridique c'est le plus souvent le droit qui s'applique dans un Etat déterminé. Mais la notion de système de droit et la notion de droit étatique ne sont pas identiques, puisque, dans un Etat, plusieurs systèmes de droit peuvent coexister, tandis qu'un système de droit peut s'appliquer dans différents Etats »⁶¹. C'est dire donc que les critères de divergence des systèmes juridiques que sont l'autonomie par rapport à la religion et à la morale d'une part et les sources de production et modes de réalisation d'autre part semblent difficilement ébranlables car inscrits en lettres d'or sur du marbre⁶². Et cela, même les codifications privées en droit des obligations que certains n'hésitent pas à qualifier de mondialisation du droit des obligations⁶³ ne peuvent l'effacer. La présente étude sera l'occasion d'éprouver la teneur des velléités unificatrices du droit des obligations ainsi que la position par moment paradoxale⁶⁴ des adeptes du chauvinisme juridique⁶⁵. Il faut souligner que si la thèse de l'universalisme du droit des obligations n'a pas prospéré, c'est en raison d'une part des profondes divergences entre le système de la *common law* et de la *civil law* (I), mais également de la faible circulation des modèles juridiques (II) d'autre part. Dans ce deuxième fondement du rejet de la théorie, objet de notre étude, la symbiose réelle ou supposée entre les droits européens ainsi qu'entre le système français et celui des anciennes colonies sera mise en lumière.

⁶⁰ DAVID René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 6^e édition, 1974, p.21

⁶¹ LEGEAIS Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative*, LITEC, 2004, p.1, n°2.

⁶² La première cause de divergence met en évidence l'opposition droits laïcs et droits religieux *lato sensu* ; là où la seconde cause de divergence permet de savoir qui du législateur, du juge, des praticiens et autres juristes sont à l'origine de la règle de droit, comment celle-ci est mise en œuvre.

⁶³ JEULAND Emmanuel, *op.cit.*,

⁶⁴ E. SAVARESE a écrit que : « le colonial supprime par l'imagination l'extraordinaire contradiction entre ses propres désirs d'altérité et des politiques coloniales assimilationnistes dont l'ambition fut de réduire l'autre au même ». SAVARESE cité par LEROY Etienne, « Les colonies », *in* Dictionnaire de la culture juridique, p.236

⁶⁵ Même s'il n'était pas juriste, Napoléon, justifiait ses conquêtes par l'idéologie de la Grande Nation.

I-Un rejet justifié par de profondes divergences entre les deux grands systèmes juridiques

7. Au plan général, à l'échelle « macro-juridique », la disparité des systèmes juridiques impose de situer le droit dans l'espace et de résoudre les problèmes liés à la confrontation des différents systèmes juridiques⁶⁶. En effet, la multiplicité et la diversité des ordres juridiques est une évidence liée à l'hétérogénéité des sociétés humaines que le droit a pour fonction d'ordonner⁶⁷. Ainsi, dans le temps et dans l'espace, les sources du droit manifestent une indéniable variété. Comment en irait-il autrement alors que les systèmes juridiques divergent tant dans leurs conceptions de l'origine que de la fonction du droit ?⁶⁸ Les systèmes juridiques dont on parle ici sont celui de la *civil law* et celui de la *common law*⁶⁹, même si cette dichotomie n'est plus admise par certains au profit du monde juridique transnational⁷⁰ et que d'autres systèmes aurait pu être étudié tel que le système musulman, asiatique et soviétique⁷¹. Pour le premier système, l'accent sera mis sur le droit français, alors que le second système est composé du droit anglais et américain. Les divergences entre les deux systèmes juridiques cités s'apprécient tant en ce qui concerne la responsabilité civile (A) qu'en matière contractuelle (B).

⁶⁶ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e édition, 1999, p.133, n°123.

⁶⁷ BERGEL Jean-Louis, *Ibid.*

⁶⁸ DEUMIER Pascale, REVET Thierry, « Sources du droit (Problématique générale) », in Dictionnaire de la culture juridique, pp.1431-1432

⁶⁹ Il est difficile de cerner et de percer la notion de *common law* qui peut être définie comme l'ensemble du système juridique né en Angleterre et qui s'y applique et qui s'est répandu dans une grande partie du monde. L'une des caractéristiques de la *common law* demeure l'élaboration de ce droit par les juges appliquant non un code mais des précédents. Sur ce point, la *common law* se distingue de la *civil law*, système juridique inspiré par le droit romain et donc codifié. V. Pour toutes ces précisions, PICARD Etienne, « Common law », in Dictionnaire de la culture juridique, pp.238-245. Selon Peter ROSHER, la *common law* c'est l'ensemble des règles qui constituent la base des systèmes juridiques anglais, gallois, américain et autres pays du commonwealth ; ROSHER Peter, « Les particularités de la *common law* dans l'arbitrage international », Horizons du droit-Bulletin n°27, 2021, p.31

⁷⁰ Selon Peter ROSHER, nous ne vivons plus dans un monde segmenté entre *Common law* et droit civil, mais bien dans un monde juridique transnational ; ROSHER Peter, « Les particularités de la *common law* dans l'arbitrage international », Horizons du droit-Bulletin n°27, 2021, p.32. Comme on peut le constater, dans le cadre de cette réflexion, nous continuerons à user de cette dichotomie en raison de la survivance de la théorie de René David, principal chantre de cette distinction et des nombreuses études qui continuent à se référer à celle-ci. L'opinion de Peter ROSHER est isolée voire contradictoire au regard de l'intitulé de son article.

⁷¹ Le choix porté sur le droit français se justifie par l'habitude que l'on a à manier ses concepts d'une part, par le fait que le droit musulman mêle les règles religieuses, morales, positives, que les pays dits socialistes sont la plupart de tradition romaniste. Ce faisant, leur différence avec le droit français n'est pas aussi absolue. V. BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, op.cit., spéc., p.67.

A-Des divergences en matière de responsabilité civile

8. Ce qui éloigne le droit français du droit de la *common law* est plus important que ce qui l'en rapproche⁷². C'est ainsi que des divergences existent au niveau des conditions d'ouverture de la responsabilité (1) et des sanctions (2).

1.Des divergences perceptibles au niveau des conditions de responsabilité

9. Il s'agit du fait dommageable, du dommage et du lien de causalité entre les deux. Mais nous n'examinerons que les deux premiers éléments cités. En effet, si la prépondérance historique de la faute au sein de la responsabilité constitue un facteur de rapprochement entre le système français et celui de la *common law*⁷³, il n'en demeure pas moins vrai que deux modèles peuvent être distingués : celui basé sur la généralité, l'abstraction d'une part, et celui qui met en évidence les intérêts et droits susceptibles d'engager la responsabilité de l'auteur du dommage d'autre part⁷⁴ (a). En outre, le dommage a une place de choix en droit français contrairement aux pays de la *common law* (b).

a-La faute, fait dommageable diversement apprécié : l'abstraction opposée à la casuistique

10. En droit français, le dommage ainsi que la faute, conditions de responsabilité sur laquelle l'accent sera mis⁷⁵, sont appréhendés de façon abstraite⁷⁶. Il s'agit là d'une de

⁷² Sur les éléments de rapprochement en matière contractuelle, V. GIORDANO Claire, « L'influence réciproque entre le droit français et le droit anglais. L'exemple des contrats de partenariat public-privé, Horizons du droit, Bulletin n°27, 2021, p. 200. Voici comment s'est exprimé l'auteur : « Quoi de plus éloigné (...) que les systèmes britanniques de *common law* et français de *civil law* ? ». Pourtant, les Etats ne sont jamais à l'abri d'un certain mimétisme, voire d'un « phénomène de mode » en matière juridique. Ceci est d'autant plus vrai dans le domaine contractuel où les évolutions sont constantes car liées au monde des entreprises ».

⁷³ La prépondérance de la faute ne doit pas faire oublier l'émergence de responsabilité objective (interprétant l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil, la Cour de cassation française, à travers l'arrêt *Jand'heur* du 13 février 1930, a reconnu l'existence d'un principe de responsabilité objective. Au-delà, nous pouvons citer la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation. Pour rappel, l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil a pour pendant l'article 142 COCC avec pour bémol le fait que le fait des choses ne soit pas expressément cité dans l'article précité), l'existence de présomption de faute.

⁷⁴ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, pp.165-170

⁷⁵ La faute apparaît à la fois comme une condition et un fondement de mise en jeu de la responsabilité civile. V. LE TOURNEAU Philippe, POUMAREDE Matthieu, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Livre 1, Dalloz-Action, 2021-2022.

⁷⁶ Selon BELLIS Kouroch, cette généralité aurait permis l'éclosion des pouvoirs du juge là où lors de la réforme du droit des contrats, il était question de savoir s'il fallait accorder plus de pouvoirs au juge. BELLIS Kouroch, « Réforme du droit de la responsabilité civile, préjudices réparables et office du juge, Le cas du préjudice médiat de privation d'assistance », Recueil Dalloz, 2020, p.2025.

ses identités⁷⁷. Ainsi, l'article 1382 du code civil, nouvel article 1240, dispose que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. En effet, la règle énoncée ne comporte aucune distinction des fautes, ne désigne aucun comportement en particulier, ne fait aucune référence à l'illicéité, ne distingue pas les dommages et n'indique ni les modes, ni l'étendue de la réparation⁷⁸. Tout le contraire est pour le droit de la *common law* car dans ce système juridique, on fait référence aux intérêts ou aux droits susceptibles d'engager la responsabilité de celui qui y porte atteinte de façon fautive et illicite. Il s'agit notamment de la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté et la propriété. Il semblerait que la dignité de la personne constitue un point de référence, une valeur de tout le droit⁷⁹. En effet, en *common law*, chaque délit ou *tort*, a sa source, constitue un cas d'ouverture et obéit à un régime propre. C'est l'exemple du *trespass*⁸⁰, de la *defamation*⁸¹, de la nuisance⁸². Ainsi, le droit des *torts* ne désigne donc pas un ensemble de règles générales et abstraites, mais l'addition de délits typiques aux conditions et aux effets spécifiques⁸³. Toujours dans les droits de la *common law*, la faute, loin d'être un obstacle à l'essor de la responsabilité civile, constitue au contraire

⁷⁷ Parler d'identité du droit de la responsabilité civile française est une d'une actualité brûlante d'autant qu'il y a des auteurs qui plaident en faveur d'un droit de la responsabilité civile commun aux personnes privées et publiques. C'est l'exemple de Jérémy Antippas. Cependant, il demeure dubitatif (même si ils définissent l'identité de la responsabilité civile française comme « l'ensemble des caractères ou des traits fondamentaux de notre droit en la matière et qui fait apparaître des éléments à la fois de permanence et de distinction par rapport à d'autres systèmes, p.65) quant au concept d'identité d'un droit puisque celui-ci n'a l'identité que veut bien lui conférer la doctrine. Ainsi, il cite Jean-Marc SOREL (« L'identité du droit international », in X. Bioy (dir), *L'identité du droit public*, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p.147) qui affirme que « l'identité d'un droit, c'est une représentation, donc du construit, et souvent du construit académique ». ANTIPPAS Jeremy, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021.

⁷⁸ LAITHIER Yves-Marie, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p.166.

⁷⁹ LE TOURNEAU Philippe, « Responsabilité : généralités », Répertoire de droit civil, Mai, 2009, Actualisation, janvier 2020, n°7

⁸⁰ Le délit de *trespass* consiste de la part d'un individu à méconnaître voire bafouer les droits d'autrui. SEROUSSI Roland, *Introduction au droit comparé*, DUNOD, 2^e édition, p.63

⁸¹ La *defamation* a pour objectif unique de défendre la réputation du citoyen. Ce délit complexe se définit comme une affirmation publique de propos blessants visant à ternir, à salir la réputation, l'honneur d'un individu. SEROUSSI Roland, *op.cit.*, p.64

⁸² LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.167. La *nuisance* constitue un trouble de voisinage.

⁸³ LAITHIER Yves-Marie, *Ibid*

le moyen de son développement puisque c'est sur le tort de *negligence*⁸⁴ que de nombreux dommages ont été indemnisés aux États-Unis⁸⁵.

Un autre élément de divergence entre le système français et celui de la *common law* demeure la place réservée au dommage dans les deux droits.

b-La place prépondérante du dommage⁸⁶ en droit français

11. Dans les droits étrangers, le dommage n'est pas une condition autonome et n'est pas d'égale dignité avec le fait générateur. En d'autres termes, la présentation française de la matière (un fait générateur et un dommage reliés par un lien de causalité) est inhabituelle⁸⁷. Pour rappel, en droit français, non seulement le dommage est indépendant du fait générateur, mais également, il tend à devenir l'*alpha* et l'*omega* de la responsabilité civile⁸⁸. Au-delà, en *common law*, il existe une catégorie de dommages appelée « *torts actionable per se* », c'est-à-dire des fautes qui ne supposent pas l'établissement d'un préjudice. Pourtant, la présentation française laisse entendre que l'existence d'un dommage est une condition essentielle de la responsabilité délictuelle⁸⁹. Que dire alors de la fonction préventive⁹⁰ ou punitive⁹¹ de la responsabilité au-delà de son traditionnel but qui est celui de la compensation ? Tous les dommages sont-ils réparables ? Faut-il les hiérarchiser ? Les deux questions sont intimement liées. Relativement à la première question, pour certains auteurs, pour être réparable, le dommage suppose la lésion d'un intérêt légitime⁹². Dans tous les cas, les

⁸⁴ Selon Roland Séroussi, la *negligence* représente la violation d'une obligation, d'un devoir de diligence (*duty of care*). Il s'agit donc de ne pas causer de dommage, de ne pas créer de danger inutile à autrui ou aux biens d'autrui. SEROUSSI Roland, *Introduction au droit comparé*, DUNOD, 2^e édition, p.60

⁸⁵ A titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt américain MacPherson contre Buick Motor Co dans lequel un conducteur ayant subi un dommage a fait condamner un fabricant d'automobile défectueuse alors qu'il n'était pas lié à celui-ci par un contrat. En droit anglais, il y a l'affaire Donoghue contre Stevenson où un fabricant de soda dans lequel un escargot en décomposition a été trouvé, a fait l'objet de condamnation.

⁸⁶ Bien que différent sur le plan conceptuel du préjudice (conséquence juridique et subjective de la lésion), le dommage (atteinte à un intérêt) lui est, dans le cadre de cette étude, assimilée.

⁸⁷ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.195

⁸⁸ LE TOURNEAU Philippe, « Responsabilité : généralités », Répertoire de droit civil, Mai 2009, Actualisation n°20

⁸⁹ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.195

⁹⁰ L'exemple des injonctions à des fins préventives.

⁹¹ Notamment lorsque l'on viole des droits ou intérêts protégés tels que l'honneur, l'intimité de la vie privée.

⁹² BORGHETTI J.S, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in Etudes offertes à Geneviève Viney, p.145, spéc.p.157 et s. L'auteur s'est peut-être inspiré du droit allemand qui exige pour la réparation du dommage, une violation illicite et fautive des intérêts dont la liste est établie par le paragraphe 823 I du BGB. Sur les conditions d'appréciation de la légitimité du dommage, V. RTDciv, 2002, p.306, obs.JOURDAIN Patrice.

tentatives de limitations de l'étendue de la réparation ou du préjudice réparable n'ont jamais empêché l'apparition de nouveaux préjudices. Nous pouvons citer à titre d'exemple le préjudice de masse, esthétique, d'agrément, écologique⁹³, purement économique⁹⁴. Concernant la seconde question, il semble que le choix politique généralement retenu consiste à privilégier la protection de l'intégrité physique de la personne ainsi que le droit de propriété au détriment des préjudices purement économiques et de certains préjudices moraux⁹⁵.

Au-delà des conditions de responsabilité, système de droit civil et de la *common law* comportent des différences tenant à la sanction de l'auteur du dommage.

2.L'attrait en *common law* pour la punition du responsable du dommage et l'implication de la victime dans la minimisation du dommage

12.Les effets de la responsabilité délictuelle se situent dans le prolongement des fonctions qui lui sont attribuées. A la pluralité de fonctions correspond une pluralité de sanctions⁹⁶. La sanction juridique peut être définie comme toute mesure prononcée en réaction à la violation d'une norme⁹⁷. La réaction doit être entendue de manière large comme toute mesure, définitive ou temporaire, pouvant remplir une fonction punitive, réparatrice, dissuasive ou correctrice⁹⁸. Remarquons que les fonctions peuvent être considérées comme les buts ou objectifs de la responsabilité civile. Plusieurs fonctions sont ainsi mises en évidence : l'indemnisation⁹⁹, la punition de comportements inadéquats sur le plan social¹⁰⁰, la dissuasion de comportements antisociaux¹⁰¹, la

⁹³ L'affaire Erika dans laquelle le juge français a reconnu l'existence d'un préjudice écologique pur. V. BARY Marion, « L'arrêt Erika : un arrêt novateur à plus d'un titre », *Revue Lamy droit civil*, n°102, 1^{er} mars 2013

⁹⁴ Ni atteinte physique à une personne ou à une chose. V. LAPOYADE DESCHAMPS Christian, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998, p.367. Le droit français, par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a consacré le préjudice écologique pur.

⁹⁵ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.200, n°187. Boris Stark, dans sa thèse opérant une distinction entre les dommages acquiliens (corporels et matériels) et les dommages non acquiliens (moraux et économiques). V. STARK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préface M. Picard, éd. L. Rodstein, 1947.

⁹⁶ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.205.

⁹⁷ JAOUEN Magali, « Sanctions », *in* *Dictionnaire du contrat*, L.G.D.J, 2018, p.995

⁹⁸ JAOUEN Magali, *op.cit.*, p.996

⁹⁹ TUNC André, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », *Mélanges Dorhout Mees*, Deventer Kluwer, 1974, p.143

¹⁰⁰ STARK Boris, « *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947

cessation de l'illicite¹⁰² et la fonction normative ¹⁰³. Selon Catherine-Thibierge, punir, réparer et prévenir seraient les trois fonctions de la responsabilité juridique¹⁰⁴. Les manifestations de la prévention peuvent s'apprécier dans la consécration d'une responsabilité écologique et d'un principe de précaution¹⁰⁵.

13. Concernant les différentes sanctions, trois seront examinées : la condamnation en nature, les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts punitifs. Les condamnations en nature sont des ordres judiciaires, prenant généralement la forme d'injonctions, ayant pour objet de faire (par exemple, cesser une activité causant un trouble anormal ou une concurrence déloyale) ou de ne pas faire quelque chose (par exemple, ne pas publier d'écrits portant atteinte à l'honneur)¹⁰⁶...En effet, étant donné que le code civil ne contient aucune disposition générale de cette fonction, il y a lieu de se référer aux dispositions spéciales. En la matière, le code de procédure civile et d'autres textes spéciaux peuvent être d'un grand secours. Dans la première hypothèse, le juge des référés est devenu le juge ordinaire. Les compétences « comme en référé » ne requièrent pas l'urgence. Celle-ci est en effet présumée par la loi en matière d'actions « comme en référé ». Elle ne doit par conséquent pas être alléguée en termes de citation et le Président est dispensé de l'apprécier¹⁰⁷. En outre, la caractéristique essentielle des pouvoirs dévolus au Président statuant comme en référé est qu'ils s'exercent au principal¹⁰⁸. Trois raisons militent en faveur d'une préférence de la condamnation en nature par rapport aux dommages et intérêts : échapper à une

¹⁰¹ TUNC André, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », Mélanges Marc Ancel, t. I, Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé, Pedone, 1975, p.407-415

¹⁰² BLOCH C., *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 71, 2008

¹⁰³ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.180. La fonction normative se dédouble selon l'auteur : édicition de normes de comportement d'une part et reconnaissance de droits ou d'intérêts juridiquement protégés. Adde MEKKI Mustapha, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », Dalloz IP/IT, 2020.672 ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile et les droits subjectifs », RTDciv 2007, p.227, spéc., p.231 et s

¹⁰⁴ THIBIERGE Catherine, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », Recueil Dalloz, 2004, p.577

¹⁰⁵ MARTIN G.J, « Précaution et évolution du droit », D.1995, chr., p.299. Dans une acception large, le principe de précaution conduit à « considérer comme fautif, non seulement celui qui n'aura pas pris les mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une démarche de précaution ». En revanche, dans une approche restrictive, le principe de précaution est circonscrit au seul risque hypothétique (JOURDAIN Patrice, « Principe de précaution et responsabilité civile », LPA 2000, n°239, p.51). Sur le plan législatif, le principe de précaution est prévu à l'article 5 de la charte de l'environnement.

¹⁰⁶ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, pp.205-206

¹⁰⁷ (Dir) VAN DROOGHENBROECK Jean-François, *Les actions en cessation*, LARCIER, 2006,p.60

¹⁰⁸ (Dir) VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.*, p.61

évaluation approximative, meilleure défense des intérêts de la collectivité et le caractère redoutable de l'injonction¹⁰⁹.

14. Opter pour les dommages et intérêts compensatoires signifie verser à la victime des dommages et intérêts. En la matière, il existe un principe de réparation intégrale. C'est dire que dans un élémentaire but de justice commutative, le montant des dommages et intérêts alloués doit être tel qu'il permette de replacer le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été victime du fait dommageable¹¹⁰. Mais étant donné que l'évaluation des dommages et intérêts est imprécise, des réactions sont notées dans les divers droits¹¹¹. De même, il existe des limites à la réparation intégrale. Celles-ci tiennent au comportement du demandeur, à la volonté des parties ou du législateur. Relativement à la première limite de la réparation intégrale, si le droit français, à travers la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation exclut la faute de la victime comme moyen de défense, tel n'est pas le cas en droit anglais.

15. Quelle est la raison d'être des dommages et intérêts punitifs ? Permettre de défendre plus efficacement les intérêts comme la liberté, la santé de la personne, le respect de l'environnement, absence de fonctions exclusives des responsabilités civile et pénale, impossible affirmation du caractère exclusivement dissuasif et punitif de la responsabilité pénale. Si ces raisons avancées ont convaincu les législateurs de la *common law*, elles n'ont cependant pas emporté l'adhésion des droits européens continentaux¹¹².

16. Toujours sous l'angle de la comparaison, le droit français n'impose pas au créancier de minimiser son dommage¹¹³ qui signifie que le créancier qui manque à son devoir n'est pas indemnisé de la part du dommage qui aurait ainsi pu être évité¹¹⁴.

¹⁰⁹ Selon Yves Marie-Laithier, le non-respect de l'injonction dans les droits de la *common law* constitue un « *contempt of court* » puni par une amende et/ou une peine d'emprisonnement. LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.206.

¹¹⁰ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, pp.207-208. L'auteur reprend à son compte une jurisprudence ancienne (Cass.2^e civ., 1^{er} avril. 1963 : JCP 63, II, 13408, note EISMEN) et constante

¹¹¹ Il s'agit de l'exigence de motivation détaillée des décisions, de la barémisation, de l'indemnisation sous forme de rente ou capital.

¹¹² LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, pp.216-217

¹¹³ Cass. 2^e civ., 19 juin 2003 : Grands arrêts, n°190 ; Bull.civ. II, n°203 (2 arrêts).

¹¹⁴ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.213, n°199.

La distanciation des deux systèmes juridiques, en plus de la matière délictuelle, est perceptible en matière contractuelle.

B-Des divergences en matière contractuelle

17. Depuis le 19^e siècle, dans les pays de tradition civiliste, l'étude du contrat¹¹⁵ est rattachée à celle d'acte juridique. Pourtant, les droits de la *common law* ignorent l'acte juridique¹¹⁶. Au-delà, la distinction en matière contractuelle entre le droit français et celui de la *common law* est visible dans la formation du contrat (1)¹¹⁷ et une fois celui-ci conclu à savoir la vie ou les effets du contrat (2).

1.Une distinction au niveau du processus de formation du contrat

18. Processus vient du verbe latin *procedere* qui signifie « s'avancer », « aller de l'avant ». Si une telle définition correspond le mieux à la définition des droits procéduraux à l'exemple de la procédure civile, elle n'est pas ignorée en droit matériel. Longtemps méconnue en droit français, la phase des négociations précontractuelles a finalement été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 avec à la clé, l'imposition d'un certain nombre de devoirs dont les fondements varient selon que l'on est en *common law* ou *civil law* (a). Une autre différence est remarquée au niveau des conditions de validité du contrat (b).

a-Distinction quant au fondement des devoirs précontractuels

19. Se basant sur le droit romain, Ihering a théorisé la notion de devoir précontractuel¹¹⁸. C'est la fameuse *culpa in contrahendo* en vertu de laquelle, avant la

¹¹⁵ Selon Yves-Marie LAITHIER, la notion de contrat n'est ni arrêtée, ni uniforme ; LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.92, n°78. Il faut dire que la frontière du contrat est difficile à tracer (donation, promesse de récompense. Sur la question de la donation, non considérée en *common law* comme un contrat, V. GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, L.G.D.J, 3^e éd., n°234). En effet, si en droit français, on ne saurait envisager un contrat sans accord de volontés, en droit américain, en l'absence de définition légale, le contrat peut prendre la forme d'une promesse, d'un accord, échange et *bargain*. En tout état de cause, quatre conceptions du contrat existent : le contrat, accord de volontés, le contrat, promesse juridique obligatoire, le contrat, échange économique, le contrat, promesse suscitant la confiance de son destinataire.

¹¹⁶ LAITHIER, *op.cit.*, pp.91-92

¹¹⁷ La formation du contrat inclut la conclusion (négociations, offre, acceptation, promesse unilatérale, pacte de préférence), la validité (consentement, capacité, contenu licite et certain), la forme du contrat (formalisme de validité et d'efficacité) et la sanction des conditions de validité (nullité, caducité). V. CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 1093 pages.

¹¹⁸ V. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, OUP, 1996, p.244 et s.

conclusion du contrat, il existe une relation juridique particulière donnant naissance à des droits et des devoirs¹¹⁹ dont ceux de la prise en compte des intérêts d'autrui¹²⁰. En droit français, dans l'ordonnance du 10 février 2016, les devoirs précontractuels ont été consacrés. Il s'agit du devoir d'information et de confidentialité. Cette précision ayant été faite, relevons trois fondements des devoirs précontractuels : l'engagement contractuel, la norme extracontractuelle de comportement, l'empêchement d'un enrichissement injuste.

20. Dans la première hypothèse, nous pouvons citer les accords préparatoires à savoir les accords de principe, les lettres d'intention, les protocoles d'accord, qui n'obligent pas à la conclusion du contrat définitif mais à la tenue ou la poursuite des négociations. Ainsi, les parties peuvent fixer le rythme des échanges, un terme, imposer la confidentialité des documents ou du savoir-faire transmis, stipuler une clause d'exclusivité¹²¹. En droit anglais, l'incertitude du contenu de l'accord préparatoire lui ôte toute force obligatoire¹²².

21. Dans la deuxième hypothèse, l'accent est mis sur le devoir de bonne foi. Faut-il un contrat pour parler de bonne foi ou violer une norme de conduite? En droit français, si l'on se base sur l'article 1134 alinéa 3 devenu 1103 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ainsi qu'une certaine jurisprudence¹²³, on peut répondre par l'affirmative. Le droit américain s'inscrit également dans cette logique. En revanche, pour d'autres droits, et même aussi paradoxalement en France, la bonne foi est l'expression d'une norme de comportement plus générale¹²⁴. Le comportement de bonne foi dans l'entrée en pourparlers, s'il est admis dans les droits de tradition civiliste¹²⁵, ne l'est ni dans le droit anglais, ni dans celui américain, parce que la bonne foi est un concept, un standard

¹¹⁹ LAITHIER Yves-Marie, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p.104, n°90. Selon l'auteur, la théorie de la *culpa in contrahendo* est bien reçue par les droits de tradition germanique tels que le droit allemand et suisse.

¹²⁰ Le non-respect de ces devoirs est sanctionné par la responsabilité contractuelle. Cette théorie, rejetée en France, a été reçue en droit allemand et suisse. V. Respectivement SCHNEIDER W.-T., « La codification d'institutions prétorienne », in WITZ C. et RANIERI F., (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations*, SLC, 2004, p.39, spéc., p.40 et s et ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse, op.cit.*, p.748 et s

¹²¹ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.108

¹²² Courtney et fairbairn Ltd. V. Tolaini Brothers (Hotels), (1975) 1 W.L.R. 297, spéc., p.301

¹²³ Selon le juge français « l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli » (Civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10.856: *Bull. civ. III*, n° 166; *D. 2006. 761*, note D. Mazeaud; *RTD civ. 2005. 776*, obs. J. Mestre et B. Fages)

¹²⁴ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.109

¹²⁵ Que ce soit les droits espagnol, français, italien, néerlandais ou les PDEC (article 2 : 3 et les Principes UNIDROIT 2004 (l'article 2.1.15 (2))

flou et partant créerait une insécurité juridique¹²⁶. Ainsi, selon G. TEUBNER, en raison d'un contexte juridique, économique et social différent, la notion de bonne foi ne saurait avoir le même sens et la même portée en droit anglais et dans les droits continentaux même dans l'hypothèse où l'on aurait introduit en droit anglais¹²⁷.

22. Au-delà de la bonne foi, l'on peut se baser sur les articles 1382 et 1383 du code civil devenus articles 1240 et 1241 issus de l'ordonnance du 10 février 2016. De telles dispositions n'ayant pas d'équivalent en droit de la *common law*, le système de la *misrepresentation* (ouvrir des négociations c'est prouver une volonté sérieuse d'aboutir à un accord. C'est pourquoi, lorsque la confiance est trahie, elle doit être sanctionnée)¹²⁸ et de la *promissory estoppel* (force obligatoire d'une promesse à laquelle le bénéficiaire s'est fié à condition qu'elle soit claire. C'est le cas de l'arrêt Hofman contre Red Owl Stores) ont été d'un secours inestimable.

23. La troisième hypothèse tient à l'interdiction de s'enrichir au détriment d'autrui. L'action n'est recevable que lorsque l'on prouve l'enrichissement injuste (par exemple donner des assurances que le contrat sera conclu, tirer profit d'une information reçue lors des négociations) de l'autre partie. En effet, au cours d'une négociation, un avantage peut être accordé à l'une des parties alors qu'au final aucun contrat n'a été conclu. Dans ce cas, celui qui profite de l'avantage injustement acquis reste tenu à restitution.

Au-delà du fondement des devoirs précontractuels, la différence entre la *common law* et la *civil law* est visible au niveau des conditions de validité du contrat.

b-Distinction au niveau des conditions de validité du contrat

24. Un contrat ne peut être valable sans respect des conditions de validité que sont : le consentement, la capacité, l'objet et la cause, lesquels, depuis l'ordonnance du 10 février 2016 sont remplacés par le contenu licite et certain. Trois idées seront développées : la révocation de l'offre, la cause et les vices du consentement.

¹²⁶ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, pp.109-110

¹²⁷ G. TEUBNER, « Legal irritants : good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences », (1998) 61 Mod. L. Rev.11

¹²⁸ La *misrepresentation* est plus large que le dol et recoupe en partie l'erreur.

25. La révocation de l'offre renvoie à sa force obligatoire. En droit continental¹²⁹, l'offre a une force obligatoire avant même d'être acceptée, ce faisant, elle engage son auteur. L'une des raisons est que l'offre peut avoir suscité la confiance de son destinataire. Il en va ainsi de l'offre assortie d'un délai ou à défaut de précision, en présence d'un délai raisonnable. Pourtant, telle n'est pas l'approche retenue en *common law* où la révocation de l'offre est toujours autorisée même si celle-ci est assortie d'un délai¹³⁰.

26. Avant de disparaître formellement du Code civil français, la cause a pu être définie comme la contrepartie en considération de laquelle une partie prend un engagement, contrepartie qui peut déjà avoir été reçue mais qui doit toujours avoir été convenue¹³¹. Comme on peut le constater, cette définition correspond à la cause objective. Aujourd'hui, la disparition supposée¹³² de la cause remet-elle en cause l'identité de fonction¹³³ avec la *consideration* ? Rien n'est moins sûr vu que suivant l'article 1169 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, un contrat à titre onéreux peut être annulé pour contrepartie illusoire ou dérisoire¹³⁴.

27. Comme annoncé, la troisième idée à développer concerne les vices du consentement. Relevons qu'en *common law*, l'erreur est conçue de façon restrictive d'où la faiblesse du contentieux de la *mistake*. En revanche, en droit français, l'erreur sur les qualités essentielles est largement perçue. En outre, en droit américain, l'erreur doit non seulement être la cause d'un déséquilibre significatif¹³⁵ mais également

¹²⁹ La préférence de l'expression « droit continental » à celle de « romano-germanique », créée par René David provient du caractère restrictif de cette dernière excluant par conséquent l'Asie et le monde arabe. Ainsi, le droit continental s'oppose au droit insulaire (droit anglais et irlandais). V. BAISSUS Jean-Marc, « Le droit français, modèle du droit continental ? », in Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ? Sous la direction de Rémy Cabrillac, ECONOMICA, 2011, collection « Etudes juridiques », p.12

¹³⁰ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.124

¹³¹ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.128. Au-delà de la contrepartie, la cause objective renvoie à l'utilité du contrat pour le débiteur

¹³² Ni les stipulations du contrat ni son but connu ou non par les parties ne peuvent déroger à l'ordre public (article 1162 issu de l'ordonnance du 10 février 2016)

¹³³ Les fonctions en question tiennent au contrôle opéré par le juge sur le sérieux de l'engagement d'une part et la possibilité de faire le départ entre les promesses obligatoires et celles qui ne le sont pas (V. LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.129)

¹³⁴ Pour Gaël Chantepie et Mathias Latina, dire que l'article 1169 du Code civil évoque la cause de l'obligation serait un euphémisme ; CHANTEPIE Gael, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.355, n°432. V. Néanmoins Roland Séroussi selon qui la *consideration* anglaise est très différente de la cause ou de la lésion. SEROUSSI Roland, *Introduction au droit comparé*, DUNOD, 2^e édition, p.46

¹³⁵ En droit français, le déséquilibre significatif est consacré par trois textes : l'article 1171 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article L 442-6, I, 2^o du code de commerce (L'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019

commune aux deux parties. Enfin, la *common law* ne connaît pas la réticence dolosive et admet la légitimité de la menace d'accomplir un acte illicite¹³⁶. L'ignorance de la réticence dolosive équivaut à un recul de l'obligation d'information¹³⁷.

28. Tout compte fait, selon Jacques GHESTIN, l'objet et la cause ne correspondent pas réellement au concept de *consideration*¹³⁸ et les vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence ne trouvent pas nécessairement une traduction dans les concepts de « *mistake* », de « *misrepresentation* » ou encore de *duress*¹³⁹. Concernant la violence économique, il faut reconnaître qu'elle a existé depuis bien longtemps en droit anglais sous les termes d'« *economics duress* »¹⁴⁰. De même, le juge français n'a pas attendu la réforme de 2016 pour découvrir la violence économique et ce, à travers une interprétation audacieuse de l'article 1112 ancien du code civil¹⁴¹. Le juge s'écarte ainsi de la violence classique telle qu'elle est conçue dans le code à savoir la violence physique¹⁴².

2. Une différence au niveau de la phase d'exécution du contrat

29. Trois idées seront examinées : interprétation, révision et clause pénale. Lors de l'exécution du contrat, il peut arriver qu'un événement imprévu survienne et rende

portant refonte du Titre IV du livre IV du code de commerce modifie l'article L 442-6 du code de commerce qui régissait le déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux, la rupture brutale des relations commerciales établies. Elle a été adoptée en application de l'article 17 de la loi Egalim du 30 octobre 2018 et publiée au journal officiel du 25 avril 2019. L'ancien article qui consacrait treize pratiques restrictives a été épuré de sorte que désormais, il n'y en a que trois à savoir l'avantage sans contrepartie, le déséquilibre significatif et la rupture des relations commerciales établies) et l'article L 132-1 du code de la consommation devenu l'article L 212-1 du code de la consommation. Il va se poser un problème de conflit de textes entre le droit commun et le droit spécial. V. LECOURT Arnaud, « Article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », Revue Lamy droit des affaires, N° 121, 1er décembre 2016

¹³⁶ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.132

¹³⁷ La réticence dolosive est consacrée par l'article 1137 alinéa 2 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁸ Pour Grégoire Djogue, la *consideration* signifie la contrepartie fournie ou promise par un contractant ; JIOGUE Grégoire « Quel avenir pour le modèle juridique français en Afrique ? », in Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ? Sous la direction de Rémy Cabrillac, Economica, 2011, p.104.

¹³⁹ GHESTIN Jacques, *La formation du contrat*, L.G.D.J, 1993, p.190, n°215

¹⁴⁰ V. TISSEYRE Sandrine., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. Fabre-Magnan M., PUAM, 2012, nos 276 et s.

¹⁴¹ V. NOURISSAT C, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D.2000, chron.369 ; LOISEAU Grégoire, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr.et patrimoine sept.2002, 26 ; MONTELS Benjamin, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », RTDcom, 2002, 417

¹⁴² MAYMONT Anthony, « La violence économique, une réalité consacrée ? », Revue Lamy Droit civil, N° 120, 1er novembre 2014

plus onéreuses les obligations d'une partie. Faudrait-il dans ce cas permettre au juge de réviser le contrat ? Le droit français qui, au nom de la sécurité contractuelle, était réticent à cette idée a évolué depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, contrairement au droit de la *common law* (b). En outre, il arrive que les parties à un contrat comprennent différemment le contenu d'un contrat. Si elles n'ont pas inséré une clause d'interprétation, elles devraient recourir au juge pour déterminer le sens de celui-ci. En *common law* et à la différence du droit français, la méthode objective passe avant celle subjective (a). Enfin, relevons que la clause pénale, arme dissuasive permettant au créancier de fixer le montant des dommages et intérêts, n'est pas admise en *common law* (c).

a-Privilège accordé à la méthode objective d'interprétation en *common law*.

30. En *common law*, la méthode objective est privilégiée. Cette méthode consiste à déterminer un sens à partir d'éléments extérieurs à la volonté des parties¹⁴³. Ces éléments sont la bonne foi, les usages et les pratiques. Ce n'est pas à dire que le droit français ignore la méthode objective ; la preuve, le contrat peut s'interpréter, si l'on ne peut déceler la commune intention des parties, selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation¹⁴⁴. Il n'empêche que c'est la méthode subjective d'interprétation qui l'emporte¹⁴⁵.

b-Impossible modification du contrat par le juge en *common law*

31. Ni le juge anglais, ni celui américain n'est en mesure de réviser le contrat lorsqu'il survient un élément imprévu lors de son exécution rendant onéreuse celle-ci. Cette sévérité va dans le sens de la préservation des intérêts du créancier. Pourtant, tant au regard du droit français que des principes européens de droit des contrats, il y a une incitation à la révision. Pour s'en convaincre, il faut consulter les articles 1195 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 et 6 :111 PEDC. Certainement c'est parce que la théorie de l'imprévision est relue à la lumière de la notion de contrat relationnel¹⁴⁶. En effet, « Il semble que le centre d'intérêt porté sur le contrat s'est déplacé de la formation vers

¹⁴³ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.139

¹⁴⁴ Article 1188 issu de l'ordonnance du 10 février 2016

¹⁴⁵ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.422, n°503.

¹⁴⁶ Le Lamy Contrats internationaux, 04-05-2021, n° 240-91

l'exécution du contrat. Si le contrat est toujours vu comme une source d'obligations – c'est la conception traditionnelle – il n'est plus seulement cela : la doctrine, qui en cela reflète une évolution du rôle que la pratique fait jouer au contrat, s'intéresse désormais à la vie du contrat après sa naissance (interprétation, modalités de son exécution, groupe de contrats, circulation, etc.)¹⁴⁷. L'ordonnance du 10 février 2016 permet, en l'absence de clause d'exclusion et en cas de refus ou échec de renégociation, aux parties de convenir de la résolution du contrat ou de demander au juge de procéder à son adaptation. A la demande d'une des parties au contrat, le juge peut réviser celui-ci.

c-Le rejet de la clause pénale en *common law* en raison de la place réservée à l'exécution en nature

32. Depuis une jurisprudence constante presque centenaire, la clause pénale est réputée non écrite. C'est en vertu de la liberté de ne pas exécuter ou de rompre le contrat si cela va dans l'intérêt de la partie que la clause pénale est rejetée¹⁴⁸. La clause pénale correspond aux clauses non obligationnelles pour reprendre la distinction de PASCAL ANCEL entre la force obligatoire et le contenu obligationnel¹⁴⁹. Les clauses non obligationnelles sont des clauses qui ne créent pas entre les parties de rapports de créancier à débiteur, mais qui prévoient et organisent des pouvoirs ou des devoirs, de faire ou de ne pas faire, pour les contractants¹⁵⁰ ; des clauses qui prévoient, organisent, limitent, encadrent des pouvoirs unilatéraux et/ ou des devoirs au profit ou à la charge de l'un ou de l'autre contractant¹⁵¹.

En effet, relativement à l'exécution forcée en nature, il faut spécifier que si elle est un droit en droit français¹⁵², en droit anglais, c'est une simple faculté¹⁵³. Le contrôle de

¹⁴⁷ Ian R. Macneil cité par (H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », RIDE 2001, vol. 15, n° 3, p. 339-373)

¹⁴⁸ LE GALLOU Cécile, « Inexécution contractuelle, minimisation du dommage et clause pénale en droit anglais : récentes précisions », Revue Le Lamy Droit civil, N° 129, 1er septembre 2015

¹⁴⁹ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTDciv., 1999, p.771

¹⁵⁰ DUTILLEUL François Collart, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique », in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012, collection « Thèmes et commentaires », p.233

¹⁵¹ DUTILLEUL François Collart, *op.cit.*, p.231. Selon cet auteur, les termes « pouvoir » et « devoir » ne sont pas pris ici exactement dans un sens technique. Ils visent seulement à illustrer l'essentiel des clauses non obligationnelles.

¹⁵² L'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution. V. Cass.civ, 3^e, 11 mai 2005. Pour la Cour de cassation française, lorsqu'elle est possible, l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle est une arme du créancier.

cette mesure opérée par le juge de la *common law* est plutôt celui de voir si celle-ci n'est pas empêchée par une impossibilité d'ordre matériel ou juridique, là où le juge français se base sur l'atteinte excessive à la liberté du débiteur. En outre, il découle du contrôle d'opportunité de l'exécution forcée en nature que les dommages et intérêts sont préférés la plupart du temps à celle-ci dans la *common law*¹⁵⁴. Cette préférence est justifiée comme suit : en donnant la primauté à l'octroi de dommages-intérêts plutôt qu'à l'exécution forcée en nature, « le droit anglais protège, non le droit à l'exécution, mais plutôt le droit à ne pas se retrouver désavantagé du fait de l'inexécution »¹⁵⁵. Pour finir, soulignons l'absence d'équivalent notionnel entre l'exécution forcée en nature et la *specific performance* qui est un ordre donné au juge d'exécuter une obligation de faire¹⁵⁶. C'est un remède d'*equity* accordé de façon discrétionnaire par le juge et lorsque les dommages et intérêts ne sont pas adaptés¹⁵⁷.

33. En France, avant l'ordonnance du 10 février 2016, il n'y avait pas trace de l'expression acte juridique dans les codifications napoléoniennes. Seul le contrat, acte bilatéral, a fait l'objet d'une véritable systématisation jugée suffisante¹⁵⁸. Désormais, la notion d'acte juridique figure dans l'ordonnance du 10 février 2016, la cause est supprimée, la nullité peut être extrajudiciaire. Cette posture rapproche le droit français du BGB allemand. Cependant, ce n'est pas à dire que dans les pays de l'Union européenne, il n'existe guère de divergence ; laquelle divergence est perceptible entre les textes des anciennes colonies françaises et le « modèle » français.

II- Un rejet fondé sur la faible circulation des modèles

¹⁵³ Le Lamy Contrats internationaux, n°164-233, 2016

¹⁵⁴ LAITHIER Marie-Yves, *op.cit.*, p.158, n°146. L'auteur fait remarquer que l'attitude réservée du juge de la *common law* vis-à-vis de l'exécution forcée en nature est en parfaite déphasage avec le fait que l'exécution d'une condamnation judiciaire soit assurée de façon plus radicale et dont les sanctions sont plus efficaces, en termes de dissuasion, que l'astreinte.

¹⁵⁵ Miller L., « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles : observations de droit comparé sur la notion d'exécution », in Regards comparatistes sur l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Société de législation comparée, vol. 9, 2010, p. 163, spéc. p. 179.

¹⁵⁶ Le Lamy Contrats internationaux, n°164-233

¹⁵⁷ FAUVARQUE-COSSON Véronique, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », RDC, 2006, n°2, p.529. Selon cet auteur, les droits anglais et américains admettent de plus en plus la *specific performance*.

¹⁵⁸ HAUSER Jean, « Acte », in Dictionnaire de la culture juridique, p.7

34. Le droit français constitue-t-il toujours un modèle en Afrique ?¹⁵⁹ Quel est le destin du Code civil dans ce continent? Si d'aucuns sont optimistes¹⁶⁰ ou spécifient que la circulation des modèles doit passer par la doctrine¹⁶¹, certains pensent que le rayonnement du Code civil français a trouvé dans bien des domaines ses limites comme le statut personnel et le droit des obligations (compromis entre la tradition musulmane, coutumière et la législation moderne¹⁶². C'est l'exemple du code civil algérien de 1975 sur les obligations¹⁶³) Le droit n'est-il pas le reflet de la société à laquelle il s'applique ?¹⁶⁴ Portalis disait que les codes des peuples se font avec le temps ; à proprement parler on ne les fait pas. Dans tous les cas, avec la réforme du droit des contrats en France, le propos de Schaeffer selon lequel ce qui est valable pour la France a été estimé l'être pour les nouveaux Etats africains¹⁶⁵, mérite d'être relativisé en raison d'une part du changement de paradigme en droit français et non d'une prétendue résistance du droit traditionnel au droit moderne des obligations¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Poser une telle question n'est pas dénué d'intérêt dans la mesure où durant la période coloniale, la législation française s'appliquait dans certains pays. Il s'avère donc nécessaire de mesurer la force d'influence de celle-ci depuis les indépendances sachant que beaucoup de dispositions du code civil ont été abrogées. V. LAMPUE Pierre, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », *in*, Dynamiques et finalités des Droits africains, Actes du colloque de la Sorbonne « La vie du Droit en Afrique », sous la direction de Gérard CONAC, ECONOMICA, 1980, p.14

¹⁶⁰ MBAYE Kéba, « Le destin du code civil en Afrique », *in* Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, 2004, pp.515 et s

¹⁶¹ SACCO RODOLFO, « Droit commun de l'Europe et ses composantes du droit », *in* Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, p.95 et s cité par OPPETIT Bruno, « Retour à un droit commun européen », *op.cit.*, p.81.

¹⁶² V. DEROUSSIN David, « Les codes des obligations et des contrats dans les protectorats français et au Liban. Contribution à l'histoire comparée du droit des obligations », *in* Mélanges en l'honneur de Bernard DURAND, L'harmattan, 2020, p. 305 et s

¹⁶³ HALPERIN Jean-Louis, *op.cit.*, p.143.

¹⁶⁴ BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.109, n°94.

¹⁶⁵ SCHAEFFER E, « Droit du développement », Cahiers de l'I.I.A.P, 1968, n°5, p.58

¹⁶⁶ V.MELONE Stanislas, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », *op.cit.*, pp.45-57. L'auteur aurait-il été influencé par l'adoption de l'ordonnance n°60-56 M.J fixant l'organisation judiciaire dans la République du Sénégal ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé ?. Comme l'a précisé feu le juge Kéba Mbaye, le Code-parlant du COCC- en cette matière, ne doit donc rien à la coutume (MBAYE Kéba, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Rev.internat.dr.comparé*, 1970, pp.35 et suiv). C'est également le cas de Roger DECOTTIGNIES (DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *op.cit.*, p.176) selon qui : « L'Etat sénégalais serait mal placé pour participer au commerce international avec un système juridique présentant de graves lacunes. On ne s'engage pas dans le droit du XXe siècle avec une législation du Haut Moyen-Age. Loin d'être tourné vers le passé, le droit du développement se doit d'être orienté tout entier vers l'avenir ». *Adde* CHABAS Jean, « Transformation du droit local et évolution économique », *in* Développement économique et évolution juridique, Annales Africaines, 1962, n°1 Colloque des facultés de droit de mai 1962, p.155

Par ailleurs, le professeur MELONE a raison d'affirmer, qu'à l'instar du droit romain, le droit traditionnel des obligations est formaliste. C'est selon François TERRE, à l'image de tous les droits primitifs ; TERRE François, *Sur la sociologie juridique du contrat*, Arch. Philosophie du droit, 1968, p.71 et s cité GHESTIN Jacques, *Traité de*

35. L'existence d'un droit communautaire européen et OHADA justifie-t-elle l'adoption d'un Code civil européen ou d'un droit ohadien des contrats ? L'intérêt d'une telle question tient à l'importance du contrat dans la vie juridique des entreprises. A quoi sert-il d'avoir un droit intégré tout en laissant en rade le droit commun des contrats ? Tel a été en tout cas le choix des législateurs communautaires tant européen qu'ohadien. Ainsi, que ce soit dans une logique assimilationniste ou de communauté juridique ou économique, on ne saurait admettre, en raison respectivement, de la distanciation entre l'ordre juridique du « modèle » et de la « copie » et de la difficile gestation d'un droit des obligations intégré (B), la théorie de l'universalisme du droit des obligations.

A-La distanciation entre l'ordre juridique du « modèle » et de la « copie »

36. En matière contractuelle, il n'y a jamais eu d'un côté un droit d'inspiration européenne et de l'autre un droit oral issu de la tradition africaine ; situation que LAMPUE qualifiait de structure dualiste du code civil¹⁶⁷. On a plutôt eu recours à une législation unique marginalisant, pour ne pas dire, supprimant les us et coutumes. C'est ce que l'on appelle l'acculturation. Celle-ci est liée à l'évolution interne des sociétés ou à des phénomènes d'origine externe tels que la colonisation¹⁶⁸. Elle peut donc être obligatoire ou volontaire. Elle repose la plupart du temps sur un rapport de force entre les cultures concernées. Ses outils privilégiés sont la rédaction des coutumes et les codifications¹⁶⁹. En droit, on peut définir l'acculturation comme l'ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits et modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés¹⁷⁰. Il faut faire remarquer que la plupart des Etats africains ont connu l'acculturation obligatoire. Ainsi, le Code civil y a été introduit en 1830. Que sa réception semble aller de soi n'occulte guère la nature de

droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J, 1993, p.38, n°54. Pour ce dernier, ce formalisme peut se manifester à travers des paroles, la remise d'une chose ou l'inscription dans un registre.

¹⁶⁷ LAMPUE Pierre, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Actes du colloque de la Sorbonne « La vie du Droit en Afrique », sous la direction de Gérard CONAC, ECONOMICA, 1980, p.15.

¹⁶⁸ ROULAND Norbert, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, 2004, p.4

¹⁶⁹ ROULAND Norbert, *Ibid*

¹⁷⁰ ROULAND Norbert, *Ibid*

l'acculturation à laquelle nous avons fait allusion précédemment. Il en est de même des emprunts. La nature obligatoire de l'acculturation juridique peut faire douter de l'existence d'un pluralisme juridique, qui postule l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques, notamment non-étatiques, en relation d'opposition, de coopération ou d'ignorance réciproque, en droit des obligations. En effet, les contrats coutumiers tels que les contrats de navetanes, de bergers... ont été supprimés parce que jugés contraires au développement et à l'unité du pays¹⁷¹. Il n'y a pas, en comparaison aux successions *ab intestat*¹⁷², des contrats de droit commun d'une part et des contrats relevant du statut personnel des sénégalais d'autre part. Les agents de l'acculturation juridique sont passés par là¹⁷³. A l'oralité s'est substitué l'écrit. Le Code civil est d'inspiration libérale et il est fondé sur le libre arbitre, l'individualisme et l'économie de marché¹⁷⁴. Cette philosophie tranche d'avec l'idéologie politique¹⁷⁵ en vigueur à l'époque de l'adoption au Sénégal du COCC, à savoir le socialisme¹⁷⁶. En effet, il ne faudrait pas perdre de vue que le droit français est un droit bourgeois puisqu'aucune attention n'est portée à la situation concrète des parties¹⁷⁷. Pourtant, le législateur sénégalais ainsi que ses homologues africains, à défaut de l'appliquer tout bonnement et simplement, s'en sont inspiré. Egaleme nt, si nous devons prendre l'exemple du COCC, les écrits faisant suite à son adoption ont toujours souligné son originalité vis-à-vis du droit français laquelle s'est d'ailleurs accentuée à la faveur de l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, alors que les anciennes colonies sont fortement attachées aux règles du Code civil de 1804, surtout concernant le

¹⁷¹ Michel Alliot a dénombré trois types d'acculturation : de soumission (passage du mythe à une loi étrangère inspirée par Dieu), par assimilation notamment lorsqu'un droit se modifie au profit d'un autre (ainsi, le droit romain a été réceptionné en Occident, introduction du code civil dans diverses législations européennes), par réinterprétation quand un Etat veut rompre avec le passé et adopte le modèle extérieur. ALLIOT Michel, « L'acculturation juridique », in J. POIRIER (Dir), *Ethnologie générale*, Gallimard, Paris, 1968, pp.1180-1246.

¹⁷² Voir article 515 du Code de la famille

¹⁷³ La commission de codification du Code des obligations civiles et commerciales, distinct du comité de rédaction, était composée de 18 membres sénégalais et français et partant, tous, de tradition française. V. FARNSWORTH Allan, « Le nouveau Code des obligations du Sénégal », *Annales Africaines* 1963, p.75.

¹⁷⁴ JEULAND Emmanuel, V° Droit des obligations, *in* Droit des obligations, Montchrestien, 1999, p.54

¹⁷⁵ L'idéologie du Code civil était présentée comme individualiste, volontariste, libérale, spiritualiste. V. HALPERIN Jean-Louis, *Le Code civil*, Dalloz, 1996, p.108

¹⁷⁶ Dans les codes socialistes, le contrat est un phénomène typiquement social et non individuel. V. GANDOLFI Giuseppe, « Pour un code européen des contrats », *RTD civ.* 1992. 707

¹⁷⁷ DISSAUX Nicolas, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil*, n°8

contrat de droit commun¹⁷⁸, le droit français s'en éloigne quelque peu (1) parce que mu certainement par un objectif d'attractivité. Au-delà, toujours en droit français, un effort de systématisation de certaines règles mérite d'être relevé (2).

1.La « rupture » entre un droit français réformé et un droit des anciennes colonies fortement inspiré des règles du Code civil de 1804

37. Le Code civil français doit une part de sa réussite à l'utilisation conjointe d'une tradition nationale et d'une idéologie juridique dont le rayonnement dépasse les frontières de la France¹⁷⁹. En effet, en dépit de son titre, le code civil des Français n'a pas été perçu comme une législation étroitement nationale. (...) Le Code Napoléonien a bénéficié des accroissements territoriaux liés à la conquête et de la portée universelle attachée à ses accents révolutionnaires¹⁸⁰. Même si de l'avis de certains, le code civil n'est pas une œuvre révolutionnaire¹⁸¹ mais, beaucoup de législateurs africains ont intégré le droit des obligations dans des codes, bien que codifier n'est pas nécessairement légiférer : c'est d'abord déclarer, de façon ordonnée, un corps de principes déjà en suspension dans le droit positif ; c'est faire tomber le superflu, effacer les incohérences, redonner à un système de droit sa clarté et son inspiration¹⁸². Ce faisant, on a pu douter de la réalité de leur politique législative¹⁸³. En effet, beaucoup des règles du droit français ont été intégrées dans les colonies. Pourtant, l'originalité du droit sénégalais par rapport au droit français n'a pas manqué d'être soulignée¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Pierre Bourel n'a pas manqué de relever cette situation en ces termes : « ... » BOUREL Pierre, « La formation du contrat en droit sénégalais, Réflexions sur la modernité du code des obligations civiles et commerciales », RSD, 1969, p.38.

¹⁷⁹ HALPERIN Jean-Louis, « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution) », *in* Dictionnaire de la culture juridique », p.202

¹⁸⁰ HALPERIN Jean-Louis, « Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution), *in* Dictionnaire de la culture juridique, p.205

¹⁸¹ JEULAND Emmanuel, *op.cit.*, p.54

¹⁸² REMY philippe, « Droit des contrats : questions, positions et propositions », *in* Le droit contemporain des contrats p.281, n°37

¹⁸³ V. MBAMBI Kangulumba Vincent, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *in* Les cahiers de droit, 2005, pp. 319 selon qui compiler, harmoniser, recueillir n'est pas codifier car : « L'entreprise de codification, à notre avis, est bien plus que cela. Il s'agit d'une œuvre de systématisation, de cohérence, de compatibilité et de complémentarité des normes d'un système donné. Ce qui traduit une certaine unité dans la diversité des règles d'un tel système. Or, tel ne semble pas être le cas dans les récents mouvements de codification en Afrique francophone ».

¹⁸⁴ V. Par exemple DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, n°1, pp.171-180, spéc, p.173.

Sans prétendre à l'exhaustivité nous pouvons citer la définition de l'obligation¹⁸⁵, le principe du consensualisme¹⁸⁶, la non-admission de l'imprévision, le rejet du transfert *solo consensu* (article 5 COCC)¹⁸⁷, la consécration de la cession de créance, de contrat, de la réglementation des astreintes, de l'effacement de la distinction de la responsabilité contractuelle et délictuelle, la substitution de la maîtrise à celle de garde¹⁸⁸. Mais avec l'ordonnance du 10 février 2016, l'originalité du droit sénégalais vis-à-vis de celle française doit être relativisée en raison de la consécration de la cession de créance¹⁸⁹ et de contrat¹⁹⁰.

38. Au-delà, la législation française tranche par exemple d'avec celle sénégalaise en raison de la suppression de la cause, de l'admission de la théorie de l'imprévision, de la systématisation de la sanction de l'inexécution des obligations et de la mise en place d'un régime juridique encadrant les pourparlers¹⁹¹. Toujours en France, l'ordonnance du 10 février a consolidé certaines solutions jurisprudentielles telles que l'abus de dépendance économique¹⁹². Au-delà, il y a la question de la réduction de prix. Ce faisant, le droit commun des contrats s'aligne sur le droit spécial inspiré de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. C'est pourquoi selon un auteur, la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 devrait constituer la source première d'interprétation de l'article 1223¹⁹³. C'est dire que la rupture du droit français avec beaucoup de principes

¹⁸⁵ L'obligation est définie à l'article 1^{er} du COCC comme ce qui lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention. -le COCC reprend la définition que Planiol donne de l'obligation (V. THUILLIER Guy, « Obligations », *in* Dictionnaire de la culture juridique, p.1097)

¹⁸⁶ Article 41 COCC.

¹⁸⁷ En droit sénégalais, c'est au moment de la délivrance que le transfert de propriété s'opère sauf volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions relatives transfert d'immeubles ou de biens meubles immatriculés. Par contre en droit français, l'article 1138 ancien du Code civil disposait qu'en matière d'obligation de donner, le transfert de propriété s'opère par le seul consentement des parties contractantes. Avec la réforme intervenue en 2016, on peut se demander si le transfert ne se fait désormais plus que *solo contractu* (article 1196 issu de la réforme) et non *solo consensu* (article 1138 ancien)

¹⁸⁸ LAMPUE Pierre, *op.cit.*, pp.22-23. Adde DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, n°1, p.173 et s

¹⁸⁹ Article 1321 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁹⁰ Article 1216 issu de l'ordonnance du 10 février 2016

¹⁹¹ Article 1112 à 1112-2 issus de l'ordonnance du 10 février 2016. Dans l'Acte uniforme portant sur droit commercial général, les pourparlers sont abordés à l'article 249.

¹⁹² Annulation du contrat pour état de vulnérabilité ? En principe, la réponse est négative. Mais la position de la jurisprudence a été infléchie et trois systèmes ont été conçus : la lésion qualifiée, la violence économique (jurisprudence de 2002) et le vice de faiblesse.

¹⁹³ GRIMALDI Cyril, *Leçons pratiques de droit des contrats*, L.G.D.J, 2018, p.331, note de bas de page 122

figurant dans le Code civil de 1804¹⁹⁴ est influencée entre autres par une velléité du législateur français de s'imprégner des législations extérieures à la France, mais également de prendre en considération le droit spécial et prétorien internes.

2. Un réel effort de systématisation remarqué en droit français depuis l'ordonnance du 10 février 2016

39. La systématisation repose pour une large part sur la reconnaissance de principes. Il s'ensuit que les principes apparaissent comme un substitut à la codification¹⁹⁵. L'effort de systématisation s'apprécie sur le plan des principes et des règles relatives à l'exécution du contrat. Le mot principe vient du latin « *primo capere* » qui signifie littéralement « prendre en premier ». Le *princeps* est celui qui prend la première place, la première part, le premier rang... Il est le Prince, le chef, la tête, le soldat de première ligne...Le principe est un commencement¹⁹⁶Cependant, il convient de préciser que le législateur français a évité le terme « principes » dans l'ordonnance du 10 février 2016 préférant parler de « dispositions liminaires » et éludant ainsi la suggestion faite dans le projet de réforme de la chancellerie¹⁹⁷.

Dans un article rédigé en 1994, le Professeur Denis TALLON dénonçait l'étude séparée, éclatée des remèdes contractuels qui s'offrent au créancier lorsque le débiteur a manqué à ses obligations¹⁹⁸. Si l'on en croit Marianne Faure-Abbad, le droit français connaît principalement trois remèdes de l'inexécution : exécution forcée, résolution, dommages et intérêts auxquels il convient d'ajouter leurs formes voisines (résiliation, exception d'inexécution, suspension) et leur application combinée (exécution forcée et dommages et intérêts, dommages et intérêts seuls, résolution avec ou sans dommages

¹⁹⁴ Nous pensons par exemple au rejet de la théorie de l'imprévision et à l'application des dommages et intérêts comme sanction en cas de violation d'une obligation de faire, de ne pas faire.

¹⁹⁵ Y.-M. LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, RDC 2013/1, n° 1.

¹⁹⁶ MORVAN Patrick, « Principes », in Dictionnaire de la culture juridique, p.1201.

¹⁹⁷ Sur l'historique de cette évolution, V.Goubinat Marine, *Les principes directeurs du droit des contrats*, n°50 tel.archives-ouvertes.fr/ consulté le 01-06-2021 à 16h 13.

¹⁹⁸ TALLON Denis, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994. 223 ; Adde FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », D. 2007. 165

et intérêts)¹⁹⁹. Ce point de vue peut être cautionné au regard de l'article 1184 ancien du code civil qui lorsque le contrat n'est pas exécuté, offre le choix à la victime de recourir à l'exécution forcée, à la résolution judiciaire ou à demander la condamnation du débiteur à lui verser des dommages et intérêts. Désormais et ce, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, cette possibilité de choix est consacrée par l'article 1217 issu de l'ordonnance précitée. Cette présentation dans un seul texte des différentes sanctions de l'inexécution contractuelle, n'existe ni dans le COCC, qui s'y est essayé²⁰⁰, ni dans un pays comme la Côte d'Ivoire où les remèdes à l'inexécution sont prévus aux articles 1142 à 1155 du code des obligations.

Au-delà de la distanciation entre l'ordre juridique du « modèle » et de la « copie », nous avons la difficile gestation d'un droit des obligations intégré.

B-La difficile gestation d'un droit des obligations intégré

40. Le législateur de l'OHADA n'a jamais été insensible à la matière contractuelle ou pour être plus exact, au droit des obligations de façon générale. C'est ainsi que le Secrétariat permanent avait confié en son temps au Professeur FONTAINE la lourde tâche d'élaborer un avant-projet de droit des contrats qui, en raison de l'ignorance de certains concepts tels que la cause, condition de validité faisant partie de la tradition juridique de base des Etats membres de l'OHADA en matière contractuelle, et des réalités africaines, a suscité une levée de bouclier diversement appréciée²⁰¹. Que faut-il entendre par réalités africaines ? Comme dit un auteur, il y a des notions plus perçues que conçues²⁰². Les réalités africaines en font malheureusement partie. Selon Marcel FONTAINE, les réalités africaines sont les circonstances de fait et les données

¹⁹⁹ FAURE-ABBAD Marianne, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », D. 2007. 165

²⁰⁰ Article 105 du COCC : « Dans les mêmes contrats, lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation ». Le législateur sénégalais vise ici les contrats synallagmatiques et le siège du régime juridique de l'exception d'inexécution qui constitue une sanction propre à ces catégories de contrats, c'est l'article 104 du Code susvisé.

²⁰¹ V. Par exemple POUGOUE Paul Gérard, « L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », OHADATA D-07-41. et *contra*

²⁰² GNINTEDEM Patrick Juvé Lowé, « La protection des savoirs traditionnels, entre contestation et triomphe du droit de propriété », Horizons du droit, Bulletin, n°19, octobre 2020, n°19

sociologiques qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus appropriées²⁰³.

41. Pourtant, on a pensé que les choses iraient mieux en confiant la réforme du droit des obligations OHADA à des professeurs africains et que l'adoption d'un Acte uniforme était imminente. Malheureusement, nous sommes toujours au point mort de sorte que l'on peut aujourd'hui s'interroger sur la pertinence des critiques adressées au projet FONTAINE d'autant que le droit français notamment l'ordonnance du 10 février 2016 qui a servi de modèle au dernier avant-projet ou avant-projet alternatif de la Fondation de droit continental s'est en partie inspiré des Principes UNIDROIT²⁰⁴. C'est que la caractéristique de cet avant-projet alternatif c'est de « respecter la culture juridique et judiciaire de base des pays de l'OHADA », et de « proposer une œuvre utile et adaptée qui n'entraîne pas une sorte de dépaysement pour les juristes déjà formés »²⁰⁵. Au-delà, l'avant-projet alternatif entend s'inspirer du droit comparé, des projets CATALA, les principes de droit européen des contrats, le code Gandolfi, les principes Unidroit, etc...²⁰⁶. Il n'apparaît donc pas excessif d'affirmer que la réforme du droit des obligations n'est pas un long fleuve tranquille en droit OHADA.

42. Dans l'esprit de plusieurs universitaires européens, le marché économique unique rime avec instrument juridique adapté au sein de l'Union européenne²⁰⁷. Le Parlement européen, la commission européenne, s'appuyant sur l'avant-projet de Code européen des contrats rédigé par l'Académie des privatistes européens (Pavie), les principes du droit européen du contrat²⁰⁸, l'avant-projet de réforme du droit des contrats, élaboré par le ministère de la justice française, le projet de cadre commun de référence de Von

²⁰³203 FONTAINE Marcel « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Revue de droit Uniforme*, 2004-2, p.259

²⁰⁴ V. LATINA Mathias, « Contrat : généralités-sources du droit des contrats », *Répertoire de droit civil*, mai 2017, Actualisation, février 2020, N°98

²⁰⁵ FONTAINE Marcel, « Le rayonnement international du droit français des contrats », *D.* 2016. 2008

²⁰⁶ FONTAINE Marcel, *Ibid.*

²⁰⁷ MAZEAUD Denis, « Le changement en droit des contrats », *op.cit.*, p.93, n°28 ; *Adde* HOUIN Roger, « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, *Etudes juridiques Julliot de La Morandière*, Dalloz, 1964, p. 223 et s.

²⁰⁸ Dans les dispositions générales de ces principes, il est dit : « Les présents Principes sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne ». Sur l'identité de ces principes vis-à-vis des droits européens nationaux, V. MAZEAUD Denis, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen des contrats », *Recueil Dalloz*, 2007.2959. Selon l'auteur l'existence d'obstacles linguistiques, culturels et politiques à l'émergence d'un code civil européen, n'empêche guère que l'on puisse parler d'identité contractuelle européenne dont les valeurs sont la liberté, la loyauté et la sécurité.

Bar, les principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, sont acquis à cette idée. Les réactions suscitées par ces différents textes ont poussé la Commission européenne à revoir ses ambitions à la baisse en proposant un Cadre commun de référence dont l'objectif est d'avoir des principes et une terminologie commune adaptés aux contrats transfrontaliers²⁰⁹. En effet, la commission européenne a pris le soin de préciser qu'elle « *n'envisage pas de proposer un code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des Etats membres* » mais simplement un CCR²¹⁰. Le CCR comporte les éléments suivants : les principes fondamentaux communs du droit européen des contrats, la définition des principaux termes pour comprendre les principes et les règles modèles dont les contractants et les législateurs européens pourraient s'inspirer. Se trouve ainsi rejetée toute tentative de mise en place d'un véritable code civil européen si chère à GANDOLFI et farouchement soutenu par certains auteurs²¹¹.

Pourtant, l'adoption d'un code civil européen devrait être dans l'ordre du possible eu égard au fait que les droits continentaux partagent les mêmes valeurs telles que la liberté contractuelle. Nous pouvons citer à titre d'exemple l'article 2 :301 (1) des PEDC, l'article 2.1.15 (1) des Principes UNIDROIT. Au-delà, il y a cette volonté de modélisation juridique d'où l'adoption de plusieurs instruments juridiques parmi lesquels on retrouve les Principes UNIDROIT²¹². Il faut dire que les principes UNIDROIT et européens de droit des contrats forment ce que l'on appelle le droit savant et manifeste ce faisant traduisent le passage du droit imposé au droit consenti²¹³.

43. Si certains auteurs ont noté une lente gestation du code européen des contrats²¹⁴, loin de le nier, il faut néanmoins relever que tous les projets européens d'unification du droit des contrats n'ont pas abouti et non simplement eu pour effet que de susciter

²⁰⁹ BLANC Dominique, DEROULEZ Jérôme, « La longue marche vers un droit européen des contrats », D. 2007. 1615

²¹⁰ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », D. 2008. 556

²¹¹ WITZ Claude, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000. 79

²¹² Dans le préambule des Principes UNIDROIT, il est mentionné ceci : « ils (les principes) peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux »

²¹³ PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTD civ, 2001, p.749

²¹⁴ WITZ Claude, « La longue gestation d'un code européen des contrats », RTD civ. 2003. 447

la réaction de la doctrine française en termes d'offres de réforme du droit commun des contrats (avant-projet CATALA et TERRE)²¹⁵. D'ailleurs, un auteur l'a si bien résumé : « Dans ce contexte à la fois douloureux et prometteur, la meilleure des stratégies consiste sans doute à entreprendre une réforme d'ensemble du droit français des obligations, tout en participant aux divers travaux actuels d'unification du droit privé européen »²¹⁶

44. Cette situation mise en exergue ci-dessus n'est guère nouvelle si l'on remonte à la théorisation du *jus commune* qui, loin d'être un droit positif uniforme, constitue une science juridique commune²¹⁷. Le *jus commune* est né d'une compénétration du *corpus juris civilis* et du *corpus juris canonici* ; de la sorte, coexistaient un *jus proprium*, particulier à chaque ordre juridique, et un *jus commune*, ou droit savant, seul enseigné dans toutes les grandes universités d'Europe²¹⁸. L'objectif de ce *jus commune* n'était certes pas de mettre fin à un pluralisme juridique complexe qui prévalait en Europe du Moyen Age jusqu'au temps moderne, mais d'avoir une manière commune d'appréhender les problèmes, susceptible de féconder les solutions législatives et coutumières et d'en assurer la cohérence, de fournir un cadre de pensée, une méthode de raisonnement, permettant de dominer l'enchevêtrement des diverses sources de droit faisant autorité : nourri de méthodologie, de principes et de concepts²¹⁹. Le *jus commune*, au-delà d'une méthodologie commune permettant d'appréhender tout problème juridique, exprime des valeurs de civilisation²²⁰. Le *jus commune*, c'est le droit dont tous les autres ordres juridiques procèdent nécessairement et qui leur confère pleine valeur de droit en même temps qu'il fonde leur unité²²¹.

Conclusion

²¹⁵ V. Sur cette question LATINA Mathias, « Contrat : généralités – Sources du droit des contrats », Mai 2017 (actualisation : Février 2020), n°

²¹⁶ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Faut-il un Code civil européen ?, RTD civ. 2002. 463. L'auteur conclut son propos en retenant qu'on n'arrivera à un code civil européen que lorsqu'il y aura une culture européenne qui pour l'instant, reste à construire.

²¹⁷ Sur cette nuance, V. MAZEAUD Denis, « Un droit européen en quête d'identité », *op.cit.*, n°4.

²¹⁸ OPPETIT Bruno, « Retour à un droit commun européen », *in* Droit et modernité, PUF, 1998 p.74.

²¹⁹ OPPETIT Bruno, *op.cit.*, pp.74-75

²²⁰ OPPETIT Bruno, *op.cit.*, p.75. Pour rappel, la civilisation en question est la civilisation européenne.

²²¹ M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Rev.hist.fac.de droit*, p.138

45. Un archétype juridique sans défaut qui servirait de référence à l'ensemble des systèmes du droit de par le monde est une utopie²²². Suivant ce propos, on perçoit l'idée selon laquelle il n'y a pas de droit universel en raison par exemple du style législatif qui peut différer même entre pays appartenant au droit continental²²³, des relations contractuelles dominées qui exclusivement par l'efficacité économique, qui par la conciliation entre cette valeur et la protection du contractant faible ou tout simplement entre l'utile et le juste, concept cher à Jacques Ghestin, du refus de la responsabilité précontractuelle ou de l'obligation précontractuelle d'information en droit anglais alors que le droit français les admet²²⁴, de l'obligation de minimiser le dommage ou des dommages et intérêts punitifs.

46. S'il est vrai qu'au regard du contenu du projet d'Acte uniforme en matière contractuelle élaboré dans le cadre de l'OHADA, les pays membres de cette organisation d'intégration juridique restent encore attachés au modèle français, celui-ci s'en éloigne de plus en plus et ce, à la faveur de la réforme du Titre III du Livre III du code civil. Ainsi, la cause et l'objet ont été supprimés en France alors qu'ils sont toujours d'actualité dans deux nombreux pays africains, anciennes colonies de la France. C'est dire que la célèbre mise en garde de Napoléon relativement au commentaire du code civil²²⁵, et par laquelle ce dernier croyait à l'éternité de son code civil, appelé constitution civile des français par Demogue²²⁶, n'a aucune raison d'inquiéter les glossateurs.

²²² BAISSUS Jean-Marc, « Le droit français, modèle du droit continental ? », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?* sous la direction de Rémy Cabrillac, ECONOMICA, 2011, p.15

²²³ C'est l'exemple du style français qui constitue un mixte entre langage technique et courant, là où le style allemand est tout simplement technique, plus exhaustif. V. LASSERE-KIESOW, *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, L.G.D.J., Bibl.dr.privé, t.371, préf. M. PEDAMON

²²⁴ Sur ces différentes comparaisons, V. CABRILLAC Rémy, « Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ? In *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde*, ECONOMICA, 2011, pp.8-9

²²⁵ Un seul commentaire, et mon code est perdu, dixit Napoléon ! V. ROULAND Norbert, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p.6.

²²⁶ Par contre, certains auteurs attribuent la paternité de cette formule à Jean Carbonnier. V. NOUEL Pierre, « Sur les traces de la constitution civile de la France », RTDciv, 2020, p.563

