

**JOURNEE « OHADA » A LILLE**

**11 décembre 2009**

**CONFERENCE -DEBAT**

**REGARDS CROISES SUR LE DROIT DES CONTRATS  
COMMERCIAUX : OHADA ET DROIT FRANÇAIS.**

**L'EXECUTION FORCEEE**

**SOMMAIRE**

**INTRODUCTION**

**I. EXAMEN DE CERTAINES DISPOSITIONS D'ACTES UNIFORMES EXISTANTS**

**1. Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage**

**2. Acte uniforme portant organisation des sûretés**

**3. Acte uniforme relatif au droit commercial général**

**3.1. Le bail commercial**

**3.2. La vente commerciale**

**3.2.1. Les dispositions générales communes aux parties**

**3.2.2. La dissymétrie entre les sanctions de l'inexécution des obligations**

**II. EXAMEN DES DISPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET D'ACTE UNIFORME  
OHADA SUR LE DROIT DES CONTRATS**

**1. Blocage du processus d'adoption de l'Avant-projet**

**2. Innovations introduites par l'Avant-projet**

**3. Appréciations critiques et regards croisés avec le droit français des contrats**

**CONCLUSION**

**JOURNEE « OHADA » A LILLE**

**CONFERENCE -DEBAT**

**REGARDS CROISES SUR LE DROIT DES CONTRATS  
COMMERCIAUX : OHADA ET DROIT FRANÇAIS.**

**L'EXECUTION FORCEE**

Thème introduit par  
Amadou DIENG  
Docteur en droit  
Avocat à la Cour  
CIMADEVILLA AVOCATS

**INTRODUCTION**

L'exécution effective est le point de perspective de l'ensemble du droit des obligations.

Selon le Vocabulaire juridique <sup>1</sup>, l'exécution se définit comme « *l'accomplissement par le débiteur de la prestation due, le fait de remplir son obligation, impliquant satisfaction donnée au créancier* ». Par extension on appelle exécution « *la sanction tendant à obtenir, au besoin par la contrainte, l'accomplissement d'une obligation* ».

Sous ce rapport, deux observations préalables sont à faire au regard de l'intitulé du sujet qu'il nous est demandé d'introduire.

D'abord, nous laisserons de côté la question de l'exécution forcée de la condamnation. C'est-à-dire celle de savoir dans quelle mesure le créancier, muni d'un titre exécutoire lui permettant d'exiger en nature la prestation pourra, par la contrainte, forcer le débiteur récalcitrant. Cette question relève des voies d'exécution.

A cet égard, on se bornera à rappeler l'article 28 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution -AUPSRVE - qui dispose, qu'à défaut d'exécution volontaire, « *tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ».

Ensuite, la question qui nous préoccupera a principalement trait à l'exécution de l'obligation contractuelle, et non au maintien forcé d'un contrat unilatéralement rompu. Ces deux questions sont différentes dans la mesure où la rupture du contrat empêche l'obligation de naître.

La question que nous allons donc examiner est la suivante : le créancier d'une obligation contractuelle peut-il trouver dans le système juridique OHADA de quoi l'assurer qu'il obtiendra du débiteur la prestation promise ?

Dans ce contexte, il convient de rappeler que le processus d'adoption de l'Avant – projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats « *n'a pas abouti et semble même bloqué* »<sup>2</sup>.

Ce constat nous conduira à effectuer notre présentation sur la base d'une double analyse.

D'une part nous mettrons l'accent sur le droit positif OHADA en la matière, en examinant les dispositions prévues dans certains contrats particuliers qui font déjà l'objet d'actes uniformes et par les autres actes uniformes actuellement en vigueur.

D'autre part nous examinerons le degré de cohérence entre les dispositions précédemment identifiées et les dispositions de l'avant-projet sur le droit des contrats, notamment en ce qui concerne l'exécution ou l'inexécution du contrat.

Ces préoccupations revêtent une grande importance car, si la législation OHADA se veut de qualité, elle doit veiller à l'harmonie entre ses différentes composantes et à leur bonne coordination. Les concepts doivent recevoir des définitions communes, les règles spéciales doivent être conçues par rapport aux principes généraux auxquels elles entendent déroger<sup>3</sup>.

## **I. EXAMEN DE CERTAINES DISPOSITIONS D'ACTES UNIFORMES EXISTANTS**

### **1. Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage**

Même si elle bénéficie d'un régime juridique très particulier, la convention d'arbitrage n'en demeure pas moins un engagement contractuel dont l'efficacité est assurée par le droit OHADA de l'arbitrage.

L'article 4 régit la convention d'arbitrage et l'article 13 son effet négatif.

### **2. Acte uniforme portant organisation des sûretés**

L'article 3 de l'acte uniforme définit le cautionnement comme « *un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas* ».

S'agissant des effets du contrat de cautionnement, l'Article 13 stipule que « *le créancier ne peut entreprendre des poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet* ».

Par ailleurs, la caution est en droit de refuser le bénéfice de la prorogation du terme (délai d'exécution) accordée au débiteur et de le poursuivre pour le forcer au paiement ou obtenir une garantie ou une mesure conservatoire.

De même, l'article 15 prévoit que la caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire.

### **3. Acte uniforme relatif au droit commercial général**

Cet acte régit plusieurs contrats commerciaux : le bail commercial, la commission, le courtage l'agence et la vente commerciale. Hormis le bail commercial, ce sera le contrat de vente commerciale qui va le plus retenir notre attention.

#### **3.1. Le bail commercial**

Définition (Article 71), pouvoir du bailleur, en cas de défaut de paiement du loyer, de demander la résolution judiciaire du bail et l'expulsion du preneur (Article 101) et caractère d'ordre public (Article 102)

### 3.2. La vente commerciale

Les dispositions du chapitre II de l'AUDCG organisent le régime des sanctions de l'inexécution des obligations des parties (Article 245 à Article 273) :

#### 3.2.1. Les dispositions générales communes aux parties

La notion de manquement essentiel (Article 248)

La possibilité de différer l'exécution de ses obligation (Article 245) ; il s'agit d'une adaptation de l'exception d'inexécution en compliquant sa mise en œuvre : elle est judiciaire, préventive et limitée aux faits énoncés apparus après la conclusion du contrat.

Lorsque l'inexécution devient certaine, la résolution anticipée peut être demandée judiciairement (Article 246) même pour les contrats à livraison successive.

La résolution judiciaire du contrat (Articles 254 et 259)

#### 3.2.2. La dissymétrie entre les sanctions de l'inexécution des obligations

La possibilité pour l'acheteur de déclarer le contrat résolu, en cas de manquement essentiel au contrat (Articles 254 et 261)

Aux termes de l'article 250 de l'AUDCG, l'acheteur « *peut exiger du vendeur l'exécution de toutes ses obligations* ». Ainsi, lorsque les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur dispose de deux modes d'exécution selon le caractère essentiel ou non du manquement. : il peut demander soit le remplacement des marchandises, soit leur mise en conformité (réparation du défaut).

Le remplacement des marchandises et/ou leur mise en conformité doivent être demandées au moment de la dénonciation du défaut de conformité, ou dans délai raisonnable à compter de cette dénonciation.

## II. EXAMEN DES DISPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET D'ACTE UNIFORME OHADA SUR LE DROIT DES CONTRATS

### 1. Blocage du processus d'adoption de l'Avant-projet

En mars 2001, le Conseil des Ministres de l'OHADA a décidé d'inclure le droit des contrats dans les matières juridiques à uniformiser.

En février 2002, le Conseil des Ministres a demandé au secrétariat permanent de prendre contact avec l'Institut international pour l'unification du droit. – UNIDROIT-.

L'expert a choisi de construire l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats en restant le plus proche possible des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, version 2004, tout en tenant compte des spécificités africaines. Celles-ci ont été entendues comme « *les circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans les différents pays membres et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus appropriées* »<sup>4</sup>.

L'avant projet d'acte uniforme a été transmis aux commissions nationales pour examen au cours de l'année 2005.

Le 12 décembre 2007, le Conseil des Ministres de l'OHADA a, en ce qui concerne l'avant-projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats, considéré « *qu'il serait prudent de s'assurer que l'adoption de cet acte ne soulèvera pas de difficultés graves. Par conséquent, le Conseil a instruit le Secrétaire permanent de lui présenter un rapport circonstancié approfondi sur le projet d'acte uniforme* ».

### 2. Innovations introduites par l'Avant-projet

L'avant-projet organise un régime juridique général du contrat tant du point de vue de sa conclusion que de son efficacité.

L'efficacité d'un contrat est d'abord mesurée par rapport à son contenu, c'est-à-dire aux droits et obligations qu'il engendre et qui doivent être exécutés. Elle implique également la sanction de cette efficacité.

Les dispositions portant sur l'exécution des obligations sont précises et répondent à des questions très concrètes soulevées par la pratique des contrats.

La section 2 du Chapitre 7 réservé à l'inexécution consacre le droit à l'exécution, en distinguant entre obligation de somme d'argent et obligation non pécuniaire.

Cette *suma divisio* correspond à l'usage d'opposer les obligations monétaires et les obligations en nature.

Les obligations monétaires se prêtent volontiers aux procédures d'exécution forcée grâce notamment à l'arsenal des saisies mis à la disposition du créancier impayé.

S'agissant des obligations en nature, plusieurs sous distinction peuvent être faites : obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. On peut également distinguer entre les obligations de faire – au sens de *facere* – qui impliquent la personne et qui sont rebelles à l'exécution forcée et les obligations de *praestare* qui portent sur des choses et supportent en conséquence de faire l'objet d'une exécution forcée.

L'article 7/8 stipule, qu'à défaut par le débiteur de payer une dette de somme d'argent, le créancier peut en exiger le paiement.

L'article 7/9 précise qu'à défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque :

- a) l'exécution est impossible en droit ou en fait ;
- b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables
- c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ;
- d) l'exécution présente un caractère strictement personnel ; ou
- e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'exécution.

Aux termes de l'article 7/10, le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement de l'objet, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse.

L'article 7/11 prévoit que le tribunal qui ordonne au débiteur de s'acquitter de ses obligations peut également lui imposer une pénalité s'il ne se conforme pas à la décision.

Enfin, le créancier qui, ayant exigé l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent, ne l'a pas reçue peut se prévaloir de tout autre moyen. Il en est de même lorsque la décision du tribunal relative à l'exécution d'une obligation autre que de somme d'argent ne peut faire l'objet d'une exécution forcée. (Article 7/12)

### **3. Appréciations critiques et regards croisés avec le droit français des contrats**

Le système proposé par l'avant-projet nous semble proche des tendances générales exprimées dans les différents projets de réforme du droit français des contrats, notamment celui proposé par le Ministère de la Justice<sup>5</sup>.

Au-delà de l'identité de l'architecture générale des sanctions entre le projet de la Chancellerie et l'Avant-projet OHADA, les deux textes reprennent les mêmes principes s'agissant du droit à l'exécution.

Par trois fois, le projet de la Chancellerie souligne que, en principe, le créancier a le droit à une exécution en nature.

L'affirmation figure d'abord parmi les principes directeurs, en corollaire de la force obligatoire du contrat. L'article 17 du projet de la Chancellerie dispose, en effet, que : « *le contrat légalement formé s'impose aux parties..... Chacune d'elles peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat* ».

L'idée est ensuite répétée par l'article 110 du même projet, qui stipule que « *les obligations de donner de faire ou de ne pas faire s'exécutent en principe en nature* ».

Enfin, s'agissant de l'exécution forcée en nature, l'article 162 du projet de réforme dispose que « *le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ».

L'impossibilité, qu'elle soit de droit ou de fait, constitue une borne classique à l'exécution forcée. En revanche, la limite tenant au coût déraisonnable de la mesure est tout à fait nouvelle et la jurisprudence ne l'admettait pas.

Il suffit, pour s'en souvenir, d'évoquer ces arrêts ayant condamné un entrepreneur à refaire un ouvrage en son entier, au motif que la construction présentait des défauts mineurs par rapport aux plans convenus avec le client. Un exemple frappant en était l'hypothèse où la Cour de cassation imposait aux juges du fond de faire droit à la demande de démolition d'une maison au motif que « *le niveau de la construction présentait une insuffisance de 0,33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles* »<sup>6</sup>.

Ce genre de solution illustre avec une force extrême la primauté de l'exécution en nature. Elle ne pourra plus être admise avec le projet que propose la Chancellerie. Elle ne le sera pas davantage en droit OHADA si l'Avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats avait été adopté.

## CONCLUSION

En matière d'exécution ou de sanction de l'inexécution des obligations contractuelles, le droit positif OHADA, notamment en ce qui concerne la vente commerciale, s'est largement inspiré des solutions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Le droit au remplacement ou à la mise en conformité peut donc s'analyser comme un droit à exécution en nature.

Quant à l'Avant-projet d'acte uniforme, ses dispositions correspondent aux tendances claires des codifications récentes et des projets d'harmonisation au plan européen. Inspirées des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, l'Avant projet ne s'éloigne guère de l'avant-projet Gandolfi de Code européen des contrats, ou encore des travaux du réseau de chercheurs européens sur la Cadre commun de référence (Draft Common Frame of Reference ou DCFR) ou encore des Principes contractuels communs issus des travaux de l'Association Henri Capitant et de la société de législation comparée.

En définitive on s'explique mal le blocage depuis cinq ans du processus d'adoption de l'Avant – Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

## Notes

<sup>1</sup> · Vocabulaire juridique H. Capitant, Dir. G. CORNU, PUF 2003

<sup>2</sup> · Pierre MEYER. L'avant Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats. RDAI/IBLJ, N°3, 2008, pp.291- 317

<sup>3</sup> · Marcel FONTAINE, Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : note explicative. UNIDROIT, mai 2006.

<sup>4</sup> Ibid, p. 10

<sup>5</sup> Cf. Le projet de réforme du droit des contrats élaboré par le Ministère de la Justice dans l'état dans lequel il était en septembre 2008

Cf. La réforme du droit français des contrats en droit positif. Revue des Contrats 2009/1, pp. 265- 417

Cf. Colloque du 14 octobre 2004, Cour de cassation. « Exécution du contrat en nature ou par équivalent. » in Revue des Contrats RDC2005/1, Numéro spécial.

<sup>6</sup>. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103