

OPINIO JURIS

in Comparatione

Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

Principes Latino-Américain du droit des contrats: formation,
cause et invalidité

Yves-Marie Laithier

Principes Latino-Américain du droit des contrats: formation, cause et invalidité

Yves-Marie Laithier*

ABSTRACT

La comparaison entre les Principes Latino-américains et le droit français des contrats – qui se limite dans le cadre de cette contribution, d'une part, à la lettre des textes, d'autre part, à la formation, à la cause et à l'invalidité du contrat – fait apparaître des ressemblances et des différences. Le nombre de points communs est élevé, ce qui n'est pas surprenant compte tenu du contexte juridique et culturel respectif des deux points de comparaison. Il existe cependant des différences significatives dont certaines sont explicites alors que d'autres procèdent du silence conservé par les Principes sur certains aspects.

It is generally admitted that comparison is a method that involves looking for and explaining both similarities and differences between the objects of research. Assuming the meaning of such concepts is clear, the results of a brief comparison between the recent Latin American Principles of Contract Law and the French Law of Contract would be as follows. First and predictably, the number of similarities is high. Some are related to form (style and structure of the principles). Others are related to substantial issues: the paramount importance of freedom of contract and good faith, the existence of vitiating factors such as mistake, fraudulent misrepresentation and duress, the

* Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1).

general requirement of a cause (even though the word no longer appears in the French civil code after the 2016 reform), the judicial character of annulment or the distinction between ‘absolute nullity’ and ‘relative nullity’. Secondly there are, however, significant differences. In my view, some rules are interesting and their ‘transplant’ in French law is worth considering (for example the rule about the assessment of damages where an obligation of confidentiality is breached during negotiations). Others should clearly be rejected (especially the vague, insecure and repulsive rule against « excessive advantage »). Thirdly, there are ‘silences’. Although they may be ambiguous and difficult to interpret, some of them are real gaps that should be filled in (the absence of rules on precontractual agreements and standard terms are striking examples).

KEYWORDS

Contract Law – Comparative Law – French Law – Latin-American Law

Résumé :

1. Harmonisation régionale
2. Principes latino-américains : droit savant
3. Droit français : trois en un
4. Plan
5. Ressemblances
 - 5.1. Forme
 - 5.2. Fond
6. Différences
 - 6.1. Différences de présentation
 - 6.2. Différences de fond
7. Silences

1. Harmonisation régionale

Les *Principes latino-américains du droit des contrats*¹ illustrent ce que l’on nomme parfois la « régionalisation » du droit, c’est-à-dire ce processus d’élaboration de règles communes à plusieurs Etats nationaux faisant partie d’une même zone géographique. Ce n’est certes

¹ Le présent rapport s’appuie sur la traduction française des *Principes latino-américains du droit des contrats* effectuée par le Professeur S. Moreno Fernández et révisée par le Professeur C. Pizarro Wilson. Pour une première analyse comparative d’ensemble, en anglais, V.R. Momberg, S. Vogenauer, (eds), *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin America Contract Law*, Bloomsbury, London, 2017.

ni le premier exemple dans l'histoire, ni le plus remarqué². Mais c'est malgré tout un événement, ne serait-ce que parce que le projet a abouti alors que, dans un passé récent, certaines tentatives (notamment en Asie) ont échoué.

Ce corpus de règles aurait pu donner lieu à une comparaison « inter-régionale », par exemple, en recherchant les points communs et les différences entre les Principes latino-américains du droit des contrats et ceux élaborés en Europe à l'initiative d'Ole Lando³. Mais il a paru plus fécond de faire le rapprochement entre ces Principes et un droit positif (en l'occurrence le droit français) plutôt qu'entre deux corpus de normes « hors sol ».

2. Principes latino-américains : droit savant

Le fait est que les Principes latino-américains sont composés de textes rédigés uniquement par des experts (universitaires et praticiens). Ces textes sont donc en eux-mêmes dépourvus de force normative. Ils ne sont pas encore utilisés par les parties. Ils n'ont pas encore fait l'objet d'application et d'interprétation par les tribunaux (étatiques ou arbitraux). Et, à ce jour, les personnes qui les interprètent sont, pour la plupart, celles qui les ont rédigés. Cette situation ne fait pas obstacle à la comparaison, mais elle invite à être prudent dans l'analyse car, au fond, le sens et la portée des textes ne seront connus qu'une fois qu'ils seront appliqués par leurs destinataires.

3. Droit français : trois en un

La situation actuelle du droit français des contrats est assez complexe. A la suite de la réforme qui s'est déroulée en deux temps (ordonnance du 10 février 2016 suivie de la loi de ratification du 20 avril 2018)⁴, ce droit se divise en trois blocs : le droit applicable aux contrats conclus jusqu'au 30 septembre 2016 ; le droit applicable aux contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 ; le droit applicable aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2018. Une comparaison complète supposerait de prendre en considération ces trois régimes successifs, mais, par souci de simplicité, l'accent sera mis sur les

² La « régionalisation » des Droits de l'Homme est un phénomène bien plus en vue. V. à ce sujet, par ex., Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, RCADI, t. 387, Brill, Nijhoff, 2017, n° 230 et s.

³ V. O. Lando, H. Beale, (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000.

⁴ Pour des commentaires approfondis des nouvelles dispositions du Code civil français, V. par ex., G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2018 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, Paris, 2018.

nouvelles dispositions du Code civil français plutôt que sur les anciennes, même si celles-ci gouvernent encore un très grand nombre de contrats.

4. Plan

De manière générale et du point de vue d'un juriste français, le contenu des Principes latino-américains du droit des contrats n'est pas révolutionnaire. Ils formulent des règles qui existent ailleurs, soit dans des instruments internationaux (notamment la Convention de Vienne sur la vente de marchandises), soit dans certains droits internes. Il ne faut pas s'en étonner. Il n'y avait aucune raison, compte tenu de l'objectif poursuivi, que ces Principes soient une œuvre de rupture. Le but des auteurs n'était pas de rédiger une sorte de manifeste, mais de créer un outil apte à répondre aux besoins de la pratique contractuelle contemporaine. C'est la raison pour laquelle il existe un nombre significatif de points communs avec le droit français, notamment à propos de la formation et la validité du contrat (5). Cela ne signifie pas que tout ce qui n'est pas commun est nécessairement différent. Il faut distinguer les véritables différences (6) des silences dont la portée est ambiguë (7).

5. Ressemblances

Les ressemblances entre les Principes latino-américains et le droit français du contrat sont nombreuses. On signalera les principales en distinguant la forme et le fond.

5.1. Forme

Les articles des Principes latino-américains sont rédigés de manière concise. C'est aussi l'une des caractéristiques reconnues du Code civil français dont Portalis avait le premier vanté les mérites. La raison d'être de cette concision n'est pas dévoilée. Plusieurs explications, qui ne sont d'ailleurs pas incompatibles, peuvent être avancées. Les rédacteurs ont peut-être eu à l'esprit la distinction, rendue célèbre par Dworkin, entre les « principes » et les « règles » – plus détaillées – qui en procèdent⁵. Ou bien, plus probablement, les rédacteurs ont voulu rester fidèles à une tradition latine de la codification. Ou bien encore, la

⁵ Pour Dworkin, les principes et les règles sont tous normatifs mais n'opèrent pas de la même manière. Les règles s'appliquent selon un mode de tout ou rien : elles aboutissent à une décision selon que leur présupposé est établi ou non. Par comparaison, l'application des principes n'est pas aussi mécanique. Ceux-ci indiquent une raison d'aller dans une direction, sans nécessairement commander une décision particulière. Le principe oriente le juge dans un sens, mais la décision finale dépendra à la fois d'autres principes applicables et des circonstances. V.R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, p. 82 et s. Dans la version originale, l'auteur écrit à propos du principe : « *It states a reason that argues in one direction (...)* ».

concision a pu constituer le moyen efficace de trouver un consensus entre les rédacteurs afin de dissimuler des désaccords que des règles plus précises auraient mis en lumière. L'autre ressemblance formelle entre les Principes et le Code civil français (dans sa version postérieure à la réforme de 2016) concerne la structure d'ensemble. On songe en particulier à la présence de « principes généraux » suivis de la distinction entre les conditions de formation des contrats et la sanction de la nullité ; à l'existence d'une subdivision consacrée spécialement à la négociation du contrat et une autre consacrée spécialement aux restitutions ; à l'importance accordée à l'offre et à l'acceptation. La forme rejoint ici le fond car l'accent mis sur l'offre et l'acceptation n'est que le reflet de la manière dont le contrat est conçu : un *consensus ad idem*.

5.2. Fond

Sur le fond, une communauté de valeurs semble partagée par les Principes et le droit français. Ces valeurs communes sont la liberté contractuelle (dans son double sens de liberté de conclure ou ne pas conclure un contrat et de déterminer le contenu du contrat), le consensualisme et la bonne foi, fréquemment mentionnée dans les Principes.

A ces grandes orientations s'ajoute une multitude de règles qui, au moins dans leur formulation, illustrent la proximité qui existe entre le contenu des Principes et celui du Code civil. Parmi ces règles, on peut mentionner : la liberté de rompre les négociations ; la responsabilité précontractuelle limitée à l'indemnisation de l'intérêt négatif ; la triple exigence du consentement des parties, d'un objet et d'une cause ; le caractère exceptionnel des contrats solennels ; l'expression du consentement soit par une déclaration soit par un comportement ; la définition de l'offre (qui doit être précise et ferme) ; la liberté de rétracter l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; la règle selon laquelle, en principe, le silence ne vaut pas acceptation ; la disqualification de l'acceptation en contre-offre si elle modifie l'offre ; le concept de vice du consentement (même s'il est écrit « vice du contrat » dans la version française) avec la trilogie classique (erreur, dol et violence) ; la nécessité d'une erreur qui soit excusable ; la définition du dol ; la référence (dans la version française) à l'objet plutôt qu'au contenu ; le maintien de la cause (cause de l'obligation et cause du contrat) – ce qui, en réalité, est un point commun avec le droit français qui demeure causaliste bien que le mot « cause » ait disparu des nouveaux textes⁶ ; la distinction entre nullité relative et nullité absolue et le critère sur lequel repose cette distinction ; le caractère judiciaire de la nullité alors que la résolution a lieu par notification ; la possibilité de confirmer une nullité relative ; ou encore, l'effet rétroactif de la nullité (avec les restitutions).

⁶ V.O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, « *La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ?* », *ERCL* 2017, p. 418 et s.

Outre qu'une analyse plus fine des règles précédentes conduirait à nuancer la proximité qui vient d'être évoquée entre les Principes latino-américains du droit des contrats et le droit français, des différences plus nettes se font jour.

6. Différences

6.1. Différences de présentation

Plusieurs différences apparaissent dans la présentation des règles. Bien que secondaires, elles constituent un indice des choix de fond qui ont été effectués par les rédacteurs des Principes. Par exemple, la définition du contrat fait partie d'un chapitre consacré à la formation du contrat (art. 8), alors qu'en droit français, le Code civil distingue la notion de contrat et les conditions auxquelles il se forme. De même, le Code civil sépare la formation du contrat et sa validité, c'est-à-dire le processus d'échange des volontés, d'un côté, et la conformité de cet échange à la légalité, de l'autre. En d'autres termes, le Code, suivant en cela les enseignements de la doctrine française, distingue deux questions. Premièrement, est-ce qu'un accord existe ? Deuxièmement, est-il valable ? La sanction n'est pas la même : inexistence (sans prescription) dans le premier cas ; nullité du contrat dans le second. Cette distinction n'est pas formellement consacrée par les Principes. Dernier exemple : dans le Code civil, la représentation est conçue comme une question de pouvoir des parties et donc de validité du contrat, alors que les Principes envisagent la question dans l'examen des effets du contrat à l'égard des tiers (art. 55 et s.).

6.2. Différences de fond

Au-delà de ces présentations distinctes, on relève des différences plus substantielles. Plusieurs exemples peuvent être donnés.

Dans les Principes, le contrat est défini par référence à sa finalité, comprise comme « la réalisation juridique patrimoniale ». Cette définition est sans doute adaptée aux relations du commerce international pour lesquels les Principes ont été envisagés, mais elle aboutit à une conception du contrat plus stricte que celle du Code civil français. En effet, d'après l'article 1101 du Code civil, le contrat est tout « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La dimension patrimoniale ne fait pas partie de la définition, ce qui explique, par exemple, qu'il n'y ait aucune difficulté à qualifier de contrat le partenariat unissant les deux membres d'un couple.

Une autre différence des Principes par rapport au droit français est la sanction de la violation de l'obligation de confidentialité : l'article 12 prévoit, en plus des dommages-intérêts compensatoires, la « restitution des bénéfices obtenus ». Officiellement, cette sanction n'existe pas en droit français. La seule façon de tenir compte du profit retiré de la violation du secret est de jouer sur la définition du préjudice (le gain manqué notamment).

A certains égards, le régime de l'erreur prévu par les Principes est plus restrictif qu'en droit français. Ainsi, l'erreur ne vicie le contrat que si les deux parties ont commis la même erreur (art. 29), ce que n'exige pas le droit français. Mais, d'un autre côté, l'article 30 précise que celui qui commet une erreur ne peut pas s'en prévaloir si l'autre partie offre d'exécuter le contrat dans les termes dans lesquels elle avait entendu le conclure. Certes, en droit français, les parties ont toujours la liberté de trouver un accord. Mais une partie ne peut pas unilatéralement empêcher l'autre de demander la nullité pour erreur simplement en lui offrant ce qu'elle espérait. Cette « adaptation du contrat pour erreur » avait été prévue par le projet de réforme en 2015 avant d'être finalement retirée. La sanction est donc la nullité totale.

La crainte révérencielle est exclue de la notion de violence. Du moins n'est-elle pas une cause de nullité du contrat d'après les Principes (art. 36). Il est assez surprenant de trouver un texte à ce propos dans des Principes destinés à réguler le commerce international. Quoiqu'il en soit, la différence est claire avec le droit français qui, de son côté, a supprimé cette limite pour tenir compte de possibles pressions familiales.

La règle formulée par l'article 85 (frustration de la cause du contrat) fait songer aux fameux *coronation cases* du droit anglais⁷. Elle n'est pas exprimée en termes aussi explicites en droit français. C'est une différence. Toutefois, la caducité du contrat, telle qu'elle est prévue par le Code civil, peut aboutir à l'anéantissement du contrat dans des circonstances similaires⁸.

Il reste que la différence la plus profonde avec le droit français est certainement la règle des Principes relative à l'avantage excessif présent dès la formation du contrat (art. 37). Cette disposition soulève une série de questions auxquelles le texte, trop vague, ne permet pas d'apporter des réponses : est-ce que l'« avantage excessif » et la contrariété « aux exigences de la bonne foi » forment deux conditions distinctes ou bien est-ce que la première implique nécessairement la seconde ? En d'autres termes, est-ce qu'il faut caractériser, outre l'avantage excessif, un comportement de mauvaise foi ou bien est-ce que l'excès *en soi* est contraire à la bonne foi ? Une forme de contrainte (ou d'abus ?) est-elle requise dans le silence du texte ? A la lumière de quels critères et de quelles méthodes sont mesurés les « difficultés économiques » et le « manque d'expérience », circonstances qui sont l'une et l'autre très évasives ? Puisque l'excès peut concerner tout autant le contrat que ses clauses, la protection textuelle joue-t-elle en présence d'une seule clause déséquilibrée et quel qu'en soit l'objet ? Comment le juge apprécie-t-il, au stade de la sanction, « l'accord qui aurait pu être conclu » ? Au-delà de ces incertitudes, le texte crée un redoutable effet répulsif. Il constitue une formidable menace pour la sécurité des transactions qui devrait conduire les parties (et leurs conseils) à se détourner des Principes au profit d'un socle

⁷ V.G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, § 7-006 et s.

⁸ V.O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. op. cit.*, p. 396 et s.

de règles aux effets mieux maîtrisés, plus prévisibles et moins dangereux pour la bonne exécution de ce dont les parties ont décidé d'un commun accord.

Pour terminer ce bref tour d'horizon, il reste à s'interroger sur la portée de certains silences.

7. Silences

Il existe dans le Code civil français des règles qui n'apparaissent pas dans les Principes sans que cela soit forcément révélateur d'une différence. La portée de ces silences est incertaine. Il peut s'agir de véritables lacunes (des oublis de la part des auteurs). Mais il peut tout aussi bien s'agir de silences volontaires, lesquels pourraient s'expliquer, par exemple, par l'impossibilité de trouver une position commune acceptable par l'ensemble des rédacteurs.

Certains silences concernent des aspects ponctuels même s'ils sont importants en pratique. A titre d'exemples, on peut mentionner la question de savoir si l'erreur peut porter sur sa propre prestation (par exemple, le vendeur peut-il se prévaloir de l'erreur qu'il a commise sur le caractère constructible du terrain qu'il cède ?). De même, est-ce que le dol (art. 32) rend nécessairement l'erreur excusable (art. 29 (2)) ? Ou bien encore, qu'en est-il de la détermination unilatérale de cet objet si particulier qu'est le prix ? Est-elle possible au regard de l'article 38 (1) des Principes ? Dans l'affirmative, quel en est le régime ? Quels sont les pouvoirs de contrôle et de sanction du juge ? Ce sont autant de questions laissées sans réponse par les Principes.

D'autres silences sont d'une ampleur plus générale. Pour s'en tenir à la formation du contrat, l'on songe à trois séries d'éléments : 1) le caractère électronique des contrats, 2) les conditions générales et leur articulation en cas de conflit, et 3) l'ensemble (hétérogène) des avant-contrats soit qu'ils contiennent un engagement de contracter le contrat définitif (contrat d'option typiquement), soit qu'ils n'en contiennent pas (engagement d'honneur, accord de principe, etc.). Compte tenu des pratiques contractuelles dans le commerce transfrontalier contemporain, il est étonnant que ces aspects ne soient pas envisagés par les Principes. Pour notre part, nous y voyons une lacune mais aussi une piste à explorer pour une éventuelle deuxième édition.