

the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party. The *French Principles* art 4:209 on clauses abusive make a similar limitation²³ and CESL art 80 provides that Section 3 (i.e. art 86 on Unfair Terms in B2B contracts) does not apply to the definition of the main subject matter of the contractor to the appropriateness of the price to be paid.

I wonder why agreements on unconscionable prices cannot be set aside or the price be reduced. Is the liberal dogma that in a free market price formation should be free still alive? In the provisions implementing the EC Council Directive 93/13 the Nordic countries have omitted art 4 (2) of the Directive. The American Uniform Commercial Code § 2:302 on unconscionable contract or clause has also been applied to set aside or modify agreements on an unfair prices, especially where the markup of the seller was unconscionably high²⁴.

7. Art 104 treats incorrect installation under a consumer sales contract:

"(1) Where goods supplied under a consumer sales contract are incorrectly installed, any non-conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a non-conformity of the goods if:

(a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or

(b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to a shortcoming in the installation instructions.

(2) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects".

Why does art 104 (1) not apply to B2B contracts as well? It may be made a non-mandatory rule.

Other examples of rules reflecting a more individualistic attitude in the CESL than in PECL could be mentioned²⁵. On several points the CESL tolerates a more thick skinned behavior in B2B relationships than in the PECL, and this in spite of the fact that CESL was prepared to cater for the SMEs. A more individualistic attitude also prevailed in the Study Group preparing the DCFR and may have been taken over by the Experts that drafted the IECL.

As was pointed out above I consider CESL to be a great step forward. All in all the CESL only reflects a rather mild case of social dumping. Much of the *esprit collectif* of the PECL (and PICC) has been preserved. But considering that the CESL was prepared to support the SME, there is enough social dumping in the CESL to sound the alarm bell.

Ole LANDO

23. French Principles, p. 367ff.

24. See J. J. White and R. S. Summers, Uniform Commercial Code, 4th ed., 1996, 218.

25. Compare for instance CESL art. 72 on merger clauses with PECL art 2:205 and art. 75 (2) and (4) on a grossly unreasonable price determined by a third party with PECL art. 6:105.

c) Pour un futur droit arabe harmonisé des contrats : feuille de route

Après les Principes du droit européen du contrat, l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, les principes asiatiques du droit civil et commercial et le projet commun de droit des contrats en Amérique du Sud, pourquoi pas des « Principes du droit arabe des contrats » ? Il s'agirait d'un instrument d'harmonisation d'initiative privée, s'inspirant des droits nationaux des contrats dans les pays arabes, de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, du droit musulman, du Code civil arabe unifié et des principales codifications de droit européen et international du contrat.

Principes du droit arabe des contrats ; sources nationales ; Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises ; droit musulman ; Code civil arabe unifié ; principes du droit européen du contrat ; principes d'Unidroit ; harmonisation ; soft law ; avant-projet d'acte uniforme OHADA ; principes asiatiques du droit civil et commercial ; projet commun de droit des contrats en Amérique du Sud

Dans un contexte où de nombreux pays – notamment les pays européens¹, les pays de l'OHADA², ceux de l'Amérique du Sud³ et du sud-est asiatique⁴ – œuvrent pour mettre en place des principes communs du droit des contrats, il serait intéressant de lancer la réflexion sur une éventuelle harmonisation du droit des contrats à l'échelle des pays arabes.

1. Sur le droit européen des contrats, v. C. Aubert de Vincelles, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, G. Wicker (dir.), Litec, 2008, p. 7 ; C. Aubert de Vincelles, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud et J. Rochfeld, « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions » : Dr. et patrimoine 2007, n° 165, p. 32 ; D. Blanc et J. Déroulez, « La longue marche vers un droit européen des contrats » : D. 2007, p. 1615 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés » : D. 2008, p. 556 ; D. Mazeaud, « Droit européen des contrats, à la recherche du temps perdu » : Dr. et patrimoine 2007, n° 165, p. 39 ; « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de Cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... » : RTD eur. 2008, p. 723 ; « Un droit européen en quête d'identité, les Principes du droit européen du contrat », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac (dir.), Société de législation comparée, 2008, p. 102 ; D. Tallon, « Vers un droit européen du contrat ? », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p. 139.

2. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ; v. P. Meyer, « L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats » : RD aff. int. 2008, n° 3, p. 299.

3. Un groupe de juristes du Chili, du Venezuela, de l'Argentine, de l'Uruguay, du Paraguay, du Brésil, de la Colombie et de la France mène une étude sur la rédaction d'un projet commun de droit des contrats en Amérique du Sud. V. http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms_c_7720/projet-commun-de-droit-des-contrats-en-amerique-du-sud.

4. Des Principes asiatiques du droit civil et commercial sont en cours de rédaction sous l'impulsion de M. Naoki Kanayama, professeur à l'université Keio de Tokyo ; v. N. Kanayama, « PACL (Principles of Asian Civil/Commercial Law) » : RDC 2010, p. 995 ; v. aussi R. Amoussou-Guénou, « Perspectives des Principes ASEAN (ou asiatiques) du droit des contrats » : RD aff. int. 2005, n° 5, p. 573.

Dans cette perspective, nous proposons une feuille de route pour un futur droit arabe harmonisé des contrats en déterminant le point de départ (I) et le point d'arrivée (III) d'une telle initiative ainsi que le meilleur itinéraire à suivre (II).

I – Point de départ : sources d'un futur droit arabe harmonisé du contrat

Quelles seraient les sources d'un futur droit arabe harmonisé des contrats ? Il s'agirait naturellement de sources nationales (A) mais aussi d'une source internationale (B) et de sources anationales (C).

A. – Sources nationales

Un droit arabe harmonisé des contrats serait nécessairement le produit de la confrontation des droits nationaux des contrats dans les différents pays du monde arabe. Or de quels pays arabes s'agirait-il concrètement ? Il existerait plusieurs critères de rattachement d'un État au monde arabe. D'abord, le critère géographique : l'expression « monde arabe » désignerait un ensemble de régions couvrant le nord de l'Afrique, la péninsule arabique et le Proche-Orient. Ensuite, le critère linguistique : appartiendraient au monde arabe les pays dans lesquels la langue arabe est la langue officielle. Par ailleurs, le critère politique : seraient des pays du monde arabe les pays représentés au sein de la Ligue des États arabes⁵ et, enfin, le critère religieux : les pays arabes seraient les pays qui partagent la culture musulmane. Ce large éventail de critères laisse entrevoir la difficulté de l'identification des droits nationaux qui devraient être consultés en vue de l'harmonisation du droit arabe des contrats.

B. – Source internationale

Eu égard au succès de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises⁶ qui a été ratifiée par plusieurs pays arabes (Liban, Syrie, Irak, Égypte, etc.), il serait intéressant de l'examiner, d'autant plus que le contrat de vente demeure une matrice de la théorie générale du contrat et le pilier du commerce international.

C. – Sources anationales

Droit musulman. – Dans beaucoup de pays arabes, la loi musulmane compte parmi les sources du droit. Il serait donc nécessaire de prendre en considération

5. Organisation régionale à statut d'observateur auprès de l'Organisation des Nations unies, fondée en 1945 au Caire par 7 pays et comptant aujourd'hui 22 États membres.

6. Disponible sur <http://lexinter.net/Conventions%20Internationales/CONVENTION%20DE%20VIENNE%20SUR%20LES%20CONTRATS%20DE%20VENTE%20INTERNATIONALE%20DE%20MAR>

les règles du droit musulman qui sont en rapport avec la théorie générale du contrat, par exemple les règles relatives à la capacité ou encore aux vices du consentement.

Code civil arabe unifié. – Le Conseil des ministres arabes de la justice a élaboré, en 1996, dans le cadre de la Ligue des États arabes, un Code civil arabe unifié⁷. Il s'agit d'un texte ayant valeur de loi modèle et composé de quatre parties renfermant des règles générales puisées du *Fiqh* ainsi que des règles relatives aux personnes, aux biens, aux droits et obligations, à certains contrats spéciaux, à la propriété et aux sûretés. Le chapitre 1 du titre 1 (« Les sources de l'obligation ») du livre 1 (« Les obligations ou les droits personnels ») de la première partie est relatif à la théorie générale du contrat et permet de se constituer une idée de « l'acquis » du droit arabe des contrats.

Droit savant européen et international. – Il importerait de s'inspirer des codifications de droit européen⁸ et international⁹ des contrats qui sont le résultat d'initiatives d'harmonisation du droit des contrats menées à l'échelle européenne et internationale. Parmi ces différentes codifications, il serait utile de se référer à deux « échantillons », à savoir les Principes d'Unidroit¹⁰ et les Principes du droit européen du contrat¹¹ qui sont les plus connus du fait de leur large diffusion. L'intérêt serait d'en tirer des enseignements en vue d'offrir aux pays arabes un modèle de droit moderne des contrats en harmonie avec les tendances internationales.

II – Itinéraire : harmonisation d'initiative privée

Deux chemins pourraient être empruntés en vue de la mise en place d'un instrument de droit arabe harmonisé des contrats.

Premier chemin : harmonisation dans le cadre d'institutions politiques. – Ce chemin risquerait toutefois d'être entravé par deux principales difficultés : la première difficulté est liée à l'absence d'un cadre politique, à l'instar du cadre européen, basé sur un traité encadrant une éventuelle initiative d'harmonisation du droit des contrats dans les pays arabes. La seconde difficulté est d'ordre conjoncturel : dans

7. Disponible en langue arabe sur <http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/civil.aspx>.

8. Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours d'I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, Société de législation comparée, 2003 ; Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats. Avant-projet*, G. Gandolfi (dir.), Giuffrè, Milan, 2004 ; Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, 2009 (en anglais) ; Association Henri Capitant et Société de législation comparée, *Projet de Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud (coord.), Société de législation comparée, 2008 ; v. tout récemment l'étude de faisabilité, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf.

9. Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Unidroit, 2004.

10. *Ibid.*

11. Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, *on cit*

un monde arabe qui bouillonne de révolutions, l'harmonisation du droit des contrats n'est certainement pas la première priorité des gouvernements.

Second chemin : harmonisation d'initiative privée. – L'harmonisation d'initiative privée impliquerait un groupe de travail composé d'universitaires et de professionnels du monde arabe. Cette voie aurait l'avantage, d'une part, d'éviter les pressions politiques en veillant à rester le plus fidèle possible à la science du droit, et, d'autre part, de donner au groupe de travail une plus grande marge de manœuvre : en effet, le résultat du travail n'engagerait pas les États puisqu'il constituerait un instrument de *soft law* dont les législateurs arabes pourraient éventuellement s'inspirer sans qu'il leur soit imposé.

III – Point d'arrivée : Principes du droit arabe du contrat

L'idée serait de rédiger des « Principes du droit arabe du contrat » à l'image des Principes du droit européen du contrat¹².

D'une part, ces Principes joueraient le rôle d'un modèle de législation moderne pour les pays arabes et stimuleraient l'harmonisation du droit des contrats dans ces pays. En effet, l'expérience récente a montré que les instruments de *soft law* exercent une influence non négligeable sur les législations nationales.

D'autre part, ils pourraient être désignés à titre de loi applicable dans les contrats transfrontaliers conclus à l'échelle des pays arabes. Cela contribuerait à la réduction des obstacles au commerce liés à la non-connaissance de la loi étrangère : par l'application de règles claires et raisonnables contenues dans les éventuels « Principes du droit arabe du contrat », les intéressés pourraient conclure un contrat en se concentrant sur les éléments essentiels sans être obligés de négocier tous les détails¹³, réduisant par là même les coûts de transaction.

Rita KHORIATY

12. Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit.

13. En ce sens, N. Kanayama, « PACL (Principles of Asian Civil/Commercial Law) », p. 997. Pour des exemples concrets mettant en lumière la réalité de l'augmentation des coûts de transaction et le renforcement de l'insécurité en présence de lois nationales différentes en matière de droit des

Traitement informatique, impression, façonnage par
Imprimerie France Quercy

ZA Les Grands Camps — 46090 Mercuès

Dépôt légal : Mai 2012

Numéro d'impression : 20380

L.G.D.I. - Lextenso éditions

Commission paritaire : 1015 T 83748

Imprimé en France