



L'impossibilité de faire évoluer la notion de contrat en droit positif congolais

Édouard KANE SATY

Citer cette version :

E. KANE SATY, « L'impossibilité de faire évoluer la notion de contrat en droit positif congolais », in RDU, vol. 2, n° 2/2025, Décembre 2025, pp. 151-168.

Édition électronique URL : <https://rdu.cd/article.php?id=1>

DOI : 10.67016 ISSN 3005-7078 (numérique)

ISSN 3005-706X (imprimé)

Dépôt légal : ZR 3.02310-57531

Les articles sont diffusés sous licence :



Vol.2, n° 2/2025



L'IMPOSSIBILITE DE FAIRE EVOLUER LA NOTION DE CONTRAT EN DROIT POSITIF CONGOLAIS

Édouard KANE SATY

Professeur de droit privé à la Faculté de Droit de l'Université Pédagogique Nationale

RÉSUMÉ

L'impossibilité de faire évoluer la notion du contrat est très technique parce que réside dans la source du droit des contrats qui est l'émanation de la société française voire occidentale aujourd'hui. La RDC a hérité de ce droit à l'époque coloniale et rien n'a été fait pour essayer de voir s'il était possible de puiser dans le droit coutumier congolais quelques éléments qui peuvent orienter la réflexion sur les faits sociaux congolais à partir desquels l'on peut introduire des données issues des traditions congolaises. Aujourd'hui il y a des théories dites modernes pour justifier le lien contractuel et ces théories sont d'origine occidentale.

Mots-clés : *Notion, Fondement, Contrat, Accord, Autonomie de la volonté, Déclin, modification, doctrine, Évolution, Fait Juridique, Science Sociale, Contractant, Adhésion, Confiance Légitime, Normativisme, utile, Juste, Solidarisme, Analyse économique.*

INTRODUCTION

L'article 1^{er} du code civil congolais dispose que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cet article premier est identique à l'ancien article 1101 du code civil français.

Le nouvel article 1101 du code civil français, qui a remplacé l'article numéroté sous 1101, définit le contrat comme étant « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le droit français n'utilise plus le mot convention pour définir les accords entre deux ou plusieurs personnes.

Mais dans les deux définitions désormais, il y a toujours l'expression de la nécessité d'une volonté de s'obliger. La doctrine française considère que cette définition modernise l'ancien article 1101 du code civil français parce qu'elle lui apporte deux modifications qualifiées de « bienvenues » par les auteurs du droit des contrats, mise en pratique de la réforme de 2016 et de 2018¹.

Les deux modifications sont les suivantes :

- le contrat n'est plus seulement un acte créateur d'obligation, ainsi que le laissait entendre l'ancien article 1101 ;
- le texte met fin à la trilogie classique obligation de donner, de faire ou de ne pas faire parce que cette trilogie avait très peu d'échos pratiques.

¹ Éditions législatives, 92546 Montrouge, France, éd.2021, p18.

En effet, des nombreux auteurs militaient pour l'émergence des obligations consistant en un transfert de jouissance ou en une mise à disposition d'un bien. Par ailleurs, la jurisprudence avait admis que les obligations de faire s'offraient à l'exécution en nature (Cass.Civ. 3°, 11, mai 2005, n°03-21.136).

Les nouveaux textes recentrent la définition du contrat sur sa nature (accord de volonté) et ses effets (créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations).

L'élément instructif de cette analyse ci-dessus, est le recentrage de la définition sur sa nature à savoir, l'accord de volonté et sur ses effets². Mais « les éléments de définitions étant posés, Judith Rochfeld³ fait un constat et se pose des questions : « le code ne dit rien des raisons qui amènent une personne s'oblige : est-ce parce que tout sujet est libre et que sa décision, seule, l'engage ? Est-ce que parce que son engagement s'accompagne nécessairement d'une contrepartie »?

Concernant l'analyse de la définition, la doctrine française a discuté très largement de la question dont sont sorties deux approches :

- s'être accordée à minima, aujourd'hui sur deux éléments de définitions :

Le contrat procéderait d'une rencontre des volontés de deux ou plusieurs parties, que cette rencontre de volonté tendrait à créer des effets de droit ;

- qu'au-delà de ce consensus minimal, il existe toujours des oppositions, habitées par une palette de variations.

Il y a donc diverses conceptions qui se sont succédées et qui se confrontent encore, marquées par des évolutions historiques et sociales ainsi que par le contexte dans lequel cet acte prend place.

Les deux approches que synthétise Judith Rochfeld sont les suivantes :

- le contrat s'impose comme un échange économique égalitaire de l'instant ;
- dans une approche renouvelée, on tient davantage compte des évolutions de la sphère sociale, apparues dès la fin du XIX^{ième} siècle et du XX^{ième} siècle dont la production de masse et la dépersonnalisation des échanges ont favorisé la production des contrats identiques.⁴

L'accord de volonté suppose l'autonomie de volonté qui peut exister que par le fait de la liberté contractuelle, l'un des principes directeurs du droit des contrats. Or, cette autonomie a été la pierre angulaire du fondement contractuel. Mais depuis, l'autonomie de la volonté n'est plus le « totem juridique » du fondement du contrat.

D'autres fondements contractuels sont apparus tout au long du 19^e et du 20^e siècle en France, en particulier et dans le monde occidental en général, au point de « sortir » l'autonomie de la volonté de ce statut de « totem juridique » du lien contractuel comme la généralisation des rapports inégalitaires qui se manifestent dans le contrat de travail, de consommation ou de distribution, etc.

² Jean-Baptiste Seube, droit des contrats, mise en pratique de la réforme, en collaboration avec, Olivier Gout, Erwann Kerguelen, Jam Landel, Anne Maffre-Bauge, Ambroise Marlange, Myriam Roussulle, Philippe Soustelle, E. Vincent Terrier, Droit des contrats, mise en pratique de la réforme, éditions législatives, 92546 Montrouge, France, éd.2021, p18, www.editions-legislatives.fr.

³ Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3^e édition, Thémis, Puf, 2022

⁴ Idem, p.527

Le nouveau droit français des contrats a codifié trois principes directeurs du contrat à savoir, la liberté de contracter (article 1102), la loi des parties (article 1103) et le principe d'ordre public de la bonne foi lors de la négociation, de la formation et de l'exécution du contrat (article 1104).

L'article 33 du code civil congolais dispose également que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Mais encore, l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit des contrats n'est plus à démontrer⁵. Sans être exhaustif sur ses démonstrations, l'auteure recommande pour s'en convaincre une étude très détaillée des différentes étapes de ce mouvement, B. Fauvarque-Cosson, « évolution historique et théorique générale du droit européen des contrats » Rép.eur.2021. En 2008, la commission européenne a présenté une proposition de directive relative aux droits des consommateurs. L'OHADA a également emboîté le pas par un avant-projet d'acte uniforme sur le droit des obligations.

La RDC n'a pas été à la traîne et a également emboîté le pas par en adaptant les mêmes dispositions, l'on ne retiendra que le droit de la consommation (Ordonnance-loi n° 68/010 du 6 janvier 1968 relative aux droits de consommation et au régime des boissons alcooliques, sur la liberté de prix, loi du 9 juillet 2018, loi du 17 juin 2014 sur l'électricité, sur la protection des consommateurs en général, sur le code du numérique de 2023, etc... Mais force est de constater que c'est sous l'impulsion de la doctrine française en particulier que l'on voit les différentes études sur les variantes du fondement du contrat de l'origine à nos jours. La doctrine française a fait évoluer cette notion de contrat, du moins, son fondement. La raison en est très simple. Ce droit français dont nous avons hérité est l'émanation du patrimoine économique, social, culturel... du peuple français.

Notre droit coutumier n'a pas influencé le « droit d'emprunt » qu'est le droit français. Et pourtant, dans nos traditions congolaises existent le droit des obligations.

Le droit congolais des obligations, livre III du code civil n'a pratiquement pas subi de modification à ce jour. L'actuel projet de modification date de 2020 sous l'impulsion de Marie-Thérèse Kenge Ngomba Tshilombayi⁶.

Ce projet est très largement inspiré de la réforme du droit français des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 essentiellement et de la loi de ratification du 20 avril 2018⁷.

Dès lors, l'origine du fondement contractuel ne peut s'analyser qu'au regard du droit français.

Dans l'analyse conceptuelle de l'autonomie de la volonté, traditionnellement, il s'agit d'analyser essentiellement le concept, son origine et son déclin.

L'analyse portera sur l'autonomie de la volonté comme lien originel du fondement du contrat (I) et sur l'absence programmatique de l'évolution de la notion du contrat qui s'est faite selon une évolution « lissée » de l'économie, de l'industrie, de la solidarité... ; ce que Judith Rochefeld⁸ explicite : « que le contrat est un lieu d'inscription du pouvoir, de la sphère sociale et de la durée ». La seconde partie de l'analyse portera ainsi, sur l'évolution de la notion de

⁵ Stephanie Porchy-Simon, Droit des obligations, hypercours, Dalloz 17^{ème} édition 2025 p.30

⁶ Marie-Thérèse KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI et Bonaventure Olivier KALONGO MBIKAYI, *La réforme du droit des obligations en RD Congo*, collections compte rendus, l'Harmattan, 2020.

⁷ Edouard Kane Saty, « Réflexion sur l'absence de réforme du droit des obligation en RDC depuis plus d'un siècle à l'aune de l'évolution du droit français », *RDU, Revue de Droit de l'Université Pédagogique Nationale*, vol.2,n°1, juin 2025, p.273 et s.

⁸ REFFF Judith Rochfeld, *op. cit.*, p. 538.

contrat depuis la fin de la reconnaissance du principe égalitaire des parties jusqu'aux théories dites modernes du contrat (II). Cependant, ne seront explicités que les théories modernes ayant un lien avec les développements dans l'occident et pas particulièrement en France.

I. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE COMME FONDEMENT CONTRACTUEL

Le droit congolais des obligations, livre III du code civil n'a pratiquement pas subi de modification à ce jour. L'actuelle tentative de projet de modification date de 2020⁹. *Ce projet est très largement inspiré de la réforme du droit français des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 essentiellement et de la loi de ratification du 20 avril 2018*¹⁰. Dès lors, l'origine du fondement contractuel ne peut s'analyser qu'au regard du droit français.

Dans l'analyse conceptuelle de l'autonomie de la volonté, traditionnellement il s'agit d'analyser essentiellement le concept, son origine et son déclin.

En quoi l'autonomie de la volonté est-il le fondement du contrat en droit français et dans notre droit positif congolais ? (A) Une analyse du droit coutumier congolais prouve que ce droit connaît aussi l'autonomie de la volonté et serait peut-être dans une période donnée, le complément de notre droit positif (B)

A. LE CONCEPT DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE : LE FONDEMENT ORIGINEL DU CONTRAT

Pourquoi le contrat est-il obligatoire ? Pour la simple raison que les parties l'ont voulu ainsi. C'est la théorie traditionnelle (1) mais cette théorie connaît un déclin avec le temps du fait de l'avènement d'autres fondements (2)

1) LA THEORIE TRADITIONNELLE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE SOURCE DU LIEN CONTRACTUEL

Le concept d'autonomie de la volonté fortement lié aux philosophies individualistes et au libéralisme économique, est dû à Kant¹¹. Ce dernier exprimait ainsi la faculté qu'a la volonté de se donner elle-même sa loi et de définir sa propre morale. Cette théorie a été transposée dans le domaine juridique par les auteurs de droit international privé, puis par les civilistes qui puisèrent en elle une lecture du contrat centrée sur la volonté des parties. À son terme, le contrat n'existe que si, et parce que, les parties l'ont voulu, cet acte reposant tout entier sur leur volonté libre, qui est à la fois la cause et la mesure de leurs obligations.

Cette théorie de l'autonomie de la volonté permet, dans une première approche, d'expliquer nombre de règles traditionnelles du Code civil. Ainsi, dans la phase de formation du contrat, cette règle paraît justifier le principe de la liberté contractuelle, qui laisse chacun libre de conclure ou non un contrat avec la personne de son choix et d'en déterminer le contenu. Elle justifie par ailleurs le consensualisme et la forte protection du consentement contractuel qui en découle.

De même, dans la phase d'exécution du contrat, l'autonomie de la volonté semble apte à justifier le principe de la force obligatoire exprimé à l'ancien article 1134, al. 1^{er}, du Code civil et repris par l'article 1103 du même code, aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». C'est en effet parce que l'obligation a été voulue par les parties que celles-ci sont contraintes de la respecter. Enfin, le principe de l'effet relatif, visé aux articles 1165, anc., et 1199 du Code civil, qui exclut que le contrat puisse créer des

⁹ Marie-Thérèse KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI et Bonaventure Olivier KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*

¹⁰ Edouard Kane Saty, *op. cit.*

¹¹ Stephanie Porchy-Simon, *op. cit.*

droits ou obligations à l'égard des tiers, relève d'une semblable justification, car nul ne doit être constitué créancier ou débiteur sans en avoir exprimé la volonté préalable.

L'influence exacte de l'autonomie de la volonté sur les rédacteurs du Code civil est cependant aujourd'hui sujette à controverse. Une opinion doctrinale considère en effet que l'autonomie de la volonté a davantage influencé la lecture du Code civil par la doctrine du siècle que le code lui-même. Son influence aurait ainsi largement été amplifiée par Gounod qui, lui consacrant une thèse en 1912, aurait exagéré ses applications pour mieux en asseoir la critique. Quoi qu'il en soit, ce principe apparaît aujourd'hui en déclin.

L'analyse du code civil français comme le code civil congolais qui est sa copie conforme dans l'ancienne version du droit français, permet de dire que l'autonomie de la volonté marque d'une empreinte incontestable ce droit¹².

Dès lors, les principales dispositions du CCCL III sont supplétives. Ainsi, les parties peuvent agir selon leur bon vouloir du fait du caractère obligatoire de la convention, expression toujours en vigueur droit congolais de « loi des parties » est dès lors reconnu aux parties d'agir selon leur bon vouloir. L'article premier du Code civil congolais définit le contrat comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

Le nouvel article 1101 du code civil français définit le contrat comme étant « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le droit français n'utilise plus le mot convention pour définir les accords entre deux ou plusieurs personnes. Dès lors, il n'est pas sans intérêt de se poser la question de la différence qu'il peut y avoir entre contrat et convention.

L'article premier définissant le contrat en droit congolais est l'émanation de l'ancien article 1101 ancien du Code civil congolais. C'est une définition empruntée à Pothier¹³. Dans cette première définition empruntant le mot convention, il était « déduit que le contrat était une variété de conventions alors que la convention était un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, le contrat était plus spécifiquement l'accord de volonté qui créait des obligations¹⁴ ».

En réalité le mot convention n'a pas disparu du droit français. En effet, selon le rapport au président de la république française, « la convention qui est une notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit » subsiste¹⁵.

Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Teerneyre qui se posent la même question, celle de savoir si le contrat se distingue de la convention, arrivent à la même conclusion que le contrat peut exactement avoir le même objet et le même périmètre que la convention, au regard de la définition classique de celle-ci, si bien qu'ils se sont interrogés sur l'intérêt d'avoir maintenu la distinction entre les deux en continuant à envisager le contrat comme une variété de convention¹⁶.

¹² K. Mbikayi, Droit CIVIL Tome 1, *Les obligations*, CRDJ, Kinshasa, 2009, p. 36.

¹³ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénédé, 13^{ème} Ed. Dalloz Paris, septembre 2022, p.64.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Teerneyre, Droit Civil, Les obligations, 19^e édition, 2024-2025, Lefebvre Dalloz, Sirey Université, Paris, p.274.

Pour ces doctrinaires, le critère de distinction pourrait résider dans le fait que le contrat impliquerait nécessairement l'existence d'obligation, contrairement à la convention. En effet, de toute évidence, l'article 1100-1, al.1 y fait référence lorsqu'il dispose que les actes juridiques « peuvent être conventionnels ».

Il n'est donc pas sans intérêt de citer leurs deux exemples ci-dessous, tout en reconnaissant les difficultés d'en trouver : « un acte constitutif d'un droit réel, par exemple une création de servitude à titre gratuit au profit d'une personne, par accord de volonté entre le constituant et le bénéficiaire, serait-il une convention et non un contrat ? Mais un tel acte, même s'il a pour effet principal la création d'un droit réel n'implique-t-il pas aussi la création d'obligation : à tout le moins celle de ne pas perturber l'usage de la servitude ? De la même façon un acte de constitution d'usufruit au profit d'un tiers, serait-il une convention¹⁷ ? ». Même si tous les accords de volonté qualifiés de contrats dans le système juridique ne sont pas reconnus par le droit comme ayant une force obligatoire, soit pour des raisons touchant à l'intérêt général par exemple, soit en raison de la protection de l'une des parties¹⁸, ce qui est en réalité une évolution de la notion de contrat (voir Infra, Point II).

Il sied de constater qu'en droit, l'autonomie de la volonté subit une atténuation majeure, indépendamment de l'évolution de la notion de contrat, parce que cette loi des parties consacrée par le code civil n'est pas inconditionnelle. En effet, cette loi des parties exprimée par les articles 1134 ancien, article 1103 aujourd'hui, et 33 du code civil congolais livre III, subordonnent le contrat à la loi. Dès lors la force obligatoire d'un contrat ou d'une convention n'est ni originaire, ni souveraine. L'autonomie de la volonté comme source de droit est à la base très relative.

En effet, la règle de droit, par cette subordination du contrat ou de la convention à la conformité de la loi, a créé sa propre vision de l'autonomie de la volonté, une vision relative mais armée de la force obligatoire. Ainsi, le droit a conféré à la convention ou au contrat la stabilité juridique en conférant à la force du lien contractuel pour les parties l'irrévocabilité et l'immutabilité du contrat, sauf pour les causes que la loi autorise. L'article 1194 nouveau (1135 ancien) du code civil français dispose que les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. Cet article exprime, on ne peut plus clair, la relativité de la force obligatoire du contrat ou de la convention.

Dès lors, il n'en reste pas moins que, malgré la force obligatoire caractérisée par la loi des parties, cette notion d'autonomie de la volonté, source d'obligation qui crée le lien contractuel, a subi un déclin d'après une doctrine majoritaire, notamment¹⁹ :

2) LE DECLIN DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

L'autonomie de la volonté a été l'objet de vives critiques doctrinales au cours du siècle, qui ont conduit à reconsidérer sa place au sein des principes directeurs du droit des contrats²⁰.

Parmi les nombreux facteurs qui ont influencé la réflexion sur le déclin (a), plusieurs ont conduit à une interrogation sur la place de ce concept en droit des contrats (b).

a. Causes du déclin de l'autonomie de la volonté

Dans une approche classique, individualiste et libérale, c'est-à-dire « plus ou moins » issue de l'époque du code civil et se poursuivant tout au long du XIX siècle, le contrat est conçu comme

¹⁷ Idem.

¹⁸ Pascal Ancel, Droit des Obligations, Sé-Quen-Ces, Dalloz, 2022, Paris, p.84.

¹⁹ Stephanie Porchy-Simon, *op.cit.* p. 37.

²⁰ Idem.

la rencontre de volontés de deux parties de force présumées égales²¹ sur le fondement de la force obligatoire du contrat, bien avant l'avènement du code civil français, en 1804, avec le prolongement au 19^e siècle, on a « assigné » à la force obligatoire l'autonomie de la volonté²².

La volonté était considérée comme le présupposé initial du contrat, c'est-à-dire, qu'on considérait les cocontractants comme des volontaristes. Autrement dit, la volonté est le fondement du contrat dès le 18^e siècle déjà.

Cet aboutissement du raisonnement volontariste assigné au contrat comme étant le fondement contractuel, n'a pas favorisé l'intégration sociale du contrat dans la mesure où le contrat devait fournir à chacun des cocontractants un intérêt.

En effet, la compréhension de la force obligatoire a donc influencé considérablement le régime du contrat ainsi que son absence d'insertion dans la sphère sociale²³.

L'absence d'une emprise sociale du contrat est certainement à la base de son déclin vers l'évolution d'autres fondements.

À partir du moment où, depuis le XX^e siècle, de nombreuses hypothèses dans lesquelles les contractants se trouvent dans des situations inégalitaires sont apparues, notamment dans les relations de travail, d'assurance, de distribution, de consommation etc... il ne faisait plus l'objet de doute de que, pour la majorité des auteurs, l'évolution ci-dessus décrite invitait à une redéfinition de l'autonomie de la volonté, qui ne pouvait plus être entendue comme faisant du consentement des parties la source et la mesure de toute obligation²⁴.

Ainsi, il a été analysé que le code civil lui-même n'a jamais adhéré pleinement à ce principe comme il a été démontré ci-dessus (voir supra l'analyse sur la subordination du contrat à la loi).

Pour Christophe Lachière, même si certaines critiques contre l'autonomie de la volonté ont été vives et parfois excessives, comme celle de Gounot qui donne une présentation déformée, caricaturale de cette théorie pour mieux la combattre²⁵, il ne fait l'objet d'aucun doute que la notion du fondement de contrat a subi plusieurs évolutions, partant de l'interventionnisme des états, particulièrement en France, qui ont subi des éléments de mutation du fait de renforcement du cadre contraignant et sans être exhaustif, comme de l'essor de l'ordre public²⁶ (voir infra, section II, les théories modernes de la notion de contrat).

Il en est ainsi également du développement du droit de la consommation. En effet, « un des phénomènes majeurs du droit des contrats de la seconde moitié du XX^e siècle a été le développement d'un mouvement de protection du consommateur, qui a conduit à la création d'un Code de la consommation par une loi du 26 juillet 1993, dont la recodification a été opérée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Le développement de ce droit est né du constat de l'impuissance du droit civil à assurer, à lui seul, une protection efficace du consommateur²⁷.

II. L'ABSENCE PROGRAMATIQUE DE L'EVOLUTION DE LA NOTION DE CONTRAT

²¹ Judith Rochfeld, *op. cit.*, p.527.

²² Idem, p.530

²³ Idem, p.532.

²⁴ Stephanie Porchy-Simon, *op. cit.*, p.37.

²⁵ Lachière Christophe, *op. cit.*, p.38.

²⁶ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénéde, 13^{ème} Ed. Dalloz Paris, septembre 2022, p.18). et le droit de la consommation, pp.114 et s. mais aussi pp.509 et ss.

²⁷ Stephanie Porchy-Simon, *op.cit.*, p.37.

Le contrat comme échange économique égalitaire de l'instant à l'époque du code civil est révolu. Dans cette conception, les parties étaient considérées comme des cocontractants égaux (voir supra I).

À partir du moment où il y a eu déclin de l'autonomie de la volonté, d'autres notions ont prospéré notamment du fait que le contrat est devenu un lieu d'inscription du pouvoir, de la sphère sociale voire de la durée²⁸.

Le contrat étant un mode de reflet de relation sociale propre à une société donnée²⁹, il est constant que chaque société devrait puiser ses règles dans son environnement social.

La programmation anticipée qu'une évolution de la notion dans un sens ou dans un autre sera faite, est quasi impossible avant la réalisation des faits.

En effet, le droit est une science sociale. C'est donc un fait social, par conséquent il est le reflet de la société. Telle société, tels droits. En France, par exemple, on a écouté tout le monde pour réviser le droit des contrats. Naturellement, ce sont les spécialistes du droit qui ont rédigé le projet de réforme mais le projet était mis sur la place publique pour que tout le monde puisse donner son avis³⁰.

Il est certes exagéré de croire que tout le monde peut donner son avis mais une telle démarche démontre la volonté que le droit révisé alors en France, soit l'émanation de la société française parce que cela a permis au législateur français d'écrire des textes les concernant et selon leurs attentes.

Lorsqu'on fait du droit, il fait aussi appel aux autres sciences sociales, comme l'histoire ou le droit comparé (regarder ce qu'il se passe dans les autres pays pour en prendre le meilleur). La transformation du droit des contrats reste difficile et pourtant, il existe un droit coutumier des obligations enseigné dans les universités congolaise.

Dès lors, notre droit positif des contrats n'a pas des mobiles protéiformes de rénovation avec encrage dans la société congolaise. Le droit congolais des contrats est alors devenu un droit « désinvesti » parce qu'il ne « requiert » aucun investissement dans la société congolaise pour le faire évoluer. Il est alors « impotent » parce qu'il est privé d'évolution propre.

L'analyse portera sur les conséquences des inégalités de fait (A), l'interventionnisme juridique (B) et les théories modernes de la notion du droit (C). Il ne sera pas analysé la notion de contrat dans le cadre de l'organisation de structure collective et le contrat comme instrument des politiques publiques. Il en sera également ainsi de la notion de contrat de la personne morale comme la société, l'association voire personne morale d'ordre publique. En effet, une analyse critique de la notion du contrat dans un cadre individualiste, permet de se limiter à la notion de contrat, acte juridique, dans le cadre du droit des contrats pour en tirer les conclusions sur l'absence d'étude approfondie de la notion du contrat par la doctrine congolaise.

A) LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DES INEGALITES DE FAIT SUR LA NOTION DE CONTRAT

La rationalité et l'égalité des parties ayant été impossibles à trouver dans le système égalitaire, la mise en cause de ce système a conduit à la reconsidération du principe pour arriver à l'interventionnisme. Quel est la signification des inégalités de fait ?

²⁸Judith Rochfeld, *Op. Cit.*, p.532.

²⁹ Idem, p.538

³⁰ Edouard Saty, *Op. Cit.*, p.273 et ss.

Au XIX^e siècle, il y a eu des inégalités économiques qui ont fait qu'il fallait corriger cette dérive qui aboutissait à des situations contractuelles inégalitaires pour reconsidérer l'idée d'égalité abstraite des cocontractants.

Ces inégalités de fait qui ont précédé la remise en cause de l'égalité abstraite des contractants a procédé de deux types, à savoir l'admission de l'inégalité (1) et l'adhésion (2)³¹.

Il ne sera pas analysé toutes les réformes qui ont jalonné les évolutions de la notion du droit de contrat. Après les inégalités, l'on s'intéressera à l'interventionnisme et aux théories modernes justifiant le lien contractuel dans l'occident.

1) LES INÉGALITÉS DE FAIT

Les inégalités constatées au XIX^e siècle existaient déjà à l'époque du code civil. La partie forte était l'employeur qui imposait sa loi, ce qui avait fait émerger un certain type de relations contractuelles entre la partie forte et la partie faible. C'est le cas en droit du travail et en droit de la consommation vers les années 1960 au profit du professionnel. Il en est également en droit de la concurrence vers les années 1990 au droit de la distribution. Cette situation de pouvoir unilatérale au profit de la partie forte a justifié la remise en cause de la conception initiale d'une rencontre de volonté³².

À cette prise de domination de la partie forte, s'est ajouté les contrats de longue durée qui pénalisaient la partie faible qui ne pouvait s'en délier facilement. Le contrat était ainsi devenu un lieu possible de contraintes.

2) L'ADHESION

A. LA CONSEQUENCE DE LA STANDARDISATION DE BIENS ET DE SERVICES

Au XIX^e siècle, il y a eu la standardisation de biens et de services qui ont accompagné celles des contrats et diffusées à de multiples exemplaires. Ainsi, l'acte de contracter se réduisait à adhérer sans discuter.

Il se forme normalement à partir des formules déjà prédéterminées par l'une des parties et qui sont diffusées à des multiples exemplaires. L'autre partie ne fait qu'y adhérer sans possibilité de discuter.

L'objet déterminé par l'offreur à l'absence de poids de négociation. Il est inséré dans le contrat, des clauses non négociables. Le phénomène et son ampleur ont ainsi révolutionnés la figure traditionnelle du contrat parce qu'on ne le discute plus normalement. On a vu venir l'émergence des parties faibles.

Cela ne pouvait que bouleverser la figure traditionnelle du contrat. Il y avait pour ainsi dire des contenus contractuels prédéterminés au profit de la partie la plus forte, à savoir l'employeur.

Dans le Code civil congolais adopté en 1888, parmi les différents contrats, n'existe pas le contrat d'adhésion.

Sans pouvoir peser sur le contenu du contrat d'adhésion, la conséquence à l'époque était la même que dans la situation des inégalités de fait ; d'où, la nécessité de l'interventionnisme juridique.

B) L'INTERVENTIONNISME JURIDIQUE

En quoi consiste-t-il ?

³¹ Judith Rochfeld, *Op. Cit.*, p.539.

³² P. Lokies, contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, cité par Rochfeld Judith, p.541.

La société a reconnu des mutations qui ont provoqué ou apporté le changement. Il y a eu l'apparition d'une conception sociale du contrat parce que le model initial, celui de l'égalité entre contractant, ne s'est pas imposé dans la société parce qu'avant tout, ce n'était pas l'approche libérale du contrat (1). Dès lors que l'approche sociale a été mise en avant, il était acquis l'interventionnisme des autorités (2).

1) LA CONCEPTION SOCIALE DU CONTRAT

La première réaction à ce radical déséquilibre a consisté à élever ou retirer la conception égalitaire du raisonnement notionnel du contrat. On a remis en cause la première idée du contrat.

Quand il y a déséquilibre, le contenu contractuel, c'est-à-dire l'objet, consacre l'assujettissement à l'autre contractant. Il fallait donc changer ou modifier les critères. Il fallait introduire un peu de dose sociale dans les critères. Cette dose avait pour objectif une vocation de favoriser le social de la population.

2) Les acteurs de l'interventionnisme

Il y a deux acteurs principaux qui sont le législateur et le juge.

- a. La loi peut imposer a priori certaines règles voire interdire diverses clauses pouvant déséquilibrer le contrat ou certains contenus jugés déséquilibrants.
- b. Le juge intervient généralement a posteriori sous couvert de la justification née de la perte du pouvoir (déséquilibre) d'après deux méthodes :

1. 1^{re} méthode : réintroduire le consentement libre et éclairé

Le cocontractant contracte librement et surtout en connaissance de cause. Cela consiste à garantir que le cocontractant dispose de toutes les informations utiles lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause. Cela se manifeste par un renforcement des obligations d'information, notamment dans :

- les contrats techniques (assurance, crédit, cautionnement; dans les contrats de consommation, etc.
- Cependant, le consentement éclairé a aussi ses limites. En effet, même correctement informé, un partenaire faible peut ne pas contracter de manière équilibrée.

2. 2^e méthode : mesures extérieures au contrat

C'est la méthode dite de l'équilibrage par l'intervention de la loi et du juge. Elle vise à rééquilibrer l'objet du contrat, par la loi ou la jurisprudence. Par exemple :

- interdiction des clauses abusives dans le droit de la consommation ou de la concurrence ;
- reconnaissance d'obligations telles que l'information, la sécurité, le conseil ;
- interprétation du contrat par le juge.
- Il y a extension de ces mesures ou mécanismes dans certains types de contrats comme celui de la distribution.

3. 3^e méthode : interventionnisme pour moraliser le rapport contractuel

C'est le cas notamment en imposant les devoirs généraux de comportement à la charge des cocontractants notamment par l'exigence de la bonne foi, la loyauté, l'exigence de la collaboration (exécuter de bonne foi c'est éviter les manigances).

Les théories dites modernes dépassent les frontières de la France et parfois ont pris naissance ailleurs.

C) LES THEORIES DITES MODERNES DE LA NOTION DU CONTRAT

Ces théories sont dites modernes eu égard au déclin de l'autonomie de la volonté comme fondement de base du lien contractuel. Cinq théories sont plébiscitées par la doctrine. Il s'agit de la Confiance légitime (1), le normativisme (2), l'utile et le juste (3), le solidarisme contractuel (aussi contrat relationnel) (4) et l'analyse économique du droit (utilité et justice sociale) (5).

1. La confiance légitime

C'est une théorie qui s'est développée en Angleterre et aux Etats-Unis. C'est la théorie qui rejoint celle de la « reliance ».

C'est la confiance que la promesse contractuelle a pu susciter chez celui auquel elle a été adressée. C'est ainsi que dans le code civil il est écrit que lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties (art. 1166 du code civil français). L'art. 28 du code civil congolais dispose que « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». À cette théorie est associé le non de Gino Gorla³³

La doctrine critique cette théorie parce qu'elle ne permet pas d'expliquer la force obligatoire du contrat³⁴.

2. Le normativisme

C'est le dirigisme contractuel. Les auteurs de cette théorie sont Hans Kelsen, Georges Rouhettes qui développent les idées de Kelsen³⁵. Ils rejettent catégoriquement la théorie de l'autonomie de la volonté.

Dès lors, le contrat n'oblige que parce que la loi l'autorise et dans la mesure où elle le prévoit. Le contrat tire sa force obligatoire dans la conformité à la norme qui lui est supérieure. C'est le sens des articles 33 et 34 du code civil congolais. Ces articles ont été copiés du droit français et notamment l'actuel article 1134 ancien du code civil français suivant lequel seuls les contrats légalement formés tiennent lieu de loi aux parties.

Ce n'est pas nouveau comme argument parce que ces articles créent un doute dans l'analyse autonomiste du système autonomiste du code civil.

Il y a doute quant à réception de l'autonomie de la volonté par les rédacteurs du code civil et il y a également contestation des fondements de l'autonomie de la volonté du fait de la nécessité de distinguer le double aspect de l'individualisme juridique : l'individu comme fin du droit (celui-ci doit être ordonné à son bien) et comme source du droit (l'individu doit être la seule source du droit)³⁶.

Cette théorie est également critiquée par la doctrine parce qu'elle minimise le rôle de la volonté dans le contrat. Elle retient la présence d'intérêts réciproques comme étant la conception retenue par les économistes³⁷.

3. L'utile et le juste

³³ Christophe Lachière, *Op. Cit.*, p.98.

³⁴ *Idem*, p. 40.

³⁵ *Ibidem*, p.41.

³⁶ Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Eric Savaux, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, 17^e édition Sirey, Paris, pp.182 -184.

³⁷ Christophe Lachière, *Op. Cit.*, p.98.

Dans cette conception, le législateur ne doit prêter force obligatoire qu'aux contrats qui permettent un échange économique équilibré.

Il y a une contradiction possible entre la liberté contractuelle et la justice. Pour que la liberté contractuelle assume automatiquement l'équilibre des prestations, il faut entre les contractants un jeu de concessions réciproques, qui suppose une égalité permettant précisément la discussion³⁸.

D'après les critiques de la doctrine, il y a des interrogations : suivant quels critères s'opère la conciliation entre les notions d'utile et de juste : l'utilité et la justice sont-elles sur le même plan s'interroge Christophe Lachière³⁹.

4. Le solidarisme contractuel (contrat relationnel)

D'après cette théorie, le contrat serait « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis. Le contrat serait, non plus le produit de la conciliation d'intérêts antagonistes, mais comme un instrument de coopération loyale, une œuvre de confiance mutuelle. Ce type de contrat impose de nouvelles obligations aux parties comme l'entraide, la collaboration.....et à reconnaître de nouveaux pouvoirs au juge.

D'après les critiques doctrinales, cette façon de concevoir le contrat n'est pas conforme à la réalité du contrat dans lequel chacun cherche avant tout son intérêt⁴⁰.

Pour Dimitri Houtcieff, c'est un contrat qui s'inscrit dans la durée où les parties sont impliquées dans sa poursuite, au point d'avoir parfois à le renégocier. Le centre de gravité du contrat devient l'interaction sociale au lieu de l'acte juridique. On néglige l'évolution nécessaire que requiert la relation des parties. C'est une façon de voir le contrat critiqué du fait de son imprécision. Le contrat relationnel serait une notion aux contours introuvables⁴¹.

Pour Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Eric Savaux, « fondé sur la primauté du social, le solidarisme contractuel substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre, celle du contrat en tant qu'œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social » Pour ces auteurs, il y a deux formes de solidarisme, à savoir le solidarisme social et le solidarisme moral. Ils reprennent ainsi la terminologie de Y. Lequette. Le solidarisme social correspondant à leur définition ci-dessus et le solidarisme moral repose schématiquement sur l'affirmation d'une communauté d'intérêt entre les contractants et qui doit les conduire à collaborer⁴².

5. Analyse économique du droit (utilité et justice sociale)

François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette et François Chénéde renseignent que « l'analyse économique du droit, développée au par le mouvement *Laws and economics*, a mis en avant l'idée que les droits étaient des produits en concurrence sur un marché mondial des normes entre lesquelles les opérateurs économiques seraient portés à choisir ceux qui emportent un moindre coût⁴³ ».

³⁸ Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Eric Savaux, *Op. Cit.*, pp.182 -185.

³⁹ Christophe Lachière, *Droit des contrats*, 6^e édition, Ellipses 2024, p.42 ; Dimitri Houtcieff, *Droit des contrats*, 8^e édition, Bruylant, collection paradigme, 2024, p.104.

⁴⁰ Christophe Lachière, *Op. Cit.*, p.42.

⁴¹ Dimitri Houtcieff, *Droit des contrats*, 8^e édition, Bruylant, collection paradigme, 2024, p.102.

⁴² Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Eric Savaux, *Op. Cit.*, pp.182 -199.

⁴³ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette et François Chénéde, *Op. Cit.*, p. 56.

On utilise des concepts économiques pour évaluer l'efficacité de la règle de droit. Cette théorie fait reposer la force obligatoire du contrat sur un objectif d'efficacité économique, à l'exclusion de toute considération morale. Cette théorie permet au débiteur de choisir, en fonction de ses intérêts, entre l'exécution de ses obligations et leur inexécution moyennant le versement de dommages et intérêts. C'est le choix d'une meilleure affectation des ressources dans l'intérêt commune.

La doctrine émet des réserves du point de vue pratique pour évaluer l'efficacité économique de règles de droit, ce qui n'est pas une chose facile. Mais encore, sur le plan des principes, l'efficacité économique ne doit pas être le seul critère d'évaluation de la règle de droit, ni même le critère prédominant⁴⁴.

CONCLUSION

La loi est en principe l'émanation de la société. Seulement, des incidences historiques ont fait que nous avons hérité du droit français des obligations que nous avons perpétué à nos jours. Ce droit français a évolué en fonction des évolutions inerrantes à la société française.

Force est de constater que les notions qui gouvernent ces règles du droit français, en l'espèce, la notion de contrat, est également issue du droit français. La question principale est celle de savoir si notre doctrine est en mesure de faire évoluer notre droit des contrats dont toutes les règles sont l'émanation du droit français.

La réponse est non, à partir du moment où le droit positif congolais des contrats évolue parallèlement au droit coutumier congolais qui régit aussi le droit des obligations. Et pourtant, le fondement du lien contractuel en droit coutumier congolais repose aussi sur la volonté de s'engager contractuellement. Il y a en droit coutumier congolais le principe du consensualisme mais la responsabilité peut être solidaire avec les autres membres de la famille en lorsqu'on occasionne des dommages.

La notion du contrat, le pourquoi de l'engagement contractuel en droit positif congolais est identique à celle du droit français mais son évolution échappe à notre tissu social comme le démontre les théories dites modernes.

⁴⁴ Christophe Lachièze, *Op. Cit.*, p.100.