

# UN DROIT OHADA DE LA VENTE COMMERCIALE, POUR QUOI FAIRE ?

par Olivier Bustin

Docteur en droit, avocat aux Barreaux de Paris, de Kinshasa/Matete et de Lisbonne

Les dispositions de l'article 234, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général<sup>(1)</sup> reconnaissent aux parties à un contrat de vente commerciale la liberté de choisir la loi qui leur est applicable, puisque le régime OHADA de la vente y est présenté comme étant supplétif de volonté. La règle serait sans surprise si elle était seulement prévue pour les ventes commerciales internationales, dans lesquelles les parties peuvent en effet avoir le choix entre la loi du lieu de leur domicile (à supposer qu'elles soient domiciliées dans deux États distincts), voire la loi du lieu de formation ou d'exécution du contrat, si celui-ci est différent du lieu du domicile des parties. Sur ce point, il faut d'ailleurs regretter que l'article 234 précité se soit limité à renvoyer lapidairement aux « règles du droit international privé », pour déterminer la loi applicable en cas de silence des parties. Il eût été bienvenu que le droit OHADA de la vente commerciale édictât une règle de conflit, proposant des critères suffisamment précis pour déterminer la loi d'un contrat susceptible d'être soumis à un concours de législations. Une telle règle aurait permis à la Cour commune de justice et d'arbitrage de veiller à l'uniformité du raisonnement suivi par les juges nationaux ayant à statuer sur la question. Mais la véritable surprise suscitée par la lecture de l'article 234, alinéa 2, vient surtout de ce que, énoncée en des termes aussi généraux, la possibilité d'écarter l'application du droit OHADA s'applique indistinctement à tous les contrats de vente, avec ou sans élément d'extranéité. Il en ressort que deux parties domiciliées dans l'espace OHADA et liées par un contrat s'exécutant sur ce même territoire peuvent librement choisir de soumettre leur contrat à un droit étranger, éventuellement emprunté d'un autre continent, sans aucune limite ni réserve *a priori*. Si certains y verront la consécration d'une primauté absolue de l'autonomie de la volonté, laissant aux parties la possibilité de « mettre en concurrence » le panel le plus large des législations en vigueur, afin de sélectionner celle qui leur convient le mieux, d'autres pourront, non sans raison, s'interroger sur l'opportunité de légiférer sur la vente commerciale, s'il s'agit uniquement de se montrer très permissif dans la possibilité de déroger à son propre droit, jusqu'à en permettre la totale négation par l'effet de la volonté des parties. En pareille circonstance, le silence du législateur n'eût-il pas été préférable ? Si l'utilité du droit OHADA de la vente commerciale

apparaît discutable *de lege lata* (1<sup>re</sup> partie), elle n'en demeure pas moins souhaitable *de lege ferenda* (2<sup>e</sup> partie).

## ■ L'utilité discutable du droit OHADA de la vente commerciale *lex lata*

L'utilité du droit OHADA de la vente commerciale apparaît discutable à un double égard. D'abord, les droits nationaux antérieurs ne présentaient guère, en ce domaine, les lacunes qui, d'ordinaire, font que les ambitions harmonisatrices du droit OHADA, telles qu'énoncées à l'article 1<sup>er</sup> du Traité OHADA, trouvent à s'illustrer avec à-propos. En outre, le droit positif de la vente commerciale dans l'espace OHADA laisse planer de sérieuses incertitudes quant au champ de compétence de la CCJA en la matière.

## L'harmonisation superfétatoire d'un socle préexistant de règles communes

Au regard du droit substantiel, il est tentant de penser que le droit OHADA de la vente commerciale est utile, d'abord et surtout pour encadrer la formation et l'exécution, dans l'espace OHADA, de contrats dont les parties n'ont pas envisagé la loi qui leur est applicable, soit parce que le contrat a été conclu à l'oral, soit parce que l'écrit ne contient aucune clause abordant la question. L'argument est séduisant, mais sa pertinence ne doit pas être exagérée. En effet, sans droit OHADA de la vente commerciale, le silence des parties concernant la loi applicable à leur relation contractuelle ne serait pas problématique. La quasi-totalité des pays membres de l'OHADA ont, à leur indépendance, hérité d'un *corpus* de règles relatives à la formation et à l'exécution du contrat de vente, par rapport auxquelles l'AUDCG n'a d'ailleurs guère fondamentalement innové. À cet égard, le droit OHADA de la vente commerciale n'a ni comblé un vide législatif dans les droits nationaux, ni contribué à une harmonisation supranationale qui lui préexistait de fait, compte tenu de « l'héritage commun » du droit civiliste alors applicable dans les anciens territoires d'Afrique occidentale et d'Afrique équatoriale françaises. L'objectif d'harmonisation ne saurait donc, à lui seul, justifier l'édition des articles 234 et suivants de l'AUDCG.

Les dispositions de l'article 234, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général reconnaissent aux parties à un contrat de vente commerciale la liberté de choisir la loi qui leur est applicable, puisque le régime OHADA de la vente y est présenté comme étant supplétif de volonté

(1) Ci-après AUDCG.

(2) Ci-après CCJA.

## La compétence incertaine de la Cour commune de justice et d'arbitrage

Au regard du droit processuel, l'adoption d'un droit OHADA de la vente commerciale pourrait présenter l'avantage de venir soumettre la matière à la compétence de CCJA, laquelle pourrait ainsi contribuer à la construction d'une certaine sécurité judiciaire et jurisprudentielle en ce domaine. Mais, là encore, la justesse de l'argument n'est que partielle car, au terme des vingt premières années d'activité de la CCJA, force est de constater que sa jurisprudence statuant sur des problématiques de vente commerciale n'est pas abondante. Surtout, il n'existe, à notre connaissance, aucune

décision ayant eu à se prononcer sur l'application de l'article 234, alinéa 2, de l'AUDCG. Il est vrai que le choix laissé aux parties de soumettre leur contrat de vente à un droit autre que le droit OHADA pose indirectement la question de la compétence de la CCJA pour connaître des pourvois en cassation dans des litiges relatifs à la formation, l'interprétation et

l'exécution d'un contrat soumis à un droit étranger, bien qu'exécuté dans l'espace OHADA et dont au moins une partie y est domiciliée. En effet, la compétence de la CCJA est d'ordre matériel, puisque l'article 14 du Traité lui confère le pouvoir d'assurer l'interprétation et l'application communes du droit OHADA. Mais lorsque les parties au contrat choisissent précisément d'appliquer un droit autre que le droit OHADA, quelle est la juridiction compétente pour connaître d'un pourvoi en cassation en cas de contentieux ? Certains pourraient soutenir que l'application du droit OHADA n'étant pas en cause, la CCJA ne saurait être compétente, tandis que d'autres pourraient rétorquer qu'il appartient à la seule CCJA de veiller à ce que l'application d'un droit étranger ne porte pas atteinte au droit OHADA, ce qui implique de lui soumettre aussi les litiges où le droit OHADA n'est *a priori* pas appliqué, mais où il aurait pu l'être. Au regard du droit positif, ce conflit de juridictions est difficile à trancher avec certitude, en grande partie à cause de la rédaction de l'article 234 de l'AUDCG qui, en rendant facultative l'application du droit OHADA de la vente commerciale, fragilise par la même occasion la compétence de la CCJA pour connaître de différends entre vendeurs et acheteurs professionnels situés dans l'espace OHADA et qui se sont volontairement affranchis de son droit.

### ■ L'utilité souhaitable du droit OHADA de la vente commerciale *lex ferenda*

Il n'est pas choquant que, sans élément d'extranéité objectif, les parties à un contrat de vente commerciale n'en choisissent pas moins de le soumettre à un droit allochtone. Les parties peuvent d'ailleurs rédiger les termes de leur contrat en s'inspirant, au mot près, des dispositions d'une loi étrangère sans jamais la citer expressément, et ainsi faire que leur soumission à des règles venues d'ailleurs passe inaperçue aux yeux du plus grand nombre, juge national compris. Vu sous cet angle, il serait même paradoxal de reprocher une certaine transparence aux parties qui se réfèrent à l'application d'un droit étranger sans se cacher. Mais cette vérité appelle deux tempéraments, à la lumière desquels le droit OHADA de la vente commerciale peut trouver à se réformer pour se rendre davantage utile. D'abord, les juges de l'espace OHADA devraient pouvoir sanctionner les avantages consentis sans aucune contrepartie et, plus généralement, les obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations entre vendeurs et acheteurs commerçants. Mais, à supposer que le Conseil des ministres

de l'OHADA légifère en ce sens, il faudra par ailleurs, pour que pareilles dispositions soient pleinement efficaces, qu'il les érige en normes d'ordre public.

## La sanction des déséquilibres significatifs dans la vente commerciale

D'une part, les contrats d'adhésion existent aussi en matière commerciale, où les rapports de force entre les parties sont parfois si déséquilibrés qu'ils réduisent à néant la libre négociation précontractuelle et font que certaines clauses en deviennent inévitablement abusives à l'aune de l'économie générale du contrat (par ex. : acceptation par le vendeur d'un délai anormalement long pour le paiement du prix ; renonciation anticipée de l'acheteur à émettre des réserves à la livraison de la marchandise ou, à l'inverse, faculté de l'acheteur de refuser la marchandise à sa livraison, sans avoir à s'en justifier ni à en indemniser le vendeur ; clause de révision unilatérale et discrétionnaire du prix en faveur du vendeur ; exclusion de responsabilité en faveur d'une seule des parties au contrat ; clause de reprise par le vendeur et à ses frais de l'intégralité des stocks de l'acheteur restés invendus ; etc.). Sur ce point, le droit OHADA de la vente commerciale gagnerait à mieux prendre en compte ces réalités économiques contemporaines, lesquelles le sont déjà dans certains droits étrangers, à l'instar du droit français<sup>(1)</sup>. Mais pour que cette évolution souhaitable du droit OHADA fasse la preuve de son utilité, il faut également que soient rendues impératives les dispositions les plus emblématiques d'un certain ordre public contractuel qui, dans l'espace OHADA, doit gouverner les rapports entre vendeurs et acheteurs professionnels, notwithstanding les conventions contraires qui seraient convenues entre les parties.

## La reconnaissance de règles d'ordre public en matière de vente commerciale

D'autre part, le respect de l'ordre public est le véritable bouclier pour éviter qu'une partie ne soit « victime » d'un contrat qu'elle ne pouvait raisonnablement pas accepter de conclure, si elle avait agi de façon libre et indépendante. Or, aucune disposition du droit OHADA de la vente commerciale n'est explicitement définie comme étant d'ordre public<sup>(2)</sup>, ce qui ne manque pas de surprendre, par comparaison avec certaines des règles applicables au contrat de bail à usage professionnel<sup>(3)</sup>, et

(3) V. le droit des pratiques commerciales déloyales (C. com., art. L. 442-1, I, 2°) puis, plus récemment, le droit commun des contrats (C. civ., art. 1171), qui sanctionnent les obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

(4) Certes, l'article 237, alinéa 2, de l'AUDCG dispose que « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée ». Cela semble établir l'impérativité de l'exigence de bonne foi. Mais l'article 234, alinéa 2, permet aux parties d'exclure les « dispositions du présent livre », donc tout le droit OHADA de la vente commerciale.

(5) AUDCG, art. 134.

Aucune disposition du droit OHADA de la vente commerciale n'est explicitement définie comme étant d'ordre public, ce qui ne manque pas de surprendre

aux ir  
compr  
bienvi  
ticle f  
préav  
inexé  
cripti  
par la  
d'ordi  
un ju  
que c  
nonol  
touro  
publi  
cisior  
prudé  
de tel  
droit  
table  
la bor  
d'ordi

(6) AU  
(7) AU  
(8) V. 1

LA

pi  
Aç

La v  
usuel  
tivité  
éléme  
contr  
reme  
le rap  
porta

(1) Ci-  
(2) C.  
codes  
du co  
Les di  
frança  
n° 201  
du rég  
Ph. Sin  
Dalloz  
(3) V.  
(4) Er  
désorr  
et cer  
obliga  
(5) V.  
(6) AL  
(7) Sui  
« Acte  
OHAD  
Dalloz  
(8) AL

aux intermédiaires de commerce<sup>6</sup>, notamment l'agent commercial<sup>7</sup>. Il eût pourtant été concevable, et même bienvenu, que l'AUDCG déclarât d'ordre public l'article 281, lequel prévoit la nécessité de respecter un préavis suffisant avant toute résiliation unilatérale pour inexécution fautive de l'autre partie. De même, la prescription biennale de l'article 301 peut-elle être réduite par la volonté des parties, ou doit-elle être considérée d'ordre public ? Certes, en cas de litige porté devant un juge de l'espace OHADA, la partie qui a intérêt à ce que ces dispositions de l'AUDCG ne soient pas écartées, nonobstant les clauses contraires de son contrat, peut toujours soutenir qu'elles sont implicitement d'ordre public et espérer convaincre le juge de motiver sa décision sur ce fondement, afin de construire une jurisprudence protectrice de la « partie faible ». Pourtant, si de tels garde-fous étaient explicitement prévus dans le droit OHADA, ils auraient le mérite de rendre indiscutable la compétence de la CCJA pour se prononcer sur la bonne application, par les juges du fond, de la notion d'ordre public, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité du

choix d'un droit étranger pour régir un contrat de vente commerciale. À l'inverse, le silence du droit OHADA autorise les juges de cassation nationaux à se saisir de cette notion d'ordre public et à parfois l'apprécier sous le prisme d'un « souverainisme juridique », qui peut les conduire à écarter certaines clauses claires et précises d'un contrat, au mépris du principe de l'autonomie de la volonté. Un constat similaire peut être tiré lorsque le juge national est saisi d'une demande d'*exequatur* d'une sentence arbitrale se prononçant sur un différend contractuel, dans lequel les parties avaient choisi d'appliquer un droit étranger, lequel a donc été appliqué par l'arbitre.

En définitive, une réécriture de l'article 234 de l'AUDCG est certainement souhaitable, voire nécessaire. Dans l'attente d'une réforme en ce sens, les parties qui s'estiment fortement lésées, soit par l'application d'un droit étranger très permissif qui leur aurait été imposé par leur cocontractant, lequel était économiquement en position de force pour le faire, soit par la décision d'un juge national de ne pas appliquer le droit étranger auquel les parties avaient librement choisi de soumettre leur contrat, ne doivent pas hésiter à porter leur différend jusque devant la CCJA, y compris si la Cour suprême d'un État membre de l'OHADA a été saisie par ailleurs<sup>8</sup>. Ceci permettrait de mettre en lumière les lacunes actuelles qui entravent l'effectivité du droit OHADA de la vente commerciale, voire d'en combler quelques-unes au moyen d'interprétations jurisprudentielles constructives, jusqu'à ce que les institutions compétentes de l'OHADA jugent opportun d'y remédier elles-mêmes.

(6) AUDCG, art. 172.

(7) AUDCG, art. 232.

(8) V. Traité OHADA, art. 16 et 18.

## LA FORMATION DE LA VENTE

par Patrick Juvet Lowé Gnintedem

Agrégé des facultés de droit, Université de Dschang

La vente, contrat important et certainement le plus usuel, est un acte que l'on peut placer au cœur de l'activité économique. Pour autant, elle doit rassembler les éléments essentiels que la loi met à la validité de tout contrat. L'exigence générale s'applique tout particulièrement à la vente commerciale. Le législateur OHADA le rappelle clairement à l'article 237 de l'Acte uniforme portant droit commercial général<sup>1</sup> qui dispose que

« la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente », du moins tant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions dudit texte. Il faut donc s'en référer aux lois nationales des différents pays membres de l'OHADA pour saisir notamment la substance des conditions de formation du contrat. Ainsi, le code civil camerounais exige que le contrat soit *légalement formé*<sup>2</sup>. Cela suppose, au sens de l'article 1108, que les quatre conditions suivantes eussent été respectées : le consentement, la capacité, la cause et l'objet<sup>3</sup>. Le législateur OHADA n'a pas consacré des dispositions particulières aux deux dernières conditions<sup>4</sup>, sauf pour exclure du champ de la vente commerciale certaines ventes<sup>5</sup>. Quant à la capacité, elle est encadrée par le domaine même de la vente commerciale OHADA, limité « aux contrats de vente de marchandises entre *commerçants* [...] »<sup>6</sup>. Or, pour être commerçant, il faut être capable d'exercer le commerce<sup>7</sup>, et à tout le moins être majeur ou mineur émancipé<sup>8</sup>. Mais si la formation de la vente commerciale est globalement gouvernée par quelques principes fondamentaux (1<sup>re</sup> partie), pour l'essentiel, les dispositions de l'AUDCG y relatives sont consacrées à l'échange des consentements (2<sup>e</sup> partie).

(1) Ci-après AUDCG.

(2) C. civ., art. 1134. Cette disposition se retrouve à l'identique dans les codes civils de la plupart des pays membres de l'OHADA. V. aussi, art. 96 du code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal. Les dispositions du code civil sont pour l'essentiel inspirées du droit français, notamment dans les dispositions antérieures à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. V. par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédeu, *Droit civil. Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 129 s.

(3) V. aussi, COCC, art. 47.

(4) En droit français, les conditions de cause et d'objet licites sont désormais regroupées sous l'unique exigence d'un *contenu licite et certain*. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2016, n° 461 s.

(5) V. en ce sens, AUDCG, art. 235 et 236.

(6) AUDCG, art. 234.

(7) Sur la capacité des parties à la vente, V. par ex. S. Kuate Taméghé, « Actes de commerce », in P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 9 s. ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 49 et 56.

(8) AUDCG, art. 7.

### ■ Les principes gouvernant la formation de la vente

Le contrat de vente commerciale est un contrat consensuel bien souvent conclu à l'issue d'une négociation elle-même gouvernée par quelques principes.