

11^e édition du Congrès Africain des Juristes d'entreprises

(COJA 2010)

COTONOU, Bénin (Hôtel du Lac)

4 au 6 mai 2010

Organisé par le Centre Africain pour le Droit & le Développement



Thème central :

L'ENTREPRISE AFRICAINE A L'EPREUVE DE LA CRISE : Regard des juristes

LES APPORTS DE L'OHADA EN MATIERE CONTRACTUELLE

*Me Marie-Andrée NGWE,
Avocat au Barreau du Cameroun*

lat@cabmangwe.com

Avec le soutien de :



OHADA

BP 570 Yaoundé
Email : cadev@cadevdroit.org
www.cadevdroit.org

Les apports de l'Ohada en matière contractuelle

Je dois traiter des apports de l'Ohada en matière contractuelle.

Je suis une praticienne du droit et j'aborderai donc le sujet de manière pratique, sans rechercher ou essayer de théoriser. Je laisse aux éminents professeurs le soin de le faire.

Ce congrès a pour thème, l'entreprise africaine à l'épreuve de la crise. S'agit-il de la crise financière dont la bulle a éclaté l'année dernière ? Sans aucun doute. Mais, s'agissant des pays de l'Ohada, il y a une crise qui dure depuis longtemps et qui a abouti au courant de pensée appelé l'afro pessimisme. Les diagnostics posés dans les années 1990 ont visé, notamment la sécurité juridique et judiciaire. Pour y parvenir, les États ont signé le « *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* » le 17 octobre 1993 à Port-Louis.

Les objectifs du Traité résumés dans cette phrase : « *l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* » étaient ambitieux. A la suite de ce Traité, les Actes uniformes suivants ont été adoptés :

- l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général ;
- l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés ;
- l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ;
- l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;
- l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage ;
- l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises ;
- l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route.

Les Actes suivants sont restés à l'état d'avant-projet :

- l'Acte uniforme portant droit du travail ;
- l'Acte uniforme portant droit des contrats.

L'Acte uniforme sur les coopératives est en cours d'adoption.

L'avant-projet d'Acte uniforme portant droit du travail pose problème parce qu'il doit concilier les intérêts des employeurs et des travailleurs et qu'il est lié à l'histoire sociale de chacun des États Parties.

L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats quant à lui, s'est heurté à une différence de culture juridique entre les différents États Parties.

Les instruments juridiques que sont les Actes uniformes comportent-ils des atouts pour les juristes de l'espace de l'Ohada ?

Les Actes uniformes offrent-ils des solutions pour résoudre des problèmes contractuels ?

Indépendamment de la crise, la matière contractuelle est devenue une clé de la valeur des relations d'affaires.

Alors qu'historiquement le contrat était perçu comme un recours en cas de litige, il est devenu un outil d'optimisation de la conclusion des affaires.

Les contrats ou plus généralement les conventions, sont des accords de volonté en vue de créer des obligations ou de transférer des droits patrimoniaux, voire de modifier des obligations préexistantes ou de les éteindre. Ils concernent la vie de tout un chacun.

En traitant des apports, entendus au sens de contributions positives, je ne m'engage pas à faire un bilan des Actes uniformes de l'Ohada en matière contractuelle, lequel devrait comporter les aspects positifs et négatifs.

Je ne m'engage pas non plus à faire un inventaire exhaustif des apports, et ce pour plusieurs raisons :

- tout d'abord, on peut discuter indéfiniment de ce qui est apport ou pas car l'Ohada n'a pas créé des dispositions ex nihilo. Il s'est construit sur un socle juridique existant, fût-il archaïque, dispersé ou inadapté suivant les expressions couramment utilisées.
- ensuite, un tel inventaire serait très long, voire fastidieux pour les juristes que sont la plupart d'entre vous.

En ma qualité d'avocat conseil, mes préoccupations sont celles du juriste d'entreprise : comment conclure le meilleur contrat ? Comment faire adopter mon droit ? En effet, il y a des cas où l'application du droit de l'Ohada sera obligatoire et d'autres cas où elle sera optionnelle. Quel sera mon poids, mon prestige ? Tous ces éléments entrent en jeu dans le choix d'une option contractuelle plutôt qu'une autre et dans l'applicabilité d'un droit plutôt qu'un autre.

I – Les apports indirects à la matière contractuelle : un atout majeur

• L'Ohada : élément de négociation et de facilitation de la conclusion des contrats dans le cadre des grands projets

Dans le combat que se livrent pour la prépondérance, le droit de common law et le droit de tradition civiliste, l'existence des Actes uniformes donne plus de poids aux pays de l'Ohada.

En effet, avec l'Ohada a été créé un espace géographique, économique et humain non négligeable.

Sont concernés, 17 pays, 3 langues internationales, une population de 173 millions de personnes environ qui, sur le plan du droit, utilisent une norme contractuelle similaire.

Le droit de l'Ohada suscite de l'intérêt dans le monde universitaire international. Les échos transmis par le site Ohada.com sont éloquentes relativement au nombre de colloques, séminaires, thèses et mémoires portant sur l'Ohada, que ce soit en Europe, en Asie, dans les Caraïbes ou l'Océan Indien.

Cet intérêt du monde universitaire a un impact sur le monde économique car avant de devenir des prescripteurs du droit, les juristes ont tous reçu une formation académique universitaire.

La création d'un espace de l'Ohada amène à la nécessaire prise en compte de son existence par les partenaires économiques.

L'existence d'un espace dans lequel le droit est uniforme confère force et crédibilité dans le monde de la globalisation où la rapidité et la simplicité sont recherchées.

Il est plus difficile d'ignorer un espace qu'un seul pays lorsque, le poids économique de chacun d'eux, pris isolément, le place malheureusement en situation d'infériorité.

Le juriste d'entreprise ou l'avocat conseil qui participe à la mise en place d'un projet a, avec le droit de l'Ohada, un instrument qui a du poids et dont il n'a pas à rougir, même si cet instrument n'est pas parfait.

Sans même voir les choses sous l'angle de la compétition, il est sans aucun doute plus facile de négocier, voire de conclure lorsque votre partenaire connaît votre droit.

Il sera plus aisé pour celui-ci de le connaître ou de faire l'effort de le connaître si tout un espace est concerné.

Cette connaissance induit un gain de temps, moins de méfiance et la facilitation de la mise en place de solutions originales combinant les intérêts des parties et leurs différences de cultures juridiques.

Ainsi, de nombreux cabinets d'avocats internationaux ont maintenant des avocats connaissant le droit de l'Ohada.

Les grands groupes opérant dans cet espace sont dotés ou se dotent, à l'occasion de grands projets, de juristes connaissant le droit de l'Ohada.

Au niveau des pays de l'Ohada, les juristes de cet espace sont de plus en plus sollicités, à la fois par les partenaires internationaux, mais aussi par les partenaires nationaux qui doivent répondre à des partenaires étrangers qui connaissent mieux leur droit.

II - L'utilisation des apports de l'Ohada en matière contractuelle

- Le droit de l'Ohada est une norme juridique.

Quelle que soit l'opinion positive ou négative que l'on en a, cette norme juridique existe et elle doit être prise en compte pour l'utiliser, l'aménager quand cela est possible et la conforter quand elle ne garantit pas suffisamment les objectifs recherchés.

Comme toute norme, elle doit être connue du praticien. Cela est banal mais important. Le réflexe de lire et de relire les textes à chaque occasion n'est pas acquis. On le verra à l'occasion des exemples cités à propos du cautionnement, de la lettre de garantie et de contre garantie. Trop souvent, on s'appuie uniquement sur la pratique.

- L'ingénierie juridique

Le métier de concepteur de contrats implique la connaissance de la norme juridique mais aussi de l'imagination ; on a pu parler alors de l'ingénierie juridique.

Il s'agit de savoir puiser dans l'ensemble des normes juridiques disponibles celles qui, ajoutées à l'objet central du contrat, vont rendre la négociation, la conclusion, l'exécution, la fin du contrat, l'exécution volontaire ou forcée de celui-ci plus sûre et plus aisée.

- La maîtrise de la technique contractuelle pour une meilleure utilisation des apports.

Je crois qu'au-delà de la connaissance des diverses méthodes (fiche etc. ...) que l'on peut mettre en place pour connaître les dispositions du droit Ohada, une bonne connaissance de la technique contractuelle est nécessaire.

La technique contractuelle se définit comme l'ensemble des procédés employés ou mis en œuvre pour l'élaboration d'un contrat.

En identifiant bien les différentes phases d'un contrat, l'objectif poursuivi au cours de chacune d'elles amènera à chercher les apports dans l'ensemble du corpus que constituent les Actes uniformes.

- La transversalité des apports

Les apports sont transversaux. Il s'agit donc pour le juriste de l'Ohada, à chaque étape de la construction d'un contrat, de s'interroger sur ce qui peut lui être utile dans les différents Actes de l'Ohada.

Il ne trouvera pas la solution à tous ses problèmes avec un seul Acte.

Il est donc nécessaire qu'il puise des solutions dans chaque Acte et ait une bonne connaissance de chacun d'eux.

Cette connaissance vue sous l'angle de la technique contractuelle consistera à utiliser les solutions contenues dans chaque Acte en fonction de la matière et des phases de la construction du contrat.

La technique contractuelle permet d'identifier les phases de la mise en place du contrat.

Ces différentes phases sont plus ou moins élaborées et complexes en fonction de l'objet du contrat.

Les problèmes à prendre en compte ne sont pas les mêmes suivant qu'il s'agit de la vente d'un véhicule ou de la mise en œuvre d'un projet d'hydroélectricité ou de l'exploitation d'une mine.

Le juriste de l'Ohada, quel que soit le cas, aura à puiser dans plusieurs Actes.

Cela est vrai même si en apparence, la matière est traitée par un Acte ou par une partie d'un Acte.

Ainsi, l'élaboration d'un contrat de bail commercial ne dispense-t-il pas de se reporter à l'Acte uniforme sur les sûretés pour obtenir une garantie du paiement des loyers ou à l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage pour gérer la période post bail, voire l'Acte uniforme sur les procédures collectives pour la poursuite du bail en cas de règlement préventif ou de liquidation judiciaire.

Ainsi, le juriste pourra-t-il imaginer par exemple que la nécessité de poursuivre l'exécution du bail puisse se combiner avec une garantie à première demande.

III – Les apports directs de l'Ohada en matière contractuelle :

• L'arbitrage étatique

Aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage : *« Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.*

Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Cette disposition rend officielles des solutions qui étaient jusqu'alors basées sur la jurisprudence et la doctrine et qui, de ce fait, étaient susceptibles d'être contestées.

La règle posée vise à la fois, l'arbitrage international qui constituait une tendance contemporaine mais aussi l'arbitrage interne, solution beaucoup plus novatrice comme le dit le commentateur du livre intitulé Ohada Traité des actes uniformes commentés et annotés édition Juriscope 2008, Monsieur Pierre Meyer, Professeur à l'Université de Ouagadougou.

Sont concernés par cette disposition : l'État, les collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics. Dans le contexte de la régionalisation / décentralisation existant déjà dans certains États Parties ou en cours de mise en place, la précision est importante.

Les commentaires qui se sont développés sur ce texte tendent à admettre *l'arbitrabilité* du préjudice pécuniaire résultant, pour une partie privée, de l'exercice par l'État de ses prérogatives de puissance publique.

La règle de l'article 2 s'applique bien entendu aux États Parties, mais aussi, selon le commentateur, à tout État partie à un arbitrage régi par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. En effet, il considère la disposition selon laquelle, *« sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »*, comme une règle matérielle qui déroge à la règle de conflit de loi au profit de la loi du for.

L'Acte uniforme sur l'arbitrage consacre le dépassement de la *summa divisio* droit privé, droit public. En effet, les prérogatives de puissance publique de l'État sont limitées progressivement en raison du caractère d'ordre public des règles de l'Ohada.

● **La protection de la survie de la personne morale et par-delà de l'entreprise dans le droit des sociétés.**

Le régime des nullités de la société et des actes sociaux dont traite le livre III de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique vise, à la fois à protéger les associés qui auront des solutions pour sauver l'existence de la société, mais aussi à privilégier / favoriser la poursuite de la vie sociale. Ceci est un atout pour les partenaires de la société et ses employés.

Le texte utilise d'une part la technique des clauses réputées non écrites. Les commentateurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales (Paul-Gérard Pougoue, Josette Nguebou-Toukam, Professeurs à l'Université de Yaoundé II, François Anoukaha, Professeur à l'Université de Dschang) citent l'article 54 al. 2 de cet Acte uniforme aux termes duquel « *Toutefois, sont réputées non écrites les stipulations attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ».

De même, ils citent l'article 168 aux termes duquel « *Est réputée non écrite toute clause des statuts subordonnant l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action. Cette disposition ne s'oppose pas à ce que l'associé ou les associés qui ont intenté une action puissent conclure une transaction avec la ou les personnes contre laquelle ou contre lesquelles l'action est intentée pour mettre fin au litige* ».

La même technique de la clause réputée non écrite est utilisée par l'article 125 aux termes duquel « *Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite* ».

Le texte utilise d'autre part la possibilité de couvrir ou de régulariser les nullités. Le principe qui régit les nullités est posé par l'article 242 : « *La nullité d'une société ou de tous actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent Acte uniforme ou des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat de société en particulier.*

L'énonciation incomplète des mentions devant figurer dans les statuts n'entraîne pas la nullité de la société ».

L'article 243 quant à lui énonce que : « *Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un associé, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs* ».

Selon l'article 244 : « *La nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société, ne peut résulter que d'une disposition impérative du présent Acte uniforme, des textes régissant les contrats ou les statuts de la société* ».

Lorsque la nullité est encourue, des obstacles tels que la prescription courte tendent à la restreindre. Ainsi, selon l'article 251 : « *Les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 du présent Acte uniforme.*

Les actions en nullité des actes, décisions ou délibérations de la société, se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 du présent Acte uniforme.

Toutefois, l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et du crédit mobilier rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission ».

La préférence marquée du législateur de l'Ohada pour la régularisation est constante.

Ainsi, l'article 60 édicte que *« Dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée par le présent Acte uniforme, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander au Président de la juridiction compétente cette dissolution, si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu »*.

Le souci du législateur de l'Ohada se manifeste à plusieurs niveaux puisque plusieurs étapes sont prévues pour la régularisation, en interne puis en externe.

De même, l'article 75 édicte que *« Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par le présent Acte uniforme ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins »*.

A nouveau, on constatera que les régularisations sont internes et externes.

Les conséquences des nullités sont atténuées au fil des articles 246 et suivants puisque selon l'article 246, *« l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social »*. Seul le cas de l'illicéité de l'objet social est conservé.

Pour que ce traitement de faveur ne soit pas un blanc seing l'alinéa 3 de l'article 256 indique que *« La disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entachée. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été découverte »*.

Pour tous les juristes d'entreprise et les partenaires de celle-ci, il est important que ces règles soient posées clairement pour éviter les errements de la jurisprudence.

• **La mise en place de nouvelles garanties – la lettre de garantie et la lettre de contregarantie : articles 28 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.**

L'Ohada a légiféré sur une garantie autonome très répandue dans le monde des affaires et connue sous le nom de garantie à première demande.

Cette réglementation s'est appuyée sur les abondantes et constantes jurisprudence et doctrine qui existaient dans plusieurs juridictions de divers pays, et notamment de la CCI.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a réglementé les conditions de fond et de forme, de la lettre de garantie et de la lettre de contregarantie, qui sont prescrites à peine de nullité.

C'est ainsi que l'article 29 édicte : *« Les lettres de garantie et de contregarantie ne peuvent être souscrites sous peine de nullité par les personnes physiques. Elles créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base »*

L'article 30 est ainsi conçu : *« Les conventions de garantie et de contregarantie ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité :*

- la dénomination de lettre de garantie ou de contregarantie à première demande ;
- le nom du donneur d'ordre ;
- le nom du bénéficiaire ;
- le nom du garant ou du contregarant ;
- la convention de base, l'action ou le fait, cause de l'émission de la garantie ;
- le montant maximum de la somme garantie ;
- la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;

- les conditions de la demande de paiement ;
- l'impossibilité, pour le garant ou le contregarant, de bénéficier des exceptions de la caution».

Il énonce ainsi les mentions obligatoires que doit contenir l'acte de garantie.

Les effets de ces garanties sont ceux déjà bien connus par les milieux d'affaires et reconnus par la jurisprudence.

Il s'agit de retenir essentiellement, l'indépendance de cette garantie par rapport à la convention entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire et le paiement qui doit intervenir dès la demande faite par le créancier.

Le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant ou au contregarant sauf en cas de demande manifestement abusive ou frauduleuse, tel que prévu par l'article 36.

Il faut être très clair et dire que cela ne se confond pas avec une contestation du donneur d'ordre de sa dette envers le bénéficiaire.

Je voudrais attirer l'attention des juristes d'entreprise et des praticiens en général sur :

- l'intérêt de cette garantie qui me paraît rarement utilisée dans la pratique alors qu'elle peut être utilisée dans tous les contrats ;
- le fait que beaucoup trop souvent, les règles de forme ne sont pas respectées. Les parties, y compris des personnes très versées dans le monde des affaires, comme les banques, continuent à utiliser des formules que la pratique avait élaborées. On semble ignorer que la matière a été réglementée par l'Ohada. Le résultat est la nullité des garantie et contregarantie.

● **La survie de l'entreprise – le règlement préventif organisé par les articles 2 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.**

Aux termes de l'article 2 : « 1. Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ».

Cette procédure est ouverte aux entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements.

Elle permet au débiteur de ne pas payer ses dettes puisqu'il bénéficie de la suspension des poursuites individuelles. Elle s'applique aux demandes en paiement jusqu'à l'exercice des voies d'exécution.

Après les travaux de l'expert nommé par la juridiction qui a rendu l'ordonnance de règlement préventif, celle-ci peut soit homologuer le concordat, soit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation si elle constate l'état de cessation des paiements.

Au niveau des contrats, les éléments à retenir sont :

- une possibilité supplémentaire de survie de l'entreprise ;
- le risque de voir les paiements suspendus ;
- la nécessité pour les contrats de longue durée ou pour les clients en compte de développer une relation étroite pour « surveiller » les partenaires ;
- l'opportunité de prendre certaines garanties au moment de la conclusion des contrats.

- **Le bail commercial organisé par les articles 69 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général**

Sont concernés, non seulement les locaux à usage commercial, mais aussi les locaux à usage industriel, artisanal ou professionnel.

De nombreuses dispositions sont d'ordre public.

Là aussi, je dois dire que de nombreux baux sont encore établis sur la base des anciens modèles. Ainsi on entend encore beaucoup d'entreprises parler du bail 3, 6, 9.

- **La clause de réserve de propriété prévue par l'article 284 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dans la vente commerciale qui a le mérite d'officialiser une pratique.**

L'Acte uniforme relatif au droit commercial général consacre le principe du transfert de propriété à la livraison de la marchandise vendue. L'article 283 énonce que « *sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue* ».

Les parties ont la possibilité de reporter le transfert de la propriété par une clause de réserve de propriété.

Ce que je constate, c'est que de manière systématique, l'inscription de cette clause au registre du commerce et du crédit mobilier n'est pas faite, ce qui diminue considérablement son effet, puisqu'alors l'opposabilité aux tiers n'existe pas.

- **Des règles nouvelles sur l'exécution du contrat**

Contrairement aux dispositions du Code Civil (articles 1184 et suivants), l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général introduit la notion de la rupture prématurée sur l'initiative d'une des parties au contrat (la résolution par anticipation). L'article 246 qui traite de la vente dispose que « *Si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra un manquement essentiel à ses obligations, l'autre partie peut demander à la juridiction compétente la résolution de ce contrat* ».

La notion de « *manquement essentiel* » est introduite par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui la définit à l'article 248, lequel énonce que « *Un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que ce manquement n'ait été causé par le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure* ». Le manquement essentiel se définit à la fois par rapport à l'importance du préjudice et à sa prévisibilité.

Une autre nouveauté de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général est relative à l'exception d'inexécution, à savoir qu'une partie au contrat de vente peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations (article 245).

- **Le droit de rétention régi par les articles 41 à 43 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général**

Le droit de rétention, tel qu'organisé, est une sûreté d'application générale à la condition qu'elle garantisse une créance certaine, liquide et exigible et qu'il y ait un lien de connexité entre la chose retenue et la naissance de la créance. La connexité est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont les conséquences de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur.

Le droit de rétention n'a pas besoin d'être inscrit dans un contrat. Néanmoins, il doit être pris en considération, comme sûreté, pour permettre le paiement dans les activités qui entraînent remise d'une chose en vue de l'exécution par un tiers d'une prestation. Le cas le plus fréquemment cité est celui du garagiste, mais le transitaire, l'acconier pourront utilement l'invoquer.

- **Le nantissement des stocks prévu par les articles 101 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.**

Ce nantissement est très utilisé dans le commerce des matières premières, mines, hydrocarbures, mais aussi des produits de base comme le coton, le café et le cacao.

Ce nantissement doit être inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier ; et pourtant là aussi cette formalité est très rarement accomplie, or l'article 102 édicte que : « *Le nantissement des stocks ne produit effet que s'il est inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier, dans les conditions prévues par les dispositions réglementant ce Registre.*

L'inscription conserve les droits du créancier nanti pendant une année à compter de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai ».

Une innovation importante est la création d'un bordereau de nantissement.

Ce bordereau doit être considéré comme un effet de commerce qui peut comme tel, être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un effet de commerce, dit le texte. La pratique montre que ce bordereau n'est pas encore utilisé pleinement. Il se limite en général à garantir les fonds avancés par le financier au bénéficiaire. Il ne circule pas alors que c'est un instrument de crédit.

- **L'inscription des sûretés et privilèges.**

Aux termes des articles 45 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, les sûretés mobilières doivent être inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier. Cela est valable pour le nantissement des actions et des parts sociales, le nantissement de fonds de commerce, l'inscription du privilège du vendeur du fonds de commerce, le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a également prévu l'inscription des privilèges du Trésor, de l'Administration, des Douanes et des Institutions de Sécurité Sociale.

Ainsi lorsque le registre du commerce et du crédit mobilier sera devenu opérationnel et informatisé, le juriste qui participe à la négociation d'un contrat, qui en suit la réalisation ou en gère la fin et notamment la rupture pourra avoir une claire vision de la situation du partenaire de son entreprise.

- **Le registre du commerce et du crédit mobilier un instrument de connaissance de son partenaire**

Si on ajoute à cela les obligations auxquelles sont astreints les commerçants et les personnes morales au cours de l'année et de leur vie sociale, c'est un instrument important pour la conclusion des affaires dans la transparence.

- **La réglementation du transport de marchandises par route.**

Cette matière contractuelle a été organisée par l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route.

Voilà une matière qui a été réglementée alors que jusqu'à présent, elle était éparse dans divers textes allant du Code Civil, au Code de Commerce, aux conventions bilatérales régionales ou internationales.

Cet Acte uniforme s'applique dès lors que l'opération de transport est rattachée à l'espace de l'Ohada.

Ainsi selon l'article 1 « *Le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tel qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA. L'Acte uniforme s'applique quels que soient le domicile et la nationalité des parties au contrat de transport ».*

Le texte qui exclut le domicile et la nationalité comme facteur de rattachement a vocation à s'appliquer lorsque le transport a lieu dans un État membre ou sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'Ohada.

S'agissant du transport des marchandises dangereuses, des transports funéraires, des déménagements, des transports postaux, il y a lieu de se référer aux législations nationales ou internationales suivant le cas.

Le texte introduit un élément de modernité avec, à l'article 2, un certain nombre de définitions qui devraient permettre à une meilleure interprétation et donc application.

Il introduit les notions de transports successif et superposé pour prendre en compte la réalité de l'exécution des contrats de transport. De ce fait, la sécurité et la transparence sont mieux assurées.

Il introduit également l'usage de l'écrit dématérialisé sous forme électronique.

• La réglementation de la vente commerciale

L'Acte uniforme relatif au droit commercial général consacre la théorie de l'offre avec deux possibilités d'offres : l'offre irrévocable qui constitue un acte juridique et plus précisément un engagement unilatéral de volonté et l'offre révocable qui est un fait juridique.

L'article 210 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que « Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises, et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer ». Cette définition de l'offre semble exclure la proposition faite au public.

Le même Acte uniforme prend position sur la formation du contrat entre absent ou par correspondance. L'article 213 énonce que « L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre. L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut de stipulation, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction et du moyen de communication utilisé par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire ». C'est la consécration de la théorie de la réception.

Conclusion

A titre de conclusion, je voudrais dire quelques mots sur un des objectifs affirmés par les pères fondateurs dans la phrase célèbre que j'ai citée au début de mon propos.

Il s'agissait de mettre en place des règles modernes. Cela a certes été moderne en 1993 de concevoir et mettre en œuvre le Traité de l'Ohada. Certes cela a été moderne de concevoir les différents Actes de l'Ohada.

La modernité a été un apport car elle a permis aux Etats Parties de disposer d'une norme plus proche des réalités actuelles.

Cet apport qu'est la modernité s'entretient et demande de l'attention. La modernité s'inscrit dans le mouvement, dans l'adaptation aux évolutions qui traversent et secouent notre monde.

C'est dans cet esprit que se situe la révision en cours des Actes de l'Ohada et qui était appelée de tous leurs vœux par nombre de praticiens.

Il y avait lieu tout d'abord de remédier à divers défauts, erreurs ou carences relevés dès la publication des Actes et au cours de leur application. Il y avait lieu également de tenir compte des évolutions économiques, technologiques, et des besoins nouveaux apparus lors de la mise en place des contrats et de leur exécution.

C'est ainsi que, lors de la rencontre technique qui s'est tenue à Kinshasa pour faire le point sur la révision de l'Acte uniforme sur le droit commercial général et l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'accent a été mis sur cet apport que constituent le mouvement et le changement liés à la notion de modernité.

Bien que ce projet de révision soit encore au stade d'avant-projet en cours d'examen par les commissions nationales, je puis vous dire qu'il comportera de nombreux apports :

- Apport au niveau de l'élaboration qui se fait dans une totale transparence,
- Apport au niveau des nécessités de transparence, de loyauté qui doivent animer les partenaires économiques,
- Accent mis sur la modernisation, l'utilisation de l'électronique et le droit à l'information au niveau du registre du commerce et du crédit mobilier,
- Apport au niveau de la confusion relevée dans la vente commerciale entre vices cachés et défaut de conformité,
- Élargissement du secteur formel par la création d'une nouvelle catégorie d'opérateur économique : l'entrepreneur,
- Création de l'agent des sûretés,
- Et bien d'autres.

Maitre Marie-Andrée Ngwe
Avocat au Barreau du Cameroun