

INERTIE DE L'ACHETEUR ET TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VENTE EN DROIT DE L'OHADA

Odilon SEGOH,

*Docteur en droit/Faculté de Droit
et de Science Politique/Université de Parakou (Bénin).*

Introduction

La confrontation "inertie de l'acheteur" et "transfert de propriété" peut, *a priori*, paraître rébarbative en droit de l'Ohada. Elle est susceptible de dérouter dans la mesure où le législateur concerné a manifesté sa préférence pour la règle selon laquelle, « *la prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues* »¹. Il convient de rappeler qu'aux fins dudit transfert, « *l'acheteur doit prendre livraison en accomplissant les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison, puis il doit retirer les marchandises* »². La prise de livraison effective des marchandises³ apparaît comme le critère essentiel⁴ de définition du "moment" du transfert de propriété et des risques⁵ en droit de l'Ohada.

Mais alors, lorsque le vendeur a accompli toutes les diligences requises à la

livraison⁶, que l'acheteur n'exprime aucune réaction et manque de ce fait à son obligation de prendre livraison, le même critère devra-t-il continuer à s'appliquer ? Cette préoccupation révèle l'opportunité d'une réflexion sur : « inertie de l'acheteur et transfert de propriété dans la vente en droit de l'Ohada ». La préoccupation est opportune car, l'étude donne le moyen de discuter⁷ de la potentialité d'une anomalie dans le système de la vente en droit de l'Ohada. Et avant tout, « *il faut bien débiter par définir [le concept d'inertie] si l'on ne veut pas finir par buter* »⁸ (*sic*).

"Inertie", concept par lequel est désignée l'absence de réaction de l'acheteur dans le cadre de cette étude, n'est pas inconnue des disciplines juridiques⁹. Pourtant, ni le

⁶ Art. 250 et s. AUDCG.

⁷ Pour le Doyen CARBONNIER, « *dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos* » (Le silence et la gloire, *D.*, 1951, chron., p. 119) ; abondant dans le même sens, Ph. JESTAZ précise que « [...] le juriste, par définition pourrait-on dire, croit aux vertus de la discussion, qui permet de trouver la solution la plus juste ou la moins injuste » (*Le droit*, Dalloz, 2018, p. 15).

⁸ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, 1997, p. 11.

⁹ Domaine de prédilection du droit administratif (Cf. P. MONTANE de la ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, Dalloz, 1950 ; J. LAVEISSIERE, *Le silence de l'administration*, thèse, Bordeaux, 1979 ; N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, thèse, Paris II, 1999), elle n'est pas du tout ignorée du droit privé (B. TRANIER-LAGARRIGUE, *L'inertie en droit privé*, thèse, Toulouse 1, 2002). Bien connue des

¹ Art. 275 AUDCG.

² Art. 269 AUDCG.

³ J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la vente commerciale », disponible sur www.ohada.com, D-06-16.

⁴ A titre de comparaison, en droit chinois par exemple, la loi relative aux droits réels, adoptée le 16 mars 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, deux conditions sont nécessaires à la réalisation du transfert de propriété : un contrat de vente valablement conclu et l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ; Cf. R. YANG, *Le mécanisme chinois du transfert de propriété dans la vente à la lumière des droits français et allemand*, Thèse, Université François Rabelais de Tours, 2016, p. 14.

⁵ Art. 277 AUDCG.

*Lexique des termes juridiques*¹⁰, ni le *Vocabulaire juridique*¹¹, ni même les textes ne lui ont proposé une définition. Cette situation n'est pas un obstacle majeur. Cela permet, en réalité, d'éviter d'avancer des définitions qui lieraient l'office du juge car, « *quand les textes ne comportent pas de définitions [...], c'est au juge qu'il appartient, au nom de son pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition* »¹². Mais en attendant que celui-ci ne cristallise une définition, c'est à la doctrine qu'il est revenu de consacrer à la notion d'"inertie" quelques prémisses.

Perçue par certains juristes comme « *une omission volontaire de la diligence nécessaire* »¹³ ou comme « *une passivité calculée, volontaire et témoignant sinon d'une certaine hostilité, tout au moins d'un*

esprit retors »¹⁴, l'inertie s'apparenterait à une inaction « *malveillante* »¹⁵ à l'encontre du vendeur. Considérée par d'autres comme « *ce qui est sans activité propre [...]* », l'inertie serait, en quelque sorte, « *une passivité involontaire ne dépendant nullement d'un choix* »¹⁶, une inaction injustifiée, sans mobile et sans motivation¹⁷.

En résumé, l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises se matérialise par une passivité, un état d'immobilisme, une inaction¹⁸. Qu'elle ait été de bonne ou de mauvaise foi, cette inaction de l'acheteur réalise l'inexécution de l'obligation de prise de livraison des marchandises vendues. Mais, elle ne peut être confondue à un "laissé pour compte"¹⁹ de l'acheteur qui suppose une restitution des marchandises²⁰. Elle ne peut non plus être assimilée à un refus de prendre livraison²¹ qui implique l'existence d'une

sciences criminelles (Cf. A. ALBARET-MONTPEROUX, *L'inaction en droit pénal*, thèse, Strasbourg, 1944), le droit processuel en est un vaste champ d'expérimentation (les délais de procédure inclinent à l'action ou à l'inertie). Même en droit civil, on a remarqué l'organisation d'une certaine répression de l'inertie du tuteur depuis le droit romain (G. HANARD, *Droit romain, tome 1*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 192). Mieux, la référence à ce vocable est présente dans le Code civil (L'art. 841-1 C. civ. français énonce : « *Si le notaire commis pour établir l'état liquidatif se heurte à l'inertie d'un indivisaire [...]* ») et même dans la jurisprudence (Cass. Com., 23 juin 2009, Viaud c/ SARL Astri, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12, 2009, p. 1094, notes B. DONDERO).

¹⁰ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017-2018.

¹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2017.

¹² Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique du droit*, APD, tome XI, 1966, pp. 25 et s, n° 4.

¹³ J-B. HERZOG, note sous trib. corr. Lille, 14 novembre 1958, *JCP*, 1959, II, 11014.

¹⁴ B. TRANIER-LAGARRIGUE, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ J.-M. DO CARMO SILVA, *Petites affiches*, 26 mars 1999, p. 17, n° 61.

¹⁶ B. TRANIER-LAGARRIGUE, *op. cit. ibid.*

¹⁷ P. HAJ-CHAHINE, *L'acte de tolérance en droit civil. Contribution à l'étude des actes dans le droit des biens et à la théorie de la volonté modératrice de droit*, thèse, Paris II, 1992, n° 500 et s.

¹⁸ M. R. COHIN, *L'abstention fautive en droit civil et pénal*, Paris, Sirey, 1929, n° 1 ; B. CELICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1968, n° 126 ; P. DIENER, *Le silence et le droit*, thèse, Bordeaux, 1975, n° 34.

¹⁹ F. K. DECKON, « Le laisser pour compte ou l'inexécution de l'obligation de prendre livraison dans le contrat de transport de marchandise », in *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Yaoundé, Aprod/Harmattan Cameroun, 2015, pp. 197-219.

²⁰ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011, n° 241.

²¹ Sur le refus de prendre livraison, G. JIOGUE, « Vente commerciale en droit Ohada », in *Encyclopédie du droit Ohada*, P. G. POUGOUE (dir.), Lamy, 2011, pp. 2131 et s.

volonté manifeste de ne pas prendre possession des marchandises.

Les effets attachés à l'inertie de l'acheteur sont dignes d'intérêts à l'occasion de la détermination du moment du transfert de propriété des marchandises vendues. D'ailleurs, « *la connaissance du moment du transfert de propriété présente [...] un intérêt pratique considérable en cas de perte, de détérioration de la chose par suite de force majeure ou de faillite du possesseur* »²².

L'histoire montre que, avant l'avènement du droit de l'Ohada²³, la définition du moment du transfert de propriété a connu des fortunes diverses. C'est ainsi que dans la haute antiquité, la remise effective de la chose à l'acheteur marquait à la fois la formation du contrat et le transfert de propriété des marchandises²⁴.

Du droit romain à l'époque de l'ancien droit civil²⁵, la vente elle-même résultait « *du simple échange des consentements* »²⁶. En revanche, « *son effet translatif de propriété restait lié à la remise de la chose* »²⁷, sa tradition c'est-à-

dire sa remise matérielle²⁸. Cette option, accueillie en principe comme un rempart pour éviter à l'acquéreur d'avoir à subir les risques des marchandises dont il n'a pas encore la possession, a été fortement critiquée. Il lui a été opposé que « *le vendeur ne saurait [...] être contraint de supporter les risques afférents à une marchandise dont il ne peut plus disposer juridiquement, lorsque l'acheteur tarde à en prendre livraison* »²⁹. A considérer que la remise matérielle marque le moment du transfert de propriété, tant que la prise de livraison n'a pas eu lieu, le vendeur garderait, à son corps défendant, la propriété des marchandises.

Avec l'avènement du Code civil, l'option a été levée pour un transfert de plein droit et immédiat de la propriété à l'acquéreur du seul fait de la formation du contrat³⁰. A partir du Code civil, est mis en œuvre le mode de transfert de propriété *solo consensu* consacré par l'article 1583 du Code civil³¹. En pratique, il faut révéler un scepticisme « *quant aux intérêts de ce système* »³². A cet égard, Alain BENABENT soutient que « *le transfert solo consensu n'est pas, contrairement aux apparences, une grande faveur pour l'acquéreur, mais aurait plutôt les allures*

²² N. GBAGUIDI, « La coordination du système de transfert de propriété Ohada et du système consensualiste en matière de conflit mobile mobilier », in *RBSJA*, n° 28, 2012, p. 10.

²³ Il était appliqué, dans la plupart des États de l'Ohada à l'exception du Sénégal, le régime de transfert *solo consensu* hérité du droit français par le bien de la colonisation. Seul le Sénégal exige la délivrance de la chose comme préalable au transfert de propriété (Cf. art. 5 C.O.C.C.).

²⁴ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 31, n° 14.

²⁵ Pour plus amples information sur l'ancien droit civil, lire J-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2003, pp. 56 et s.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *ibid.*

²⁹ V. HEUZÉ, *id.*, p. 332, n° 379.

³⁰ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 113, n° 133.

³¹ Il dispose : « *la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

³² MOULLY et alii, « Faut-il retarder le transfert de propriété ? », *Cahier de droit de l'entreprise*, 1985, n° 5.

d'un cadeau empoisonné »³³. L'acheteur doit supporter le risque de perte ou de détérioration d'une chose³⁴ dont il n'est pas encore en possession³⁵. Même les tiers seraient exposés au danger de ne pas être avertis du transfert de propriété et d'acquiescer des droits de la part d'un vendeur qui n'est plus propriétaire des marchandises³⁶. En matière de vente commerciale, vente de marchandises entre commerçants, « *on ne se sent vraiment propriétaire de la chose acquise que lorsqu'on en reçoit livraison* »³⁷.

Le malaise ainsi exprimé d'un côté comme de l'autre, s'est transposé en droit international de la vente. En témoigne, le défaut d'une entrée en vigueur³⁸ de la Convention de la Haye du 15 avril 1958, initiée en complément de celle du 15 juin 1955 sur la question des modalités du transfert de propriété des marchandises vendues. Faut-il voir dans ce fait, une impossibilité de définir un régime adéquat du moment du transfert de propriété ?

Ce qui est plutôt indiscutable, c'est que même la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise (CVIM) n'a pas « *entendu définir les modalités de ce transfert* »³⁹. En vertu de sa philosophie, « *la solution des litiges nés,*

spécifiquement, à propos de cette question, ne pourra donc dépendre que des conceptions nationales propres au juge qui en sera saisi, et plus précisément, des règles de son droit international privé »⁴⁰. Il s'ensuit une concurrence des règles applicables à la détermination du moment du transfert de propriété et surtout « *de délicats problèmes de coordination des systèmes de transfert* »⁴¹.

Tel était l'environnement lorsque le législateur de l'Ohada opte pour une solution médiane⁴² entre le transfert *solo consensu* et le système de tradition (article 275 AUDCG), à moins que les parties n'en aient convenu autrement⁴³. Néanmoins, il faut, dès maintenant, procéder à une mise au point. Comme le laisse penser l'article 234 AUDCG, le droit de l'Ohada est un droit spécial applicable à la vente commerciale interne et internationale. La règle de l'article 1583 du Code civil demeure, en conséquence, le droit commun de la vente dans la plupart des Etats parties au traité relatif à l'Ohada. Les solutions évoquées dans le cadre de cette étude ne valent donc que pour ce droit spécial. De même, il ne faut pas perdre de vue que les rédacteurs de l'AUDCG se sont inspirés de la CVIM. Dès lors, les spécificités⁴⁴ de la législation issue de l'Ohada, en ce qui concerne le transfert de propriété, peuvent révéler une volonté d'adaptation aux réalités africaines. Au regard de ce qui précède, une appréciation pertinente des

³³ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 112.

³⁴ *Res perit domino*.

³⁵ *In Encyclopédie juridique de l'Afrique, tome IX*, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 64.

³⁶ En vertu de l'article 2279 C. civ., applicable dans la plupart des Etats parties au traité relatif à l'Ohada, les meubles ne sont opposables aux tiers qu'après mise en possession.

³⁷ A. BENABENT et D. MAZEAUD, *Les grands articles du Code civil*, Paris, Dalloz, 2015, p. 141, commentaire sous article 1583.

³⁸ V. HEUZÉ, *Traité des contrats*, *ibid.*

³⁹ *Id.*, p. 207, n° 234.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ N. GBAGUIDI, op. cit., p. 11.

⁴² *Id.*, p. 9.

⁴³ Art. 276 AUDCG

⁴⁴ Sur la question, Cf. G. KENFACK DOUJINI, « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit Ohada », disponible sur www.ohada.com, ohadata D-07-32.

conséquences de l'inertie de l'acheteur, sur la réalisation du transfert de propriété, appelle quelques nuances.

Lorsque la livraison des marchandises est prévue par l'intermédiaire d'un transporteur, «*les risques sont transférés à l'acheteur par la remise des marchandises au premier transporteur*»⁴⁵. Dès lors que le vendeur remplit son obligation de remise des marchandises, il en a transféré les risques par le seul fait d'avoir remis les marchandises au transporteur⁴⁶. Or, le transfert de propriété entraînant le transfert de risque⁴⁷, le transfert de risque emporte *ipso facto* celui de la propriété à l'acheteur à compter de la remise des marchandises au transporteur. L'inertie de l'acheteur dans cette hypothèse ne soulève aucune préoccupation particulière en droit de l'Ohada.

En revanche, la situation laisse perplexe lorsque les parties n'ont pas stipulé un transport dans le contrat. Dans ce cas, le vendeur doit livrer les marchandises aux lieu et date contractuellement stipulés⁴⁸. Et

lorsque le vendeur met les marchandises à disposition selon les termes légaux ou contractuels⁴⁹ et que l'acheteur ne réagit pas dans les délais convenus, la technique du législateur de l'Ohada offre la possibilité d'une diversité de solutions quant à la détermination du moment du transfert de propriété.

Une première, consisterait à considérer que, la mise à disposition des marchandises ayant été réalisée, le vendeur a également transféré la propriété de celles-ci à l'acheteur⁵⁰. Une deuxième pourrait conduire à supposer que la propriété est transmise à compter de la mise en demeure, adressée par le vendeur à l'acheteur inerte, de prendre livraison des marchandises⁵¹. Une dernière enfin, certes plus radicale, permettrait de conclure que, la prise de livraison n'ayant pas

⁴⁵ Art. 278 AUDCG.

⁴⁶ CA Abidjan, arrêt n° 1155 du 15 décembre 2000, Société BMC c/ Société JB, *Bulletin Juris Ohadata*, n° 1 / 2002, p. 57, note anonyme ; disponible sur www.ohada.com, Ohadata J-02-137 ; CA Abidjan, arrêt n° 677 du 14 juin 2001, Société LOTUS IMPORT c/ Société SKALLI FORTANT DE FRANCE, disponible sur www.ohada.com, Ohadata J-03-323.

⁴⁷ Art. 277 AUDCG.

⁴⁸ Lorsqu'il n'est pas tenu de les livrer en un lieu particulier, le vendeur doit tenir les marchandises à la disposition de l'acheteur, soit au lieu où elle a été fabriquée ou stockée (TGI Mfoundi, jugement n° 246 du 24 mars 2002, disponible sur www.ohadata.com, Ohadata J-04-216) ; soit au siège de son activité de vendeur (Art. 251 AUDCG ; lire également, J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats spéciaux*, Masson/Colin, 1995, cité par A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *op. cit.*, p. 389).

⁴⁹ Art. 251 AUDCG.

⁵⁰ Le principe de la force obligatoire du contrat recommande fortement cette solution. D'ailleurs, J. GHESTIN soutient que la force obligatoire du contrat repose sur la recherche de l'utile et du juste. Pour lui, le droit ne sanctionne le contrat que parce qu'il présente une utilité et à la condition qu'il soit juste. La justice ici retenue est la justice contractuelle commutative qui relève de l'éthique ; V. *Traité de droit civil. La formation du contrat : le contrat – le consentement*, Paris, LGDJ, 2013, n° 147 et s. A *contrario*, l'article 714 al. 1 du Code civil suisse énonce par exemple que « *La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière* » ; V. P. SCYBOZ, G. SCYBOZ, P.-R. GILLIÉRON, A. BRACONI, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 335.

⁵¹ L'obligation de bonne foi et le devoir subséquent de coopération tirés de l'article 237 AUDCG permettent de l'affirmer ; sur la question, lire aussi : R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992 ; F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, n° 43, 1999, pp. 259-302 ; *Le devoir de coopération dans le contrat*, thèse, Lille II, 1998.

matériellement eu lieu, il n'y a jamais eu de transfert de propriété⁵².

L'interprétation des prescriptions de l'AUDCG conduit visiblement à des approches qui paraissent s'éliminer quand on les confronte les unes aux autres. Or, pour s'assurer de la propriété et de la charge des risques relatifs à la perte ou à la détérioration des marchandises vendues, il faut nécessairement situer le moment précis où se produit le transfert de propriété⁵³. L'inertie de l'acheteur n'appelle-t-elle pas l'application d'un autre critère de définition du moment du transfert de propriété en droit de l'Ohada ? Ou alors, à quel moment, faut-il considérer acquis le transfert de propriété des marchandises vendues lorsque l'acheteur, en situation d'inertie, manque à son obligation de prise de livraison ? Cette interrogation qui soulève un malaise relatif à l'équilibre et la sécurité dans l'exécution du contrat présente un double intérêt.

D'un point de vue théorique, cette question permet de faire émerger les nuances suggérées en filigrane par le législateur de l'Ohada relativement au régime du transfert de propriété à la prise de livraison des marchandises. Elle est utile en ce qu'elle tend à évaluer la cohérence formelle du mécanisme de détermination du moment de transfert de propriété en droit de l'Ohada. D'un point de vue pratique, le questionnement est d'autant plus intéressant qu'elle peut concourir à

éviter une interprétation exégétique des prescriptions du législateur de l'Ohada. Car, une application sans discernement de la règle posée peut exposer à un affaiblissement des principes de la force obligatoire, de l'équité⁵⁴ et même de la bonne foi⁵⁵ dans l'exécution du contrat.

En tant qu'esquisse de solutions aux incidences auxquelles expose l'inertie de l'acheteur, cette étude vise à démontrer la défaillance du régime matériel de transfert de propriété et le dualisme des règles issues de la législation de l'Ohada. Elle tend, tout compte fait, à proposer une lecture qui aiderait à s'attacher à « *l'esprit de la loi quand la lettre tue* »⁵⁶ afin de s'affranchir d'un dogmatisme préjudiciable.

De fait, l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises vendues provoque un hiatus dans le mécanisme de définition du moment de transfert de propriété. Il s'impose, en conséquence, l'urgence d'évaluer le hiatus afin de lui rechercher le remède le plus adapté. A cette application il a fallu admettre la nécessité d'un régime alternatif (II) face à l'impasse des solutions légales de transfert de propriété (I).

⁵² Il y a dans cette solution, une extension de la solution de l'article 275 AUDCG à toutes les circonstances dans lesquelles il faut rechercher le moment du transfert de propriété.

⁵³ Pour un cas distinct mais proche, Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, C.C.C., 2000, n° 108 (le prix d'un matériel reste dû même si le navire sur lequel il devrait être installé est détruit).

⁵⁴ Dans le sens où l'invoque Ph. JESTAZ, c'est-à-dire, « [...] *la justice discrète des cas particuliers* » (*op. cit.*, p. 16).

⁵⁵ Sur l'obligation de bonne foi, G. N. ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit Ohada : analyse à partir de la vente commerciale », in *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Yaoundé, Aprod/Harmattan Cameroun, 2015, pp. 613 et s.

⁵⁶ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Édition numérique réalisée le 15 novembre 2007 à Chicoutimi, Québec, p. 23.

I. L'impasse des solutions légales de transfert de propriété en cas d'inertie de l'acheteur

L'article 275 AUDCG définit à quel moment la propriété des marchandises vendues est censée être transférée. Il institue le régime matériel de transfert de propriété. Le législateur de l'Ohada s'écarte, ce faisant, du régime immatériel ou *solo consensu* qui caractérise, dans la vente civile, le transfert de propriété.

Seulement, en cas d'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises, il n'est pas certain que l'on puisse clairement indiquer si le transfert de propriété des marchandises a eu lieu ou non à un moment quelconque.

En l'état du droit de l'Ohada, la situation d'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises vendues révèle une impasse. Pour se convaincre de la réalité de celle-ci, il suffit d'en étudier l'expression (A) et la portée (B).

A. L'expression de l'impasse

A la lecture de l'article 275 AUDCG, le régime applicable – même en cas d'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises vendues – est celui du transfert matériel de propriété. A première vue, le caractère exclusif de cette solution semble indiscutable. Mais, à y voir de près, on remarque en filigrane la possibilité d'exploiter une autre solution.

Face à l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison, le droit de l'Ohada propose donc deux approches concurrentes du moment du transfert de propriété. En même temps

qu'il suggère explicitement une solution exclusive (1), ce droit admet implicitement une diversité de solutions (2).

1. La suggestion explicite d'une solution légale exclusive

Le législateur de l'Ohada ne fait peser la propriété de la chose vendue sur l'acheteur que lorsque la prise de livraison a eu lieu. Sans aucun doute, la prise de livraison des marchandises est, à ses yeux, d'« *une très grande importance dans le processus de la vente* »⁵⁷. La prise de livraison est érigée, dans la technique rédactionnelle de l'article 275 AUDCG, en critère unique et exclusif de fixation du moment du transfert de propriété. Ce n'est, au demeurant, qu'à partir de la date de prise de livraison que les marchandises vendues sortent du patrimoine du vendeur⁵⁸.

Selon l'article 269 AUDCG, « *l'acheteur doit prendre livraison en accomplissant les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison, puis il doit retirer les marchandises* ». Ces dispositions renseignent sur la teneur de l'obligation de prise de livraison. Il s'agit fondamentalement d'une obligation de résultat qui se dédouble en deux types d'actes complémentaires : l'accomplissement des actes propices à la livraison et le retrait des marchandises.

D'une part, l'obligation d'accomplir des actes permettant au vendeur d'effectuer la

⁵⁷ G. JIOGUE, *op. cit.*, p. 2124.

⁵⁸ A. DIENG, « La vente commerciale Ohada à l'épreuve du commerce international », in *Texte de l'intervention à la Commission de vente internationale de marchandises*, 51ème Congrès annuel de l'UIA, Paris, 31 octobre - 4 novembre 2007, disponible sur www.ohada.com, D-11-54.

livraison impose à l'acheteur, la charge d'exécuter des actes positifs. Bien spécifié par le législateur, le caractère des actes attendus de l'acheteur ne semble pas prêter à discussion. En revanche, la consistance matérielle de ceux-ci suscite questionnement en raison du mutisme de ce législateur.

Ce silence du législateur sur la nature exacte des actes sollicités de l'acheteur peut engendrer de la difficulté à caractériser l'inexécution constitutive d'un empêchement au transfert de propriété. La doctrine a dû avancer que les actes concernés peuvent être aussi bien des actes matériels que des actes juridiques⁵⁹, d'une autorisation de transport, d'une importation comme d'une mise à disposition d'un lieu de livraison⁶⁰.

De cette façon, l'obligation d'accomplir les actes nécessaires à la livraison n'a pas été exécutée si le vendeur ressent la moindre difficulté au moment de la livraison des marchandises. Il est ainsi consacré une appréciation *in abstracto* de l'inexécution de l'obligation dans la mesure où ladite appréciation « suppose une prédétermination des actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison »⁶¹. Partant, les situations constitutives de l'inexécution de l'obligation d'accomplissement des actes propices à la livraison des marchandises semblent déterminables en se plaçant uniquement du point de vue du vendeur. A cet égard, le législateur a manqué l'occasion, à la

réforme de 2010⁶², de bien renseigner les actes nécessaires à l'exécution de l'obligation de prise de livraison. Et pourtant, il a essayé de réécrire les dispositions relatives à la prise de livraison⁶³.

D'autre part, la nécessité de l'enlèvement des marchandises achetées traduit l'obligation de retraitement de celles-ci. Selon POTHIER, « c'est une des obligations qui naissent de la nature du contrat que celle que contracte l'acheteur d'enlever les marchandises qui lui ont été vendues »⁶⁴.

Dans une conception fondamentalement matérielle, le retraitement⁶⁵ désigne l'action « d'ôter une chose de l'endroit où elle se trouve »⁶⁶. C'est donc, « l'acte matériel par lequel l'acheteur prend physiquement possession des marchandises »⁶⁷. L'obligation de retraitement est, en effet, le corollaire de l'obligation de délivrance ou

⁶² L'AUDCG a été révisé à Lomé en décembre 2010 (J. O. Ohada, n° 23, 15 février 2011).

⁶³ Devenu l'article 269 AUDCG dans la réforme de 2010, l'article 240 AUDCG (réplique de l'art. 60 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980) qui traitait initialement de la prise de livraison était ainsi rédigé : « L'obligation de prendre livraison consiste pour l'acheteur :

- à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison et,

- à retirer les marchandises » (J.O. Ohada, 1^{er} janvier 1997, pp. 1 et s.).

⁶⁴ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente, traité des retraits, traité du contrat de constitution de rente, tome 3*, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, Plon, 1861, n° 290.

⁶⁵ Le vocable "retraitement" est, dans ce cas, synonyme de "enlèvement".

⁶⁶ F. GÉNY, note sous CA Bourges 13 juillet 1943, *JCP*, 1944, II, p. 2543.

⁶⁷ A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *op. cit.*, p. 407, n° 657.

⁵⁹ G. JIOGUE, *ibid.*

⁶⁰ A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *op. cit.*, p. 406, n° 656.

⁶¹ G. JIOGUE, *ibid.*

de livraison qui pèse sur le vendeur⁶⁸. Cette obligation « *prend une importance particulière dans le cas de ventes portant sur de grandes quantités de marchandises dont le stockage et la garde peuvent être source de grandes difficultés pour le vendeur* »⁶⁹.

Il est classiquement admis que le retraitement constitue « *un acte matériel au service de la délivrance* »⁷⁰. L'opération de retraitement ne se limite donc pas à la seule acquisition d'un pouvoir sur le bien. Elle doit comporter une série de différents actes traduisant un véritable devoir de coopération de l'acheteur⁷¹. Celui-ci doit déployer une certaine activité et ne peut rester purement passif lors de la réalisation de la livraison.

En tant que complément nécessaire de l'obligation de livraison envisagée comme la mise à disposition de la chose⁷², « *l'obligation de retraitement commence donc, pour l'acheteur, très exactement là où cesse, pour le vendeur, l'obligation de*

délivrance »⁷³. Dès que le vendeur la met à la disposition de l'acheteur, celui-ci doit venir enlever la chose⁷⁴. L'enlèvement permet le dénouement du rapport juridique créé⁷⁵. En tout état de cause, les obligations de livraison et de retraitement s'exécutent de façon concomitante selon les modalités contractuelles⁷⁶. Le retraitement prend alors les traits d'une obligation positive en vue de ne pas paralyser la réalisation de la livraison.

Ainsi, l'application stricte de l'article 275 AUDCG empêcherait systématiquement, en cas d'inertie de l'acheteur, le transfert de propriété des marchandises vendues. Toutefois, une lecture plus approfondie de la méthode du législateur laisse croire que, dans l'hypothèse d'une inertie de l'acheteur, le moment du transfert de propriété pourrait être autrement déterminé.

⁶⁸ J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats. La vente*, Paris, LGDJ, 1990, p. 1103, n° 1097.

⁶⁹ *Id.*, p. 1104.

⁷⁰ L. MAUGER-VIELPEAU, J.-Cl. *Contrats – Distribution*, fasc. 370, *Retraitement*, n° 5 et s.

⁷¹ Ce principe est fréquemment rattaché à l'exigence de bonne foi contractuelle ; en ce sens, A. BENABENT, « Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'association H. CAPITANT*, tome XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 291 et s. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. COUTURIER, Paris, LGDJ, 1989, n° 91 et s. ; « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, I, 3318. La jurisprudence insiste d'ailleurs particulièrement sur l'obligation de coopération, V° par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 281 ; Cass. com. 20 Octobre 1998, *Bull. civ. IV*, n° 244.

⁷² J. Le BOURG, *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, thèse, Université de Grenoble, 2010, p. 158.

⁷³ Adde, J. GHESTIN et B. DESCHÉ qui estiment que le retraitement est le « *corollaire* » de l'obligation de délivrance (*Traité des contrats, La vente, op. cit.*, n° 1097) ; Selon L. MAUGER-VIELPEAU, il existe un « *lien indéfectible* » entre retraitement et délivrance (*op. cit.*, n° 1).

⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, *Bull. civ.*, I, n° 272 ; *D.*, 2002, p. 997, note G. PIGNARRE ; *RTD. com.*, 2001, p. 208, obs. B. BOULOC.

⁷⁵ C. GIVERDON, « Obligations fondamentales de l'acheteur », in *La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial*, J. HAMEL (dir.), Paris, Dalloz, 1951, p. 241, n° 43. Selon l'auteur, « *il faut que l'acheteur, une fois la vente parfaite, débarrasse le vendeur des marchandises qu'il a achetées. Il est nécessaire que les rapports juridiques nés du contrat se dénouent matériellement, le retraitement constitue précisément le dénouement matériel* ».

⁷⁶ H. L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçon de droit civil, tome 3, 2^{ème} volume*, Montchrestien, 1980, n° 1023 ; Cass. req., 8 mars 1909, *S.*, 1911, I, p. 579.

2. L'admission implicite d'une diversité de solutions légales

En dépit de la solution exclusive tirée de l'interprétation de l'article 275 AUDCG, la législation issue de l'Ohada offre un autre critère de définition du moment du transfert de propriété des marchandises vendues.

Elle permet, en cas d'inertie de l'acheteur, de coïncider le moment du transfert de propriété avec la mise à disposition des marchandises. L'idée consiste à considérer que la propriété des marchandises est transférée à l'acheteur inerte dès qu'elles ont été mises à sa disposition conformément aux clauses contractuelles ou aux obligations légales.

Cette solution semble confirmée par l'article 271 AUDCG. Il dispose : « lorsque [...] l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises [...], le vendeur, s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, est fondé à les retenir jusqu'à leur complet paiement »⁷⁷. Mais il « doit cependant prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour assurer la conservation des marchandises et l'acheteur doit lui en rembourser les frais »⁷⁸. On sait qu'aussi bien le droit de rétention que l'obligation de conservation, au sens où ils sont entendus par l'AUDCG, ne peuvent s'exercer qu'autant que le vendeur n'a plus la qualité de propriétaire,

mais de simple possesseur pour le compte de l'acheteur⁷⁹.

S'il peut exercer en cas de retard dans la prise de livraison un droit de rétention ou être astreint à une obligation de conservation, il est juste de considérer que le vendeur a transmis la propriété des marchandises en dépit de l'inertie de l'acheteur. Mieux, l'époque de ce transfert devra logiquement être fixée au moment de la mise à disposition des marchandises selon les obligations légales et contractuelles. C'est précisément à ce moment que le vendeur a rempli ses engagements vis-à-vis de l'acheteur.

Les juges ont d'ailleurs conclu qu'en l'absence de convention particulière, l'acheteur qui n'a pas pris livraison ne peut, en aucun cas, poursuivre le vendeur pour défaut de livraison⁸⁰. Cela suppose que la prise de livraison est réputée réalisée dès lors que la mise à disposition est effectuée conformément aux stipulations contractuelles. Il faut alors admettre que l'acheteur qui tarde à prendre livraison des marchandises alors que celles-ci sont mises à disposition et cela quel qu'en soit le motif, hormis le cas de force majeure, devient propriétaire à l'expiration du délai fixé pour la prise de livraison.

Cette logique est même renforcée par la possibilité réservée au vendeur d'adresser une mise en demeure à l'acheteur de prendre livraison des marchandises. Une mise en demeure, c'est une « *somation*

⁷⁷ Al. 1.

⁷⁸ Al. 2.

⁷⁹ A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *Ohada, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 437.

⁸⁰ TGI Mfoundi, jugement n° 246 du 4 mars 2002 : Ohadata. J-04-216.

solennelle d'accomplir un acte ou d'exécuter une prestation, faute de quoi il y aura lieu de tirer les conséquences légales de cette inexécution »⁸¹. Elle consiste en « *une objurgation solennelle adressée au débiteur d'exécuter, manifestant la volonté du créancier de refuser d'attendre longtemps* »⁸².

La solution du transfert de propriété à compter de la mise à disposition est compréhensible. L'inexécution consécutive à l'inertie ne matérialise pas une volonté de rejet des marchandises. Si telles avaient été ses intentions, il n'aurait pas été inerte. Il aurait, au contraire, procédé à un laissé pour compte⁸³ « *qui conduit l'acheteur, en cas de non-conformité avérée, à refuser la marchandise ou à la restituer au vendeur. Cette pratique [...] permet ainsi à l'acheteur de faire pression sur le vendeur en laissant planer une menace sur le contrat* »⁸⁴. Au contraire, l'inertie est essentiellement caractérisée par le défaut d'une volonté extérieurement exprimée⁸⁵.

⁸¹ E. T. TAMEKO, « Le retard dans la livraison de marchandise par le vendeur en droit Ohada », *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage*, n° 12, septembre 2015, p. 34.

⁸² Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Défrenois, 2011, p. 523.

⁸³ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, Paris I, 2004, n° 189, cité par F. K. DECKON, préc., p. 209.

⁸⁴ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011, n° 241, cité par F. K. DECKON, *ibid.*

⁸⁵ Lire à ce sujet J. MOURGEON, « De la paresse », in *Mélanges offerts à P. MONTANE de la ROQUE*, tome 2, Toulouse, Presse de l'IEP, 1986, p. 1029 et spéc. p. 1035, n° 11 ; selon cet auteur, « *la passivité qui accompagne l'inertie résulte, par hypothèse, d'une absence de possibilité de décision. On ne peut la confondre avec une passivité voulue comme celle qu'entraîne la*

La mise en demeure servirait donc à le rappeler à l'exécution de son obligation. C'est du moins la logique du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace de l'Ohada qui prescrit que, « *[...] le créancier peut, [...], de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, [...]* »⁸⁶.

La mise en demeure n'apparaît que comme une condition à la fois nécessaire et suffisante⁸⁷. Elle permet de constater l'absence de refus de prendre livraison des marchandises. Elle fournit la preuve de la gravité⁸⁸ du défaut de prise de livraison. Elle ouvre au vendeur, l'opportunité de mettre en œuvre son droit d'imposer la prise de livraison qui « *ne vise ni plus ni moins que la mise en œuvre des prévisions contractuelles* »⁸⁹.

Globalement, il semble que le législateur de l'Ohada, n'ait pas, contrairement aux apparences, fixé un mode exclusif de transfert de propriété. A côté de l'option explicite d'un régime matériel, apparaît un régime implicite et concomitant. Au surplus, que ce soit le régime explicite ou le régime implicite, l'impasse relative à la détermination du moment du transfert de

désobéissance civile » ; mieux, selon B. TRANIER-LAGARRIGUE, « *l'inertie serait une passivité involontaire ne dépendant nullement d'un choix* » (*op. cit.*, p. 21 et s.) ; plus encore, elle s'identifie selon P. HAJ-CHACHINE à « *une inaction injustifiée, sans mobile et sans motivation* », (*L'acte de tolérance en droit civil, Contribution à l'étude des actes dans le droit des biens et à la théorie de la volonté modératrice de droit*, thèse, Paris II, 1992, n° 500 et s.).

⁸⁶ Art 196 al. 3.

⁸⁷ D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2477, n° 8.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2016, n° 291.

propriété des marchandises vendues a une portée indiscutable.

B. La portée de l'impasse

Exposant excessivement le vendeur à l'exécution fantaisiste du contrat par l'acheteur, la solution exclusive du transfert matériel de propriété n'est pas, en cas d'inertie de l'acheteur, judicieuse. Elle est donc radicale (1).

Par ailleurs, la diversité de solutions décelées dans la technique du législateur ne facilite pas, non plus, la tâche. Elle conduit à une contradiction dans le système de droit de l'Ohada (2).

1. La radicalité de la solution légale exclusive

A défaut de prise matérielle de livraison, précise l'article 275 AUDCG, il ne saurait avoir transfert de propriété⁹⁰. L'inertie de l'acheteur impliquant ce défaut matériel de prise de livraison, la propriété reste à la charge du vendeur.

Cette option ne manque pas de pertinence. Elle est justifiée dans la mesure où un transfert *solo consensu* ou immatériel⁹¹ de

⁹⁰ Il y a dans cette solution, une extension de la solution de l'article 275 AUDCG à toutes les circonstances dans lesquelles il faut rechercher le moment du transfert de propriété.

⁹¹ Cette modalité de transfert provient des termes très nets de l'article 1583 C. civ. selon lequel : « [...] la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoi que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Elle est aussi dite règle de transfert immatériel ou principe du transfert de propriété par le seul échange des consentements.

la propriété expose l'acheteur à « *devoir supporter les risques de perte et de détérioration de la chose vendue [...] alors même que cette chose ne lui ayant pas été livrée* »⁹². Appréhendé comme un effet légal de la vente et non plus réellement une obligation du vendeur⁹³, le régime de transfert *solo consensu* a été bien décrié et soulève du scepticisme quant à ses intérêts⁹⁴. A juste titre, le législateur de l'Ohada s'en est écarté car, les règles légales qui transfèrent immédiatement la propriété et les risques sont souvent défavorables à l'acheteur. Au nom de la quête d'un équilibre contractuel, il n'est pas bon de faire peser, beaucoup plus qu'il n'en faut, les risques des marchandises vendues sur la seule tête de l'acheteur. Cela va de soi.

Néanmoins, il est tout aussi justifié que le vendeur ne doit pas être exagérément obligé de subir la charge des risques des marchandises vendues alors même qu'il aurait accompli son obligation de livraison. En clair, l'exécution d'une obligation contractuelle libère définitivement son débiteur. Or en cas d'inertie de l'acheteur, l'exécution de l'obligation de livraison ne libère pas le vendeur s'il faut appliquer le mode exclusif de transfert de propriété. Dans l'hypothèse où les marchandises périssent faute de leur retraitement par l'acheteur, c'est encore au vendeur de subir les conséquences de la détérioration. La prise de livraison n'ayant pas abouti, ni la

⁹² J. GHESTIN et B. DESCHE, *op. cit.*, n° 526, p. 590.

⁹³ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 112 ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer de la propriété dans la vente », *RTD. civ.*, 1988, p. 673 et s.

⁹⁴ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *ibid.*

propriété, ni les risques n'ont été transférés.

Cette solution révèle une contradiction flagrante entre le besoin de sécurité contractuelle et les méthodes de sa mise en œuvre concrète. Au lieu d'une répartition équitable de la charge des risques des marchandises, le vendeur se retrouve systématiquement seul à la porter. Dans le même temps, l'inertie de l'acheteur ne semble produire aucun effet à son égard. Tout se passe comme si le principe de la force obligatoire du contrat⁹⁵ ne s'imposait qu'en cas d'inexécution de l'obligation de livraison. Elle n'aurait aucune incidence sur l'inexécution de celle de prise de livraison.

La solution est par ailleurs extrêmement radicale car, le contrat de vente est synallagmatique. Dans ce type de contrat, les obligations des parties sont réciproques et interdépendantes. Autrement, on sombrerait dans un déséquilibre extrêmement préjudiciable qui organiserait une certaine impunité au profit de l'acheteur.

L'inexécution du contrat ne pouvant profiter impunément à son auteur au détriment de la victime, le régime exclusif de transfert matériel de propriété prescrit par le législateur de l'Ohada est injuste. Il ne paraît pas indiquer pour encadrer les conséquences de l'inertie de l'acheteur. Mais la pluralité des régimes de transfert de propriété implicitement déduits de la technique du législateur ne manque pas d'exposer, elle non plus, sa contradiction.

⁹⁵ C'est le principe posé par l'art. 1134 C. civ. applicable dans certains Etats parties à l'Ohada.

2. La contradiction des solutions légales diversifiées

La première contradiction relevée vient de la lecture croisée et combinée des dispositions de l'AUDCG. Cette lecture conduit, dans un contexte d'inertie de l'acheteur, à deux approches du moment du transfert de propriété des marchandises.

D'un côté, la prise de livraison constitue la solution du droit commun. Elle marque le moment du transfert de propriété. Tant que cette prise de livraison n'a pas eu lieu, le vendeur garderait, à son corps défendant, la propriété des marchandises.

De l'autre, cette possibilité semble contredite par les dispositions de l'article 271 AUDCG. Elles prescrivent un droit de rétention et une obligation de conservation des marchandises qui n'opèrent que si le vendeur a, tout au plus, la qualité de simple possesseur pour le compte de l'acheteur.

Il s'ensuit un environnement concurrentiel entre deux solutions susceptibles d'application simultanée ou concomitante. L'interprétation des textes des articles 271 et 275 AUDCG semble alors conduire à une impasse. Aucune des deux approches ne paraît avoir préséance sur l'autre. Se cramponner au régime de transfert à la prise de livraison, c'est méconnaître les exigences selon lesquelles chacune des parties doit être « *à même de veiller à la préservation de ses intérêts* »⁹⁶. S'en tenir, au contraire, au régime de transfert à la

⁹⁶ Ohada, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 343.

mise à disposition, c'est ignorer les exigences de l'article 275 AUDCG. Cette contradiction législative flagrante induit pour effet que les deux approches s'annulent l'une par rapport à l'autre.

La seconde contradiction est liée à la mise en œuvre de la force obligatoire du contrat de vente, de l'obligation de bonne foi⁹⁷ et d'équité des articles 1134 et 1135 du Code civil⁹⁸. En effet, la solution du transfert à la mise à disposition permet la réalisation de la force obligatoire du contrat et des principes de bonne foi puis d'équité, les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites. En revanche, la solution du transfert à la prise de livraison ne favorise pas l'observance de ces principes, en cas d'inertie de l'acheteur. Elle engendre plutôt une certaine impunité au profit de l'acheteur et, par conséquent, une contradiction entre l'objectif d'un équilibre dans l'exécution des obligations du contrat de vente commerciale qui engendre des obligations dans le chef de chacune des parties⁹⁹.

Du reste, se dégage de l'approche dite « pragmatique »¹⁰⁰ du législateur de l'Ohada, différentes solutions relatives au moment du transfert de propriété mais qui font le lit des contradictions dans l'application des principes consacrés.

A titre de synthèse, il importe de retenir que, face à l'inertie de l'acheteur, les

⁹⁷ L'art. 237 AUDCG a également prévu cette obligation.

⁹⁸ Il s'agit du Code civil français rendu et demeuré applicable dans la plupart des Etats parties à l'Ohada.

⁹⁹ A. P. SANTOS et J. Y. TOE, *op. cit.*, p. 389.

¹⁰⁰ Ohada, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 353.

solutions légales de définition du moment du transfert de propriété révèlent soit une extrême radicalité, soit des contradictions fonctionnelles. Pour corriger ces dysfonctionnements, le recours à une solution alternative de transfert de propriété serait salutaire.

II. La nécessité d'un régime alternatif de transfert de propriété en cas d'inertie de l'acheteur

Dès lors que l'acheteur manque à son obligation de prise de livraison des marchandises vendues, les solutions légales ne favorisent pas le dénouement de la difficulté relative au transfert de propriété. La recherche d'une solution réaliste est alors une quête logique. Pour être utile, cette solution devra être parfaitement capable d'amortir le choc juridique occasionné par cette situation d'inertie.

De la démarche du législateur, se dégage la solution utile d'un régime alternatif¹⁰¹ de transfert de propriété. Pour s'assurer de la capacité de ce régime à corriger le hiatus occasionné par l'inertie de l'acheteur, il faut en démontrer la pertinence à partir de ses justificatifs (A) et critères d'application (B).

¹⁰¹ On peut emprunter au droit international privé, sa technique du rattachement alternatif. Les règles qui gouvernent la vente commerciale organisée par la législation issue de l'Ohada étant des règles de droit international privé, ladite technique y trouverait aisément sa place pour encadrer le régime du transfert de propriété. Sur le rattachement alternatif ; Cf. M. JORGE, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1998.

*partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls [...]*¹⁰³.

A. Les justificatifs du régime alternatif

Les solutions légales de transfert de propriété ont étalé leur incohérence face à l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises vendues. Et, sachant que « *la vente commerciale est un des instruments essentiels de la vie et donc de la prospérité des économies* »¹⁰², la solution d'un régime alternatif de transfert est, sans doute, celle la plus adaptée à la situation.

On perçoit d'ailleurs clairement les justificatifs de cette solution à travers la faveur du législateur de l'Ohada au maintien du contrat de vente (1) et à l'exigence de solidarisme contractuel (2).

1. La faveur au maintien du contrat

Dans les articles 285 et suivants AUDCG, sont consignées les solutions particulières à l'inexécution de l'obligation de paiement du prix. A l'opposé, le législateur n'a pas senti la nécessité de spécifier les sanctions de l'inexécution de l'obligation de prise de livraison. Il les a simplement rassemblées dans le cadre général de l'article 281 AUDCG.

Le texte dispose : « *toute partie à un contrat de vente commerciale est fondée à en demander au juge compétent la rupture pour inexécution totale ou partielle des obligations de l'autre partie.*

Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre

Apparemment, la sanction de l'inexécution des obligations autres que le paiement du prix est, ni plus ni moins, la résolution du contrat. Celle-ci peut être prononcée en justice ou même intervenir de façon unilatérale.

A première vue, la question semble tranchée ! L'inexécution de l'obligation de prise de livraison est inévitablement frappée de la résolution du contrat. En réalité, il n'en serait ainsi que si le législateur en restait là. Au contraire, celui-ci a prescrit certaines règles qui tendent à ralentir autant que possible la survenance de la résolution du contrat.

L'alinéa 3 de l'article 281 AUDCG confirme cette tendance. Il précise : « *quelle que soit la gravité du comportement, la partie qui l'invoque peut être tenue de respecter un préavis avant de notifier à l'autre partie sa décision unilatérale. Faute de préavis suffisant, l'auteur de la rupture engage sa responsabilité même si la juridiction admet le bien-fondé de la rupture* ». L'exigence du préavis est clairement un ralentisseur à l'aboutissement immédiat de la résolution du contrat. C'est une préférence affirmée au maintien de l'exécution du contrat.

Au demeurant, « *dès lors qu'il n'exerce ni violence ni voie de fait, chacun doit être encouragé à réaliser son droit* »¹⁰⁴. Cela justifie que face à la défaillance de l'acheteur, le vendeur trouve des remèdes

¹⁰³ Al. 1 et 2.

¹⁰⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, Paris, PUF, 2000, p. 346, n° 190.

¹⁰² E. T. TAMEKO, *op. cit.*, p. 37.

utiles au déséquilibre causé à ses intérêts. La faveur au maintien du contrat, en cas d'inertie de l'acheteur, se justifie par ailleurs à un double titre.

D'abord, en raison de la gravité du comportement de l'acheteur¹⁰⁵. L'inertie, on l'a fait observer¹⁰⁶, n'exprime ni un laissé pour compte, ni un refus de prendre livraison. La volonté de l'acheteur de refuser les marchandises n'ayant jamais été clairement matérialisée, l'inertie n'apparaît pas comme un obstacle dirimant à l'exécution contrat. Même le défaut de paiement du prix au terme convenu, faute suffisamment grave, n'entraîne pas la résolution de plein droit du contrat¹⁰⁷. Cette sanction de résolution paraît donc illogique pour une inexécution de moindre intensité telle que l'inertie de l'acheteur¹⁰⁸. Ensuite, entrevoir la résolution comme sanction à l'inertie de l'acheteur, c'est s'écarter de la philosophie du renforcement du maintien du contrat propre au législateur de l'Ohada¹⁰⁹. Bien évidemment, sous l'empire du droit des obligations issu du Code civil¹¹⁰, toute

inexécution était observée comme la marque de la « *mauvaise volonté du débiteur* »¹¹¹. Et, animé du souci de briser la mauvaise foi du débiteur¹¹², les mécanismes aménagés au profit du créancier étaient fortement teintés d'un élan sanctionnateur¹¹³.

De plus en plus, cette approche de l'inexécution du contrat est fortement nuancée. La doctrine soutient plutôt que, « *si les parties sont, aujourd'hui, de plus en plus conscientes des cahots qui pourront secouer leurs relations, le souci de leur origine s'atténue, transformant sensiblement la réplique à de telles perturbations* »¹¹⁴. Dans cette approche de contrat-relation, l'inexécution des prestations ne peut être, *ipso facto*, considérée comme la fin du lien contractuel. Elle n'est pas un changement du contenu du contrat, mais exclusivement le défaut du respect de l'équilibre du contrat par le débiteur¹¹⁵.

Le souci de préserver le contrat de tout instinct de sa résolution est si manifeste chez le législateur de l'Ohada qu'il a été matérialisé dans le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace de l'Ohada¹¹⁶. Il y est prescrit la

¹⁰⁵ Pour une étude détaillée de la notion de gravité du comportement, lire P. N. KANTE, « Notion de gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale dans le nouveau droit de l'Ohada », in *Encyclopédie du droit Ohada, op. cit.*, pp. 1224-1243.

¹⁰⁶ Supra, introduction.

¹⁰⁷ Art. 285 AUDCG.

¹⁰⁸ On comprendrait sans nul doute la justesse de la résolution de la vente si la volonté de ne pas prendre livraison était manifeste. Dans ce cas, la solution permettrait d'éviter que le vendeur ne reste encombré, contre son gré, d'une marchandise acceptée par l'acheteur mais qui continue d'être entièrement sa propriété.

¹⁰⁹ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Le *favor contractus* et le droit Ohada », *Revue Togolaise de Sciences Juridiques*, n° 0003, juillet-décembre 2012, pp. 51 et s.

¹¹⁰ Il s'agit du Code civil applicable dans certains Etats membre de l'Ohada.

¹¹¹ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Le *favor contractus* et le droit Ohada », *ibid.*

¹¹² J.-M. MOUSSERON, « Responsable mais pas coupable », in *La gestion des risques d'inexécution du contrat, Mélanges C. MOULY*, Paris, Litec 1998, p. 142, n° 2.

¹¹³ C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 103.

¹¹⁴ J.-M. MOUSSERON, *Id.*, n° 3.

¹¹⁵ L. FIN-LAGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002, p.183.

¹¹⁶ In, J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO, *Ohada : Fondation pour le droit continental*, www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-

possibilité pour le débiteur défaillant d'« offrir de prendre toute mesure appropriée aux circonstances et destinée à corriger l'inexécution »¹¹⁷. Cette proposition prouve la consécration du droit de "corriger" l'inexécution dans le but d'éviter la résolution du contrat.

La vente commerciale étant un « *habitus juridique qui sert une finalité économique* »¹¹⁸, « *entre commerçants, il est de l'intérêt de chacun et de l'intérêt de tous que les marchés trouvent leur solution normale* »¹¹⁹. C'est pourquoi, même en cas d'inertie de l'acheteur à la prise de livraison, « *la vente commerciale doit être maintenue tant que l'opération économique qu'elle soutient est encore viable et utile* »¹²⁰. Par voie de conséquence, il faut rattacher, à cette occasion, le moment du transfert de propriété soit à celui de la mise à disposition ou à celui de la mise en demeure adressée à l'acheteur de prendre livraison. Cette option permet d'assurer le maintien de l'équilibre sécuritaire du contrat car, le droit du vendeur pourra se traduire « *non seulement par le pouvoir qui lui appartient de choisir à titre de sanction, l'exécution forcée, mais encore celui de l'imposer* »¹²¹ à l'acheteur en

raison de l'exigence de solidarisme contractuel.

2. L'exigence de solidarisme contractuel

Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices¹²². L'article 269 AUDCG précise que le vendeur doit accomplir « *les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison [...]* ». Il doit apporter tout son concours à la réussite de la livraison. Il y a indiscutablement dans cette disposition une exigence de solidarisme qui impose à l'acheteur les actes de coopération qu'on peut raisonnablement attendre de lui. Plus encore, l'article 237 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* ». Cette disposition confirme le devoir de coopération dans l'exécution du contrat de vente.

Aussi, « *Les parties doivent-elles s'entraider [...] dans l'exécution du contrat, chacune prenant en compte les intérêts légitimes de l'autre* »¹²³. Et, « *au-delà de la simple obligation (passive) de ne pas la rendre difficile ou impossible par le*

content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-Ohada-texte-final-150603.pdf, Consulté le 08 novembre 2017 à 8h 30 GMT.

¹¹⁷ Art. 200 al. 1 du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace de l'Ohada.

¹¹⁸ E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *Penant*, n° 850, 2005, doctr., p. 101.

¹¹⁹ J.-P. Le GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *RTD. com.*, 1963, p. 263.

¹²⁰ E. T. TAMEKO, préc., p. 40.

¹²¹ D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 5.

¹²² Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 447 et s. ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 603 et s..

¹²³ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation », www.lexinter.net/JF/solidarisme_contractuel.htm, consulté le 10 décembre 2017 à 08 h GMT.

cocontractant, il pèse sur chacun une obligation (positive) de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat »¹²⁴. René DEMOGUE disait d'ailleurs que le contrat est une œuvre de coopération entre individus, « une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »¹²⁵. Le contrat doit être un haut lieu de solidarité, d'amitié voire d'amour fraternel¹²⁶.

Selon René SAVATIER, les « techniques juridiques posent la règle [...] qu'il faut, premièrement, rechercher l'exécution directe des obligations contractuelles. Elles veulent, qu'avant de lui substituer une exécution indirecte, l'effort tende à faire respecter littéralement la loi du contrat »¹²⁷. L'intérêt de dissocier, en cas d'inertie de l'acheteur, le transfert de propriété de la prise de livraison des marchandises réside alors dans « l'esprit de collaboration qui doit exister lors de l'exécution du contrat »¹²⁸. La possibilité d'imposer la prise de livraison à l'acheteur¹²⁹, « donne à la créance [du

vendeur] son utilité finale »¹³⁰ (sic). Cela justifie que la propriété puisse être transmise si l'inertie de l'acheteur nuit à l'atteinte de cette utilité finale du contrat.

La possibilité de « poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation [de prise de livraison] »¹³¹ (sic) est « le moyen le plus satisfaisant pour le créancier [le vendeur en l'occurrence] qui obtiendra alors exactement ce à quoi il s'attendait, même si ce sera souvent avec retard »¹³². Sans aucun doute, « l'exécution forcée du contrat permet ainsi de donner toute sa force au principe du respect de la parole donnée et donc à la force obligatoire du contrat »¹³³.

La solution du transfert de propriété en l'absence de la prise de livraison est opportune. Elle donne toute leur force aux obligations contractuellement consenties et atténue la radicalité d'un régime de transfert matériel. On ne comprendrait pas que le législateur de l'Ohada ait préféré autre chose, étant entendu que cette solution a « surtout le grand mérite de faire obstacle à la théorie de l'"efficient breach of contract" qui incite les parties à ne pas respecter leur parole lorsqu'elles peuvent finalement obtenir un plus grand profit ailleurs »¹³⁴.

Pour éviter tout déséquilibre sécuritaire du droit de l'Ohada au détriment du vendeur,

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Arthur Rousseau, 1931, p. 9.

¹²⁶ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1998, n° 55 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.* 1997, p. 376.

¹²⁷ R. SAVATIER, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles », Rapport de synthèse présenté aux journées 1964 de l'association H. CAPITANT des amis de la culture juridique française, *RIDC*, 1964, vol. 16, n° 4, p. 718.

¹²⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, Paris, PUF, 2014, n° 173.

¹²⁹ Aux termes de l'article 1184 C. civ., « [...] La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible [...] »

¹³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, op. cit., n° 365.

¹³¹ Il s'agit là du nouvel article 1217 C. civ. français issu de la réforme de 2016 ; JORF, 11 février 2016.

¹³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, tome 1, Paris, PUF, 2016, p. 725, n° 677.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Id., p. 731.

la solution du régime alternatif, dont il convient de fixer les critères, est judicieuse.

B. Les critères du régime alternatif

Afin de contourner le problème de justice contractuelle¹³⁵ auquel expose l'inertie de l'acheteur, il a été mis en relief, ci-dessus,

¹³⁵ Pour une étude plus étendue sur "la notion de justice contractuelle", lire : J. M. TAWALI, *Essai sur la justice contractuelle Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, thèse, Université Laval, 2015 ; J.- P. CHAZAL, « Justice contractuelle », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 743-747 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1 du Code civil », *RTD. civ.*, 2001, p. 265 ; J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP*, 1998, I, p. 152 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, tome 4, op. cit.*, n° 20 à 22, n° 78 à 81 et n° 114 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.*, 1997, p. 357 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1993, n° 252 et s. ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ. 2001, p. 441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, PUF/Dalloz/Ed. Juris-Classeur, 1999, p. 617 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, réimpression 1994, n°1 à 21, n° 22, n° 40, n° 61 à 88 ; Voy aussi : *Le juge et l'exécution du contrat*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, PUAM, 1993 ; *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Actes du colloque de Chambéry, *Droit & Patrimoine*, 1998, pp. 41 et s, n° 58 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, tome 1*, Paris, A. Colin, 2002, n° 94 à 120 ; Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *Le Dalloz*, 2002, chron., p. 901 ; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat », Rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 27 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1998, n° 55.

la faveur du législateur à un régime alternatif de transfert de propriété.

Pour une application harmonieuse de ce régime alternatif de transfert de propriété, la technique du législateur autorise deux sortes de critères : la nature des marchandises (1) ou les usages et pratiques commerciaux (2).

1. La nature des marchandises vendues

Le terme marchandise désigne les « meubles corporels faisant l'objet d'un contrat commercial »¹³⁶. Cette approche est en harmonie avec celle retenue par le législateur de l'Ohada¹³⁷. Il a même été jugé que doivent exclusivement être considérés comme marchandises, « les objets mobiliers corporels qui forment, de manière typique, l'objet d'un contrat de vente »¹³⁸.

Au-delà de sa définition juridique, la marchandise peut être un critère objectif de mise en œuvre d'un régime alternatif de transfert de propriété. Aussi, les juges ont-ils observé dans la marchandise, un facteur

¹³⁶ *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 642 ; Voy. Aussi A. P. SANTOS et T. Y. TOE, op. cit., p. 395 ; D.C. SOSSA, « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de propriété », *RSBJA*, n° 16, 2006, p. 12.

¹³⁷ Aux termes de l'art. 234 AUDCG, « Les dispositions du présent livre s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants [...] ».

¹³⁸ OLG KÖLM, 26 août 1994, *R.I.W.*, 1994, p. 970 et s., cité par C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, 1995, p. 32 ; pour une littérature sur la notion de marchandise, lire E. C. MONTCHO AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé*, thèse, Université d'Abomey-Calavi, 2009, pp. 167-168.

pouvant influencer notamment le caractère impératif des stipulations du contrat. Ainsi, il a été jugé que « *lorsque l'importateur d'une marchandise ne reçoit les documents permettant l'enlèvement de la marchandise que dix-sept (17) jours après l'arrivée du navire transporteur, il serait en droit de refuser la marchandise lorsqu'en l'espèce, la commande revêtait une urgence en raison de la nature de la marchandise et des circonstances de son commerce* »¹³⁹. En général, ce délai est plus court pour les biens périssables que pour les biens d'équipement¹⁴⁰. Très souvent, il est précisé au contrat ou défini en fonction des usages dans la branche d'activité. Comme l'a remarqué Eric MONTCHO AGBASSA¹⁴¹, la nature de la marchandise est sans aucun doute un élément important d'appréciation du délai raisonnable par exemple.

Corrélativement, il faut admettre que l'acheteur qui manque de prendre livraison d'une marchandise extrêmement périssable, alors que celle-ci est mise à disposition conformément aux obligations légales et contractuelles, en devient propriétaire à l'expiration du délai imparti pour la prise de livraison. Autrement, « *le vendeur serait à la merci de l'acheteur et cela ruinerait l'économie du principe du*

transfert de propriété fixé au moment de la prise de livraison »¹⁴².

Cette solution est confortée par la possibilité offerte au vendeur, en vertu de l'article 286 AUDGC, d'impartir un délai supplémentaire pour retirer les marchandises. Le vendeur ne pourrait offrir un délai supplémentaire que dans la mesure où la nature de la marchandise l'autorise. Par exemple, il n'est pas du tout imaginable que celui-ci accorde un délai complémentaire qui ait pour implication de différer le moment du transfert de propriété d'une marchandise spécialement fabriquée pour le compte exclusif de l'acheteur ou d'une marchandise occasionnant des contraintes supplémentaires.

Mieux, une technique en droit commun permet le glissement du moment de transfert de propriété en fonction de la nature des choses vendues¹⁴³. Or, l'AUDCG autorise l'application du droit commun¹⁴⁴. Le prétexte de cette autorisation justifie la possibilité d'avancer, en raison de la nature de la marchandise, le moment du transfert de propriété. Partant, lorsque l'inertie de l'acheteur intervient à propos de marchandises extrêmement périssables, la solution du régime alternatif de transfert devra être appliquée. L'application de ce régime est également pertinente lorsque les marchandises sont fabriquées pour le compte exclusif de l'acheteur ou lorsqu'elles occasionnent des contraintes supplémentaires pour le vendeur.

¹³⁹ CA Dakar, n° 73 du 19 mars 1971, Ets Maille Moderne (inédit) ; voir aussi Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1977, pourvoi n° 76-10.345, Sté BMW Zola-Auto c/ Varlan (inédit) ; en l'espèce, il a été déclaré tardive, car proposée hors du délai raisonnable, la livraison d'une voiture sept (07) mois après la vente.

¹⁴⁰ A. P. SANTOS et T. Y. TOE, *op. cit.*, p. 391 ; H. VAN HOUTTE et P. WAUTELET, « Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM », *RDAI/BLJ*, n° 3/4, 2001, p. 330, n° 40.

¹⁴¹ Thèse, préc., p. 168.

¹⁴² A. P. SANTOS et T. Y. TOE, *op. cit.*, p. 393.

¹⁴³ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, pp. 114-115, n° 134 et 135.

¹⁴⁴ Art. 237 AUDCG.

Au reste, la règle selon laquelle le transfert de propriété s'opère à la prise de livraison n'est donc pas d'ordre public. De ce fait, on peut considérer que le législateur admet le recours aux usages car, « *les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus* »¹⁴⁵.

2. Les usages et pratiques commerciaux

« *Mercatorum stilus et consuetudo praevalere debent jure communi* »¹⁴⁶. Par ce remarquable propos, Josephi Laurentii Mariae de CASAREGIS¹⁴⁷ énonçait déjà l'importance des usages dans les milieux commerciaux. Cette importance des usages et pratiques en matière commerciale s'est aussi traduite dans les prescriptions du législateur de l'Ohada. Aux termes de l'article 239 AUDCG alinéa 1^{er}, « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales [...]* ».

Les usages et pratiques sont des règles coutumières du droit des affaires. Ils naissent de la pratique répétée des professionnels¹⁴⁸. Ils constituent une réalité dynamique qui évolue entre le contrat et la règle objective¹⁴⁹. Ils forment un corps de

règles reconnues sous l'appellation de *lex mercatoria*, des règles « [...] très difficiles à transgresser »¹⁵⁰.

Si les parties se réfèrent expressément à des usages et pratiques pour organiser le transfert de la propriété des marchandises vendues, c'est normal que le transfert ainsi organisé déroge au régime de transfert matériel de propriété institué par le droit de l'Ohada. C'est souvent le cas dans les ventes internationales¹⁵¹, lesquelles peuvent contenir des termes commerciaux internationaux (INCOTERMS). Dans une telle situation, il est justifié que le mode de transfert de propriété prévu par lesdits INCOTERMS – réalités issues de la *lex mercatoria* – l'emporte en cas d'inertie de l'acheteur.

Dans le silence du contrat, les parties sont censées avoir accepté les usages et pratiques et s'y être référées. Par conséquent, si l'inertie de l'acheteur survient dans un contexte où la nature du contrat et la branche d'activité concernée permettaient la mise en œuvre d'un régime particulier, celui-ci devra avoir vocation à s'appliquer en dépit des prescriptions légales. En effet, l'alinéa 2 de l'article 239 AUDCG dispose : « *Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée* ».

¹⁴⁵ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁶ Traduction en français : « *Les clauses et les coutumes des marchands doivent prévaloir sur le droit commun* ».

¹⁴⁷ Cité par C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial, tome I*, Paris, LGDJ, 1921, n° 82 bis.

¹⁴⁸ J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, Paris, LGDJ, 2002, p. 31, n° 47.

¹⁴⁹ M. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial? », *RTD. Com.*, 1959, p. 345, n° 15.

¹⁵⁰ Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p. 39.

¹⁵¹ Art. 234 al. 2 AUDCG.

Les usages et pratiques sont d'autant obligatoires que, dans l'hypothèse d'une inertie de l'acheteur, le juge devra les appliquer¹⁵². Il est de son devoir d'interpréter la volonté ambiguë en se fondant sur les usages et pratiques auxquels les parties avaient coutume de se conformer. Cette opinion est justifiable par le fait que les commerçants sont des professionnels rompus aux affaires qui réalisent des opérations soit sur leur place d'origine, soit dans leur branche d'activité. Ils ne peuvent alors prétendre ignorer l'existence d'usages et pratiques qui auraient pu s'y développer. Ces usages et pratiques s'établissent dans toutes les professions et sur toutes les places de commerce¹⁵³. Ils sont réputés connus de tous les professionnels qui doivent être considérés comme les ayant acceptés. Sinon, ceux-ci les auraient expressément écartés¹⁵⁴.

Le juge sera surtout fondé à se référer à un usage particulier, si, avant la survenance de l'inertie de l'acheteur, certaines habitudes de transfert de propriété se sont installées entre les parties. Dans ces conditions, l'usage régulièrement suivi entre elles déterminera leur intention¹⁵⁵. Cette option existe par exemple dans la tolérance concernant les quantités livrées ou le respect des dates de livraison prévues. Elle existe également à propos de questions plus vastes, telles que la référence à un

ensemble de conditions générales, qui cessent d'être annexées à chaque contrat¹⁵⁶.

D'ailleurs, par un arrêt¹⁵⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a admis la force obligatoire des usages commerciaux. La haute juridiction a, dans sa décision, élevé l'usage commercial au rang d'une règle de droit¹⁵⁸. A l'instar du juge français, l'usage et les pratiques professionnels peuvent, en cas d'inertie de l'acheteur, conduire à situer le moment du transfert de propriété à une période autre que celle de la prise effective de livraison des marchandises vendues.

En fin de compte, l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises ne paralyse pas forcément la réalisation du transfert de propriété tel que peut le laisser croire les dispositions de l'article 275 AUDCG. Le transfert de propriété sera, le cas échéant, réputé acquis à l'acheteur inerte conformément à la nature des marchandises ou aux usages et pratiques commerciaux qui régissaient une relation contractuelle de ce type.

¹⁵² M. PEDAMON, *id.*, p. 350, n° 23.

¹⁵³ S. A. ADJITA, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale Ohada », *Penant*, n° 841, 2002, pp. 518-519.

¹⁵⁴ F. LEYM, « Les usages commerciaux », *Encyclopédie Dalloz droit commercial*, 1974, p. 26, n° 36 ; Com., 9 janvier 1956, *Bull. civ.*, III, n° 17.

¹⁵⁵ S. A. ADJITA, *id.*, p. 519.

¹⁵⁶ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandise, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, 1990, p. 45, n° 49.

¹⁵⁷ Cass. com., 13 mai 2003, SA Châteaux en Bordeaux c/ société d'exploitation Bureau de courtage d'Aquitaine, *JCP entreprise*, 2003, n° 28-29, panorama rapide, n° 1047, p. 1169 ; *Gaz. Pal.*, 2003, n° 211-212, panorama de la Cour de cassation, p. 28.

¹⁵⁸ J-M. BAHANS et M. MENJUCQ, « La reconnaissance d'usage commercial comme règle de droit (à propos du courtage en vins en Bordelais) », *D.*, 2004, pp. 414 et s.

Conclusion

DIDEROT disait que « *l'observation recueille les faits; la réflexion les combine ; l'expérience vérifie le résultat de la combinaison* »¹⁵⁹. Cette méthode a permis, dans le cadre de la présente étude, de comprendre que le législateur de l'Ohada n'a pas été totalement indifférent à l'hypothèse de l'inertie de l'acheteur à la prise de livraison des marchandises vendues. Mais il a, en revanche, manqué une organisation harmonieuse des solutions envisagées pour les incidences d'un tel phénomène sur le moment du transfert de propriété.

En raison de la technique utilisée, l'inertie de l'acheteur ressemble à « *un véritable monstre juridique qui a échappé* »¹⁶⁰ à la vigilance du législateur de l'Ohada. A cet égard, il a été décelé une incohérence dans les prescriptions légales pouvant gouverner l'indication du moment du transfert de propriété en cas d'inertie de l'acheteur. La méthode du législateur laisse subsister une compétition entre des règles à la fois contradictoires et susceptibles d'application concomitante. Partant, ces solutions légales conduisent, au regard de leur présentation formelle, à une impasse.

Toutefois, l'incohérence de la présentation formelle ne doit pas imprimer à la loi « *un dogmatisme hermétique aux réalités qui s'écarteraient de l'objet du droit, de la vie des hommes en société et de l'édiction de*

règles de conduite appropriées »¹⁶¹. Une interprétation par voie de doctrine¹⁶² permet, au contraire, de comprendre que le système de transfert de propriété institué par le droit de l'Ohada n'est pas réfractaire à toute réadaptation de nature à humaniser les prescriptions légales. Ce système engendre plutôt un régime alternatif, flexible et ouvert aux spécificités éventuelles.

Le recours à un régime alternatif de transfert de propriété confirme, comme le souligne Philippe JESTAZ à propos du mariage, que le droit est un « *instrument au service de l'homme et non l'inverse* »¹⁶³ car, « *[...] le droit ne commande pas, il obéit, tout simplement parce que les sociétés humaines le créent à leur image [...]* »¹⁶⁴. L'adhésion à un régime médian – entre le transfert *solo consensu* et le système de tradition – explique justement le souci du législateur de l'Ohada de résoudre les difficultés auxquelles exposent ces deux systèmes pris isolément.

Aussi, l'impasse ressentie à l'occasion de la définition du moment du transfert de propriété en cas d'inertie de l'acheteur est-elle surmontable. Inscrite en filigrane par le même législateur, la solution de contournement passe par la mise en œuvre de toutes les facettes du système de transfert institué. Le recours au régime alternatif se trouve ainsi justifié par la faveur accentuée de la législation de

¹⁵⁹ D. DIDEROT, *De l'interprétation de la nature, in Œuvres de Denis Diderot, Philosophie, tome 2*, Paris, Brière librairie, 1821, XV, p. 152.

¹⁶⁰ Pour paraphraser L. VOGEL et J. VOGEL, « *Panorama de la rupture des relations commerciales établies : un droit à réformer* », *AJ Contrat*, 2016, p. 460.

¹⁶¹ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 299.

¹⁶² J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 21 ; selon l'auteur, cette forme d'interprétation « *consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés* ».

¹⁶³ Ph. JESTAZ, *Le droit, op. cit.*, p.11.

¹⁶⁴ *Ibid.*

l'Ohada au maintien du contrat et à l'obligation de solidarisme dans l'exécution des contrats. Au surplus, les critères tirés de la nature des marchandises vendues et des usages de la profession commerciale permettront, à l'occasion, d'encadrer le moment du transfert de propriété.

La philosophie du législateur de l'Ohada ne peut alors être réduite à un système moniste de définition du moment du transfert de propriété. Au contraire, son approche engendre un régime dualiste et pragmatique dont la mise en œuvre devra être fonction de circonstances qui rendent inefficace la règle du transfert matériel de propriété des marchandises vendues.

Au bout du compte, cette solution – éventuellement perfectible – est éminemment sécurisante. Pour le moment, elle « *satisfait la quête de prévisibilité juridique et, par conséquent, la sécurité juridique* »¹⁶⁵. Elle rassure, en attendant un réexamen de l'AUDCG aux fins de permettre au législateur de mieux coordonner son approche ou, tout au moins, une intervention du juge pour la raffermir.

¹⁶⁵ N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 34.