



Juin 2017

UN DROIT COMMERCIAL PRAGMATIQUE AUX ETATS-UNIS COMME EN OHADA

Par

**Corinne BOISMAIN,
Maître de conférences**

Avec le soutien de

1

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juin 2017

Sommaire

- Résumé en français et en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

Avec le soutien de



Orabank

**Baker
McKenzie.**





Juin 2017

Résumé :

Les Etats fédérés des Etats-Unis comme les Etats de l'OHADA ont ressenti le besoin de s'associer afin d'élaborer un droit permettant de favoriser les relations commerciales. Pour ce faire, ils ont créé un droit commercial uniforme s'appliquant uniquement aux commerçants. L'étude de la notion de commerçant et des règles spécifiques élaborées montre que l'objectif des deux systèmes est proche.

Abstract:

The 50 States of the United States like the countries of the OHADA felt the need to associate in order to develop a right in order to foster their trade relations. To do this, they have created a uniform commercial code that applies only to merchants. The study of the notion of merchant and the specific rules elaborated shows that the objective of the two systems is close.

Le code de commerce uniforme (UCC) aux Etats-Unis a été élaboré par des organisations privées : the *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) et the *American Law Institute* (ALI). L'objectif des auteurs de l'UCC était d'harmoniser le droit des transactions entre les professionnels des 50 Etats des Etats-Unis parce que de nombreuses ventes se font entre des agents qui se trouvent dans des Etats différents, c'est-à-dire entre des agents qui ne sont pas soumis au même droit.

L'originalité de ce code était notamment de différencier les marchands des non-marchand et d'appliquer des règles différentes à ces deux catégories. Aujourd'hui, les 50 Etats des Etats-Unis, ainsi que le District of Columbia, ont adopté une version de l'UCC même si certains Etats y ont apporté des modifications structurelles, comme par exemple l'Etat de Louisiane ou de l'Arkansas.

La volonté d'appliquer un même droit aux transactions commerciales est également une volonté de l'OHADA. Les 17 Etats membres de l'OHADA ont notamment adopté un acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) qui applique un

Avec le soutien de

3



Juin 2017

droit spécial aux commerçants¹. En OHADA, le droit commercial général s'applique aux commerçants mais également, pour certaines règles spécifiques, aux entrepreneurs².

Aux Etats-Unis, en revanche, les règles spécifiques ne s'appliquent qu'à une seule catégorie de personnes : les *merchants*³. Toutefois, cette notion n'est pas univoque et selon les règles à appliquer les contours de cette notion seront différents.

L'OHADA et les Etats-Unis ayant ressenti le besoin d'appliquer des règles particulières à certaines catégories de personnes, il était dès lors intéressant de s'interroger sur le fait de savoir si ce droit particulier s'appliquait aux mêmes personnes. Les définitions de commerçant en OHADA et de marchand aux Etats-Unis sont différentes dans leurs termes mêmes.

Toutefois dans les deux systèmes, les termes utilisés rendent les définitions adaptables (I). De plus, l'objectif des rédacteurs du commerce uniforme comme des rédacteurs de l'acte uniforme était d'adapter le droit aux pratiques commerciales (II).

I/ DES DEFINITIONS PRAGMATIQUES

Aux Etats-Unis et en OHADA, les définitions du commerçant et du marchand sont précisées par des textes. Toutefois ces définitions sont relativement floues, ce qui les rend plus facilement adaptables par les juges (A). De même, dans les deux systèmes, les personnes soumises aux règles spécifiques des marchands ou des commerçants ne sont pas toujours identiques en fonction des règles à appliquer (B).

¹ L'article premier de cet acte uniforme dispose que « tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats Parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, ci-après dénommés « Etats Parties », est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme ».

² Article 1^{er} alinéa 2 de l'AUDCG : « sont également soumises, sauf dispositions contraires, au présent Acte uniforme et dans les conditions définies ci-après, les personnes physiques qui ont opté pour le statut d'entrepreneur ».

³ Pour plus de facilité ce terme sera traduit par « marchand » par la suite pour le différencier du commerçant du système OHADA.



Juin 2017

A/ Des termes imprécis laissant une certaine appréciation au juge

Aux Etats-Unis, la notion de marchand est définie à l'article 2-104 du code de commerce uniforme. Selon cet article, les marchands sont les personnes qui font le commerce de marchandises et qui, de ce fait, ont des connaissances ou des compétences particulières eu égard à ce type de pratiques ou ce type de biens ou à qui ces connaissances ou ces compétences peuvent être attribuées en raison de leur métier d'agent, de courtier ou d'intermédiaire⁴. L'article 2 K du code de commerce uniforme précise que le terme biens inclut « tout bien meuble » y compris les biens meubles futurs, en particulier, les produits manufacturés, les animaux à naître, les récoltes à venir et tous les biens extraits de la terre (tel que le pétrole ou le gaz). L'article 2 du code de commerce uniforme exclut toutefois expressément de la définition de biens l'argent avec lequel un prix est payé, les investissements et les transactions internationales⁵.

La définition de marchand laisse un large pouvoir d'interprétation au juge puisque les notions de « connaissances ou de compétences particulières » sont relativement subjectives, de même que celles de marchandises. Douglas K Newell écrit à ce propos que les dispositions de la définition de marchand ont été décrites, tour à tour, comme ambiguës, étranges, difficiles à comprendre ou encore comme engendrant des conclusions qui ne font pas trop sens⁶.

Afin de faciliter l'interprétation de la définition de marchand, des commentaires ont été ajoutés. Par exemple, un commentaire indique que le terme marchand ne s'applique qu'aux personnes recherchant le profit. Ce commentaire précise qu'un avocat ou un banquier qui achèterait un hameçon pour son usage personnel ne serait pas un

⁴ "Merchant" means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill

⁵ Article 2 K du code de commerce uniforme : « "Goods" means all things that are movable at the time of identification to a contract for sale. The term includes future goods, specially manufactured goods, the unborn young of animals, growing crops, and other identified things attached to realty as described in Section 2-107. The term does not include information, the money in which the price is to be paid, investment securities under Article 8, the subject matter of foreign exchange transactions, or choses in action ».

⁶ D. K. Newell, "The merchant of article 2", Valparaiso University Law Review, Vol. 7, N° 3 (1973).



Juin 2017

marchand⁷. Dans le système OHADA, également, la définition de commerçant est imprécise.

En effet, conformément à l'article 2 de l'AUDCG, « est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». L'article 3 du même acte dispose quant à lui que « l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ». Cet article dresse ensuite une liste non exhaustive d'actes qui sont considérés comme des actes de commerce. La notion de profession et d'acte de commerce, comme celles de « connaissances » ou de « compétences particulières » aux Etats-Unis, laisse au juge de l'OHADA un certain pouvoir d'appréciation.

Une autre similitude entre la définition de marchand et celle de commerçant provient du fait que le code de commerce uniforme, comme l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, utilise le terme de « bien ». Toutefois, l'acte uniforme vise également les prestations de service, activités qui ne sont pas envisagées par le code de commerce uniforme. La notion de commerçant englobe donc a priori beaucoup plus de personnes que la notion de marchand. Cependant, dans le système OHADA, en raison de la référence à la profession, la qualification de commerçant s'applique à une personne et ce dans la durée alors qu'aux Etats-Unis la qualification de marchand peut se limiter à une seule opération et donc concerner un nombre important de personnes.

B/ Des définitions à géométrie variable selon les règles à appliquer

En OHADA, toutes les règles issues du droit commercial s'appliquent aux personnes qualifiées de commerçant, ce qui n'est pas le cas aux Etats-Unis. En effet, dans ce pays, la définition de terme « marchand » sera différente selon les règles à appliquer. Il existe trois sens différents du terme marchand

Premièrement, le terme « marchand », pour l'application des règles concernant la fraude⁸, l'offre⁹ et les modifications contractuelles¹⁰, est entendu très largement. Il suffit

⁷ « These sections only apply to a merchant in his mercantile capacity ; a lawyer or bank president buying fishing tackle for his own use is not a merchant »

⁸ Article 2-201 (2) du code de commerce uniforme.



Juin 2017

que la personne connaisse les pratiques normales du commerce. Par conséquent, pour l'application de ces règles, toutes les personnes qui ont une activité professionnelle pourront être considérées comme des marchands. Toutefois, pour que la qualification de marchand s'applique, il est nécessaire que la personne en cause agisse dans le cadre de son activité professionnelle.

Deuxièmement, pour l'application des règles relatives aux garanties dues par le vendeur ou à la possibilité pour le vendeur de conserver les marchandises, la définition du marchand est plus restrictive. Concernant la garantie due par le vendeur, l'article 2-314 du code de commerce uniforme précise que cette dernière n'est due que si le vendeur est un marchand dans le domaine des marchandises vendues. Le fait pour le vendeur de vendre des marchandises connexes aux marchandises vendues dans la transaction en cause ne le qualifie donc pas de marchand pour l'application des règles relatives aux garanties dues par le vendeur.

Enfin, pour l'application de la notion de bonne foi¹¹, le terme « marchand » à un sens plus restrictif que pour les règles concernant la fraude, l'offre ou les modifications contractuelles mais un sens plus extensif que pour la garantie due par le vendeur professionnel. Cette notion d'application à géométrie variable n'est pas inconnue de l'OHADA car selon l'article premier de l'AUDCG, les règles spécifiques aux commerçants s'appliquent également aux entrepreneurs¹². Or, ces derniers ne seront pas soumis à toutes les règles issues de l'AUDCG. En effet, l'article 65 de l'AUDCG précise que l'entrepreneur bénéficie des dispositions relatives à la preuve, à la prescription et au bail professionnel.

La définition de commerçant et celle de marchand sont malléables afin d'adapter les règles à appliquer. Ces règles ont de plus été déterminées en fonction de la pratique.

⁹ Article 2-205 du code de commerce uniforme.

¹⁰ Article 2-209 du code de commerce uniforme.

¹¹ Article 2-103 du code de commerce uniforme.

¹² Conformément à l'article 30 de l'AUDCG, « l'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration (...), exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole » et qui a un chiffre d'affaires inférieur à un seuil fixé par son pays.



Juin 2017

II/ UNE ADAPTATION DU DROIT EN VUE DE FAVORISER LE COMMERCE

L'OHADA, comme le droit américain, a créé la notion de commerçant (marchand) afin de lui appliquer des règles spécifiques permettant de favoriser le commerce. Pour ce faire, certaines obligations du droit commun ont été supprimées ou assouplies (A) d'autres ont été aménagées en tenant compte des pratiques commerciales (B).

A/ Un assouplissement de la preuve des contrats

Aux Etats-Unis, un auteur expliquait que le code de commerce uniforme était le droit des marchands et non des juristes¹³. En OHADA, également, le droit commercial a été créé afin de répondre aux besoins particuliers des commerçants, et principalement, pour faciliter les relations entre commerçants. C'est pourquoi dans les deux systèmes, les règles de preuves ont été assouplies.

En OHADA, conformément à l'article 5 de l'AUDCG, « les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants ». Aux Etats-Unis, en matière de preuve, il existe un principe général ainsi que plusieurs dispositions particulières. La règle générale est prévue à l'article 2-201 du code de commerce uniforme. En effet, si l'alinéa 1^{er} de l'article 2-201 du code de commerce uniforme rappelle la règle selon laquelle la preuve de tout contrat de vente de marchandises dépassant 500 dollars doit obligatoirement être faite par écrit, l'alinéa 2 de cet article prévoit une exception pour les contrats passés entre marchands.

Cet article pose néanmoins deux conditions pour que le contrat oral soit valide. D'une part, une partie doit envoyer à l'autre partie, dans un délai raisonnable, une confirmation écrite et conforme aux règles de droit commun, du contrat passé oralement. D'autre part, la partie qui reçoit légitimement une confirmation a un délai de 10 jours pour s'opposer à la conclusion du contrat. Ces deux conditions n'auront toutefois pas besoin d'être respectées si le contrat porte sur des marchandises spécifiquement conçues pour l'acheteur ou si la partie qui refuse l'exécution reconnaît qu'un contrat a été conclu ou encore si les marchandises ont été reçues et acceptées.

¹³ I. Michelsen Hillinger, « The article 2 merchant rules : karl Llewellyn's attempt to achieve the good, the true, the beautiful in commercial law », Georgetown Law Journal, 1985.



Juin 2017

En plus de cette règle concernant tous les contrats de vente, trois autres dispositions allègent les formalités pour les marchands. Premièrement, et contrairement au droit commun des contrats, une offre faite par écrit par un marchand n'est pas révocable par manque de *consideration*¹⁴. Deuxièmement, et concernant les clauses imprimées réciproques des parties (*battle of form*), si l'offre a été acceptée et que cette acceptation n'est pas expressément soumise à l'acceptation de clauses additionnelles, le contrat est considéré conclu même si les clauses de l'offre et de l'acceptation ne sont pas identiques¹⁵. Les clauses additionnelles feront partie intégrante du contrat sauf si l'offre excluait expressément toute clause additionnelle, si les clauses additionnelles dénaturent le contrat ou si le cocontractant à refuser, dans un délai raisonnable, les clauses additionnelles¹⁶. Enfin, conformément à l'article 2-209 du code de commerce uniforme, les modifications contractuelles des contrats de vente de marchandises sont valides même en l'absence de *consideration*.

En OHADA, comme aux Etats-Unis, les règles de preuve entre commerçants ont été allégées afin de favoriser les relations commerciales. Dans les deux systèmes également, les pratiques commerciales ont été prises en considération.

B/ L'importance de la pratique commerciale

Dans l'AUDCG ainsi que dans le code de commerce uniforme aux Etats-Unis, il est parfois fait référence aux usages que les commerçants ou les marchands doivent respecter. Aux Etats-Unis, l'article 2A-401 du code de commerce uniforme précise, par exemple, que les obligations du bailleur et du locataire, lorsque les deux parties sont des marchands, devront être déterminées en fonction des usages commerciaux¹⁷.

¹⁴ Article 2-205 du code de commerce uniforme.

¹⁵ Article 2-207 du code de commerce uniforme : « A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms ».

¹⁶ « Between merchants such terms become part of the contract unless: (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; (b) they materially alter it; or (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received ».

¹⁷ « Between merchants, the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered must be determined according to commercial standards ».



Juin 2017

L'AUDCG prend également en compte les pratiques commerciales. L'article 117 de l'AUDCG, par exemple, dispose que « pour fixer le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente tient notamment compte (...) (du) prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires ». De même, l'article 113 de l'AUDCG dispose que «... il est possible pour le preneur, d'adjoindre à l'activité prévue au contrat de bail des activités connexes ou complémentaires relevant d'un même domaine que celui envisagé lors de la conclusion du bail.... ». Pour déterminer si des activités sont connexes ou complémentaires, les juges se référeront notamment aux usages commerciaux.

Aux Etats-Unis, l'article 2-314 du code de commerce uniforme impose, lorsque le vendeur est un marchand, que les marchandises vendues soient revendables¹⁸.

Cet article précise que pour être considérées comme revendable, les marchandises doivent notamment être de qualité normale ou encore elles doivent être conformes à l'usage qui en est attendu. En OHADA également, les biens vendus par un professionnel doivent en plus d'être conformes aux stipulations contractuelles, elles doivent être conformes à l'usage qui en est attendu. En conséquence, si le bien est vendu à un commerçant pour son activité professionnelle, ce bien doit pouvoir être revendu.

Note biographie de l'auteur

Corinne BOISMAIN est docteur en droit privé. Précédemment, Maître de conférences à l'Université de Metz, elle est depuis septembre 2016, Maître de conférences au Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM). Mme BOISMAIN s'intéresse particulièrement au droit des contrats et au droit comparé (droit civil et common law).

Elle est coauteur du Code OHADA, Francis Lefebvre et auteur de plusieurs publications.

¹⁸ Article 2-314 du code de commerce uniforme : « Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind (...) ».