



**Association Humanitaires Pèlerins
Enfance Junior et Senior
(HUPEJUS)**

*Aide à l'enfance, à la jeunesse et aux séniors en
Métropole et en Afrique.*

COURS : Droit des affaires

Introduction Générale

Le droit commercial peut apparaître aujourd'hui comme la survivance d'un passé encore récent.¹ Il peut être défini comme « ensemble des règles particulières applicables aux commerçants, aux sociétés commerciales et aux actes de commerce »². La vie des affaires était alors aux mains des commerçants. Si les commerçants se sont forgés un droit sur mesure, c'est parce que le droit civil classique ne répondait pas à leur besoin. Le droit commercial a été créé pour satisfaire plusieurs exigences : d'où le particularisme du droit commercial (les raisons d'être du droit commercial).

L'objectif du droit commercial est de répondre aux nécessités du commerce. Pour cela, devant des situations de faits identiques, il recherchera des solutions différentes de celles de droit civil et emploiera des techniques particulières. Ce particularisme du droit commercial est caractérisé par quatre éléments :

- la rapidité et la simplicité

La rapidité est le sens même du commerce, les marchandises doivent circuler aussi vite que possible en raison de la fluctuation des coûts ; le temps est précieux pour un commerçant.

Les institutions du droit civil requièrent du temps, elles sont faites pour ménager des garanties et une sécurité aux contractants. Il s'avère donc impossible de contraindre les commerçants à observer les pratiques quelque-fois compliquées et minutieuses du droit civil. C'est ce qui explique que chaque fois qu'on le pourra, on se dispensera des formalités longues et onéreuses du droit civil. On fera recours à la rédaction d'actes simples (actes sous seing privés), à la simple correspondance échangée, et aux conventions verbales.

- l'absence de formalisme

Le droit commercial est moins formaliste que le droit civil. Il est sensible à la bonne foi des parties. Ainsi se montre-t-on moins sévère à l'égard d'un commerçant qui devra apporter la preuve de son droit et pour cela aura la liberté

absolue de la preuve soit par écrit ou par témoins. Ainsi aux termes des dispositions de l'article 5 alinéa 1^{er} de l'AUDCG (Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général) : « Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants » alinéa du même article dispose que « tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un noncommerçant. »

1- M. Cabrillac, « vers la disparition du droit commercial » écrits en hommage à Jean Foyer, p. 329.

2- CORNU (G.), Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, 9^e éd., Paris, PUF, 2012, p.196.

Ces dispositions réaffirment le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale.

En cas de litige, on aura recours volontiers à l'arbitrage avec son caractère contractuel et individualiste à travers la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est une convention par laquelle des parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles des les opposer ou qui les opposent déjà. On aura reconnu dans la première situation « des litiges susceptibles de les opposer » la clause compromissoire (stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles. Cette clause est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle) et dans la seconde« des litiges qui les opposent déjà » le compromis d'arbitrage [(convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige sur des droits dont elles peuvent disposer) décident d'en confier la solution non à la justice étatique mais à un ou plusieurs arbitres de leur choix].

La procédure sera simplifiée et plus rapide. L'exécution provisoire du jugement est ordonnée fréquemment en matière commerciale. Les commerçants bénéficient d'une prescription plus courte (5 ans au lieu de 30 ans en matière

civile). En matière de vente commerciale, le délai de prescription est de deux ans (art 301 alinéa 1^{er} de l'AUDCG)

- le développement du crédit

Tous les industriels et les commerçants utilisent le crédit. Ils empruntent pour produire. Les prêts servent à financer des investissements, à acheter des marchandises qui seront revendues. Les commerçants disposent donc des procédés propres de financement comme l'escompte d'un effet de commerce, le nantissement etc.

- le renforcement des garanties

La facilité de crédit accordée aux commerçants les oblige à se faire confiance. Il est normal qu'en retour les créanciers soient même protégés contre les défaillances de leurs débiteurs par un système garanti, prévu à certaines institutions.

C'est ainsi qu'en matière commerciale, dans le cas où le créancier possède plusieurs débiteurs d'une même dette, la solidarité entre codébiteurs se présume alors qu'elle est exception en droit civil dans la mesure où elle doit y être formellement stipulée.

Aujourd'hui, il est question de reconstruire le droit commercial sur de nouvelles bases. Le droit commercial peut se transformer en droit des affaires. C'est ainsi que l'appellation de « droit des affaires » a souvent remplacé de nos jours celle de droit commercial. Dans cet objectif, l'OHADA ou ORGANISATION pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, est née d'une volonté politique dynamique et ambitieuse de renforcer le système juridique des Etats de la zone franc en créant un cadre juridique simple, moderne et adapté à la conduite des affaires. Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993, entré en vigueur le 18 septembre 1995 a été ratifié par seize Etats (au 31 décembre 2000). Aujourd'hui les Etats concernés par ce traité sont au nombre de 17.

Le système institutionnel issu du traité OHADA, tel que révisé à Québec le 17

Octobre 2008, se compose de cinq institutions : une conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, un conseil des ministres, un Secrétariat Permanent, une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (en abrégé CCJA) et une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (en abrégé ERSUMA). Ces institutions jouent un rôle majeur dans l'élaboration, l'interprétation, la mise en œuvre et la diffusion du droit OHADA. Le conseil des ministres est l'organe décisionnel suprême de l'OHADA.

Aux termes de l'article 27 du traité, il est composé des ministres de la justice et des ministres des finances de chaque Etat membre, soit de deux membres de chaque gouvernement. La présidence du conseil des ministres est exercée à tour de rôle par chaque Etat membre suivant l'ordre alphabétique, pour une durée d'un an. Si, pour une raison quelconque, un Etat membre ne peut exercer la présidence pendant l'année où celle-ci lui revient, le conseil des ministres désigne, pour exercer cette présidence, l'Etat venant immédiatement après dans l'ordre alphabétique. Le conseil des ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président, soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande d'au moins un tiers des Etats membres. Il ne délibère que si les deux tiers au moins des Etats membres sont représentés.

Le Secrétariat Permanent est l'organe administratif de l'OHADA. Son siège se trouve à Yaoundé au Cameroun. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est une institution très importante et innovante, qui se situe au cœur du système juridique de l'OHADA. Ses fonctions sont « le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des actes uniformes » et « l'Arbitrage ».

Dans l'exercice de ses fonctions, la CCJA est soumise respectivement au règlement de procédure adopté par le conseil des ministres à N'DJAMENA (Tchad) le 18 avril 1996, et au règlement d'arbitrage adopté à Ouagadougou (Burkina Faso) le 11 mars 1999. Dans le cadre de ses fonctions judiciaires, la

CCJA est une juridiction supranationale unique ayant pour objet, d'une part, d'éviter les risques d'interprétations divergentes des Actes uniformes par les juridictions des différents Etats membres et d'autre part, d'aboutir à une interprétation unique des termes du traité, de ses règlements d'application et des Actes Uniformes. Les fonctions judiciaires de la CCJA sont à la fois contentieuses et consultatives. Le siège de la CCJA se trouve à Abidjan (côte d'Ivoire). L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature est rattachée au Secrétariat Permanent. Son siège est Porto-Novo, au Bénin, où elle jouit des privilèges et immunités diplomatiques. Sa fonction principale est d'améliorer le contexte juridique dans les Etats membres notamment en assurant la formation continue des magistrats et des auxiliaires de justice (avocats, notaires, experts, greffiers et huissiers de justice) au droit OHADA. Elle peut également organiser des stages de formation destinés aux opérateurs économiques, aux universitaires, et aux formateurs eux-mêmes. L'OHADA a vocation à légiférer dans tous les secteurs du droit des affaires, voire même à en dépasser le cadre classique. Des Actes uniformes sont entrés en vigueur. Il s'agit de :

- l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (AUA) ;
- l'Acte Uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général (AUDCG) ;
- l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSGIE), révisé le 30 janvier 2014 ;
- l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP) ;
- l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHC) ;
- l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (AUS) ;

-
- l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) ;
 - l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), révisé le 10 septembre 2015 ;
 - l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR) .

Pour les sources du droit commercial, on distingue traditionnellement deux types de sources : les sources internes et les sources internationales.

Les sources dites internes sont celles qui secrètent des règles propres à un Etat donné. On y trouve la loi de cet Etat, la jurisprudence de ses juridictions, la doctrine et les usages.

Quant aux sources internationales, ce sont celles qui produisent des règles chargées de régler les rapports entre partenaires commerciaux relevant des Etats différents. Il s'agit essentiellement des traités et conventions internationales régulièrement ratifiés et les usages internationaux. En revanche, comme on l'a souligné depuis 1993, les pays africains de la zone franc notamment ont mis en place une structure qui secrète aujourd'hui un droit commercial commun.

Le traité OHADA a pour but de doter l'Afrique d'un droit des affaires commun. Si aucune de ces sources ne contient de disposition pour la solution d'un problème commercial donné, on se réfère aux règles du droit commun, c'est-à-dire le droit civil.

Pour des questions d'ordre pédagogique, certains chapitres feront l'objet de ce cours.

Chapitre 1 : Les actes de commerce

La notion d'actes de commerce permet de délimiter le domaine du droit commercial et de définir le commerçant ¹.

La doctrine a proposé un essai de définition. Pour Thaller, c'est un acte « qui s'interpose dans la circulation des richesses ». Cette définition a été critiquée. La définition qui requiert l'unanimité en doctrine est celle du professeur Yves GUYON. Selon cet auteur, c'est « acte qui réalise une entremise dans la circulation des richesses, effectué avec l'intention de réaliser un profit pécuniaire ».

Le législateur OHADA² s'est inspiré de cette définition en définissant l'acte de commerce par nature. 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 pécuniaire³. Pour cerner la notion d'actes de commerce, il convient d'examiner en premier lieu, la détermination des actes de commerce (section 1) puis en second lieu le régime juridique des actes de commerce et des actes mixtes (section 2).

Section 1 : La détermination des actes de commerce

Il sera question d'analyser successivement les actes de commerce prévus par la loi, les actes de commerce non prévus par la loi, les actes de commerce accessoires et les actes mixtes.

Paragraphe 1 : les actes de commerce prévus par la loi

Suivant que l'on se réfère à leur forme ou à leur nature, les actes de commerce prévus par la loi peuvent être regroupés en deux catégories que sont les actes de commerce par la forme et les actes de commerce par nature.

¹ -Cf HESS-FALLON (B.) et SIMON (AM.), Aide Mémoire Droit des Affaires, 18^e éd, éditions Dalloz, 2009, p.37.

² -OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
3-Article 3 de l'AUDCG.

A. Les actes de commerce par la forme

Ils sont toujours commerciaux quelque soit la personne qui les accomplit, même si c'est un non-commerçant.

L'article 4 de l'AUDCG dispose que : « ont notamment le caractère d'actes de commerce par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le Warrant».

De même l'article 6, alinéa 2, de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique déclare commerciales par la forme, quelque soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées.

Les actes de commerce par la forme étant appréhendés, on s'intéressera aux actes de commerce par nature ou par l'objet.

B. Les actes de commerce par nature ou par l'objet

Cette catégorie d'actes de commerce peut faire l'objet d'une sous-distinction suivant que l'acte de commerce est accompli isolément ou dans le cadre d'une entreprise.

1. Les actes de commerce isolés

Les actes accomplis par un commerçant dans l'exercice de sa profession sont présumés actes de commerce. On ne conçoit guère en effet qu'un commerçant puisse accomplir des actes de commerce isolés. Cette catégorie d'actes est donc nécessairement le fait de personnes dont la profession habituelle n'est pas de faire le commerce. Elle englobe aussi bien actes de commerce par la forme que des actes de commerce par l'objet. Ainsi, constitue un acte de commerce par la forme la signature d'une lettre de change ou la souscription d'actions ou de parts d'intérêt de sociétés commerciales par un non-commerçant. Par contre, sont des actes de

commerce par l'objet les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit³.

2. Les actes de commerce accomplis dans le cadre d'une entreprise

L'entreprise est un cadre organisé disposant de moyens matériels et humains nécessaires à l'exercice d'une profession. Dans sa rédaction initiale, le code de commerce énumérait une série d'opérations qui ne seraient commerciales que si elles étaient accomplies dans le cadre d'une entreprise, ayant par conséquent un caractère répétitif. Il s'agissait des opérations de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau, de fournitures, d'agence de bureaux d'affaires, d'établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics. En France la loi du 13 juillet 1967 a ajouté à cette liste les opérations de location de meubles. L'article 3 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général ne fait pas mention du terme entreprise.

Cette précision faite, il faut observer que l'idée d'entreprise n'est pas absente du texte de l'article 3 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. Ainsi les opérations de manufacture, de même que l'exploitation industrielle de mines, de carrières et de tous gisements de ressources naturelles visées par le texte évoque nécessairement l'idée d'entreprise parce qu'elles sont inconcevables en dehors d'une entreprise. En réalité, la présomption de commercialité découlant de l'existence d'une entreprise ne joue pas uniquement pour cette série d'opérations d'ailleurs aujourd'hui dépassée, mais bien toutes les fois que des actes accomplis dans l'exercice d'une profession commerciale⁴. Le transport aérien par exemple, inconnu au XIX^e siècle, est une donnée fondamentale de l'économie contemporaine, en raison non seulement des investissements très lourds qu'il requiert et qui en font un domaine pratiquement réservé aux grandes compagnies, mais aussi

³-Pour la doctrine, l'achat et la vente d'un fonds de commerce est un acte de commerce par l'objet. (Voy. Ripert (G) et ROBLOT (R.),...).

⁴ -par exemple, l'achat en vue de la vente de denrées et marchandises.

des possibilités qu'il offre pour réduire les distances et intensifier d'autant les courants d'échanges commerciaux et de mouvement de personnes. De même, les télécommunications constituent aujourd'hui une véritable industrie par le volume des investissements, en même temps qu'elles révolutionnent, grâce aux nouvelles techniques de l'information, les procédés commerciaux traditionnels, notamment par l'avènement et le développement du commerce électronique.

Paragraphe 2 : les actes de commerce non prévus par la loi : critères de recherche

La doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement sur le caractère non limitatif des énumérations des articles 632 et 633 du code de commerce relatives aux actes de commerce et admettent par-là même l'existence d'actes de commerce qui ne sont pas prévus par la loi. Il importe donc de trouver une définition suffisamment large de l'acte de commerce permettant d'englober aussi bien les actes qui sont prévus par la loi que ceux qui ne le sont pas. Cette recherche a été menée à la fois par la doctrine et par la jurisprudence et a conduit à mettre en évidence quatre critères de la commercialité.

A-La cause de l'acte

En partant de la théorie générale des obligations, la doctrine a proposé de faire une distinction des actes de commerce des actes civils sur le fondement de la cause⁵. En s'obligeant par le contrat, chaque partie poursuit un but qui est le motif déterminant de son obligation et sans lequel elle ne donnerait pas son consentement au contrat. Le motif déterminant de chaque partie pénètre ainsi dans le cercle contractuel sous le nom de cause. La théorie de la cause est d'autant plus séduisante qu'elle semble être induite par les termes de l'article 632 du code de commerce qui répute acte de commerce l'achat de denrées et de

⁵ -CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1928.

marchandises en vue de les revendre. La principale difficulté qu'elle présente réside dans la reconnaissance du motif déterminant lorsque que celui qui passe l'acte n'est pas un commerçant.

B-L'intention de spéculer

Ce critère de la commercialisation, attribué parfois à tort semble-t-il, à LyonCaen et Renault⁶, se fonde sur le but poursuivi à travers l'acte. Celui-ci est commercial s'il est fait dans l'intention de spéculer, c'est à dire dans l'intention de réaliser un gain pécuniaire. Mais ce critère est trop lâche et son acceptation conduirait à supprimer pratiquement toutes barrières au droit commercial puisque c'est le profit ou l'intérêt qui est à la base de toutes les activités humaines. Les professions libérales par exemple, ainsi que les exploitations agricoles recherchent bien un profit, et pourtant elles ne sont pas considérées comme des activités commerciales. Il reste cependant vrai que l'acte de commerce suppose une intention de spéculation et que ne relèvent pas du droit commercial les opérations, même économiques, qui sont réalisées dans un but charitable. En outre, le critère semble aussi avoir la faveur de la jurisprudence⁷.

C-L'entremise dans la circulation des richesses

Ce critère a été dégagé par Thaller⁸. Un acte est commercial s'il s'interpose dans la circulation des richesses entre ceux accomplis par le producteur et le consommateur. Ainsi les activités agricoles ne sont-elles pas commerciales parce qu'il n'y a pas d'entremise dans la circulation des richesses. Cependant, quelque juste que soit ce critère, il est lui aussi insuffisant car l'entremise dans la circulation des richesses peut exister en dehors de toute idée de profit.

⁶ -HAMEL (J.), LAGARDE (G) et JAUFFRET (A), *Droit Commercial*, Dalloz, Paris, 1980, T. 1, vol. 1, n° 146.

⁷ -Alger, 19 novembre 1952, et trib. Com. Alger 1953, D., 1954, 541, note CHAUVEAU (P).

⁸ -THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 1931, T. 1, n° 6 et 14.

L'association charitable qui achète pour revendre à prix coûtant ou la coopérative qui achète pour ses membres n'accomplit pas d'actes de commerce, et pourtant l'une et l'autre se situent entre ses fournisseurs et ses membres ou ses adhérents. C'est pourquoi un groupement d'intérêt économique peut ne pas être commercial.

D-L'existence d'une entreprise

L'entreprise est un concept plutôt économique que juridique. Mais il ne s'agit pas pour autant d'un concept total inconnu du droit. On peut observer d'abord qu'il est beaucoup usité en droit économique. Il n'y a rien d'anormal à ce que le droit emprunte à l'économie ses concepts dès lors qu'il se propose de la régir. On peut noter aussi que le droit privé recourt à la notion d'entreprise. Par exemple, l'article 1842 du code civil définit la société particulière, par opposition à la société universelle⁹, comme étant aussi « le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession ».

Paragraphe 3 : Les actes de commerce par accessoire

Les actes de commerce par accessoire, encore appelés actes de commerce relatifs ou actes de commerce subjectifs, ne constituent pas, en droit français, une catégorie légalement définie. C'est la jurisprudence qui en a bâti la théorie en présumant que les actes accomplis par le commerçant le sont pour les besoins de son exploitation. Ce sont donc des actes civils par nature, mais qui ont acquis le caractère commercial du fait qu'ils ont été accomplis par un commerçant dans l'intérêt de son commerce. L'acte peut être accessoire à la profession commerciale ou à un acte de commerce à titre principal.

⁹ -Art. 1837 et 1838 C. civ.

Paragraphe 4 : Les actes mixtes

On rappelle que le caractère commercial d'un acte juridique peut s'apprécier en fonction de la qualité de la personne qui accomplit cet acte. On sait aussi que l'acte de commerce est généralement un acte bilatéral (contractuel). Si les deux parties à l'acte sont des commerçants, aucune difficulté ne se présente : l'acte est commercial pour chacune d'elle (par exemple, les ventes de grossistes à des semi-grossistes ou à des détaillants).

Mais il arrive très fréquemment que l'acte soit commercial pour une partie et civil pour l'autre (ventes faites par un commerçant de détail à sa clientèle). On est alors en présence d'un acte mixte.

Le domaine des actes mixtes est au moins aussi vaste que celui des actes de commerce puisque tout acte peut être un acte mixte dès lors qu'il met en

présence deux personnes dont l'une seulement exerce la profession de commerçant. Il existe cependant des exceptions où l'acte ne se prête à être mixte : ce sont la lettre de change, le billet à ordre et le warrant, que la loi déclare commerciaux entre toutes personnes.

Section 2 : Le régime juridique des actes de commerce et des actes mixtes

Les différentes classifications qui viennent d'être opérées en ce qui concerne les actes de commerce n'influent pas sur leur régime juridique. Celui-ci sera identique tant pour l'acte de commerce prévu par la loi que pour celui qui ne l'est pas ou pour l'acte de commerce par accessoire. Par contre, le régime juridique des actes mixtes est différent et bien plus complexe.

Paragraphe 1 : Le régime juridique des actes de commerce

La théorie des actes de commerce tire son importance en partie de l'existence d'une juridiction commerciale spécifique devant laquelle

s'appliquent des règles particulières de compétence et de preuve sans préjudice d'autres règles nécessitées par la spécificité du droit commercial.

Malgré l'inexistence des tribunaux consulaires dans les Etats membres de l'O.H.A.D.A., la théorie n'en conserve pas moins son importance puisque devant les juridictions du droit commun s'appliquent des règles propres au droit commercial.

A-Les règles de Compétence

Les tribunaux de commerce ou les juridictions du droit commun qui en tiennent lieu sont compétents pour connaître, d'une part, des contestations entre commerçants et, d'autre part, de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Il faut que la contestation entre commerçants se rapporte à un engagement pris dans l'exercice du commerce. En ce qui concerne les contestations relatives aux actes de commerce, il faut, en règle générale, que ceux-ci aient un caractère répétitif, conférant à leur auteur la qualité de commerçant. Les contestations relatives à un acte de commerce isolé ne sont pas de la compétence de la juridiction commerciale, réserve faite, bien entendu, du cas de la lettre de change, du billet à ordre et du warrant, dont le contentieux ressortit toujours à la compétence des tribunaux de commerce.

B-Les règles de preuve

Contrairement au droit civil où la preuve est réglementée, le droit commercial préconise la liberté de preuve des actes juridiques. Par exemple la preuve d'un contrat commercial peut se faire par tous moyens, autrement donc que par un écrit ou par un commencement de preuve par écrit, quelle que soit la valeur de l'objet du contrat. Même en présence d'un écrit, la preuve peut être faite contre les mentions de cet écrit par tous moyens. Si cet

écrit était dressé ad probationem, il importe peu qu'il ait été dressé ou non en double exemplaire. On n'exige pas non plus que les écrits aient date certaine.

C-Autres règles spéciales aux actes de commerce

Ces règles spéciales sont tantôt de fond, tantôt relatives à la clause compromissoire.

1-Les règles de fond

Une de ces règles concerne la prescription dont le délai est plus court en matière commerciale qu'en matière civile. L'article 16 de l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial est venu réduire ce délai de prescription pour le ramener à cinq ans.

Une autre règle de fond est relative à la capacité de faire le commerce. Généralement, l'incapacité s'applique aux mineurs non émancipés, aux aliénés, prodigues et faibles d'esprit.

2-L'arbitrabilité des actes de commerce

On a déjà indiqué que le droit commercial reconnaît la validité de la clause compromissoire. Cette reconnaissance a donné un nouvel intérêt à la distinction des actes civils et des actes de commerce. Même si la stipulation de cette clause n'est pas devenue la règle générale dans la pratique des contrats commerciaux internes, la clause connaît cependant un développement prodigieux dans les relations commerciales internationales. Elle a plus particulièrement retenu l'attention du législateur de l'O.H.A.D.A. puisque celui-ci place l'arbitrage en bonne place dans le dispositif juridique et institutionnel de l'organisation.

Paragraphe 2 : Le régime juridique des actes mixtes

Les actes mixtes n'étant pas une catégorie légale prévue par le code de commerce, il va sans dire qu'il n'y a pas non plus de règles légales régissant leur

régime juridique. Ce sont donc la jurisprudence et la doctrine qui tentent de résoudre les problèmes qu'ils posent.

A-Les règles de compétence

Certains auteurs ont soutenu que, en présence d'un acte mixte, le commerçant doit être cité devant le tribunal de commerce¹⁰. Mais la position de la jurisprudence varie suivant la qualité du demandeur à l'action. Le demandeur non-commerçant a l'option entre le tribunal de commerce et le tribunal civil¹¹. Au contraire, Le demandeur commerçant ne peut citer le non-commerçant que devant le tribunal naturel de celui-ci, c'est à dire le tribunal civil¹².

B-Les règles de preuve

Elles sont déterminées, non pas en fonction de la nature du tribunal saisi, mais en fonction de la qualité du demandeur à la preuve. La preuve est libre si l'action est dirigée par le non-commerçant contre le commerçant¹³. Elle est soumise aux règles du droit civil si l'action est dirigée par le commerçant contre le non-commerçant¹⁴. L'article 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général consacre cette distinction en énonçant que les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants.

C-Autres règles relatives aux actes mixtes

La jurisprudence a longtemps hésité sur la question de la validité de la clause compromissoire dans les actes mixtes. Plusieurs décisions judiciaires l'ont admise, estimant que la nullité de la clause, même acceptée serait une nullité relative édictée dans l'intérêt du non-commerçant, lequel peut ne pas s'en prévaloir et valider ainsi la clause. Cette position était celle des juridictions

¹⁰ -GLASSON, D., 1885, 2, 49.

¹¹ -Civ., 8 mai 1907, D.P., 1911, 1, 222.

¹² -Civ., 22 juin 1943, D.C., 1944, 83.

¹³ -Req. 1^{er} juillet 1908, D., 1909, 1, 11.

¹⁴ -Civ., 19 novembre 1862, D., 1862, 1, 472.

inférieures. Mais la cour de cassation a fini par consacrer la solution inverse, c'est-à-dire la nullité absolue de la clause compromissoire dans les actes mixtes¹⁵.

Chapitre 2 : Le commerçant : personne physique

Acteur principal de la vie des affaires, le commerçant est une personne dont la définition est, au fil de l'évolution de la législation commerciale, très souvent repensée en vue de l'adapter au temps qui impose la prise en compte d'aspects nouveaux susceptibles de l'affecter¹⁶.

¹⁵ -Com. , 2décembre 1964, D.S., 1965, 412.

¹⁶ EYANGO DJOMBI (A.D.), « La nouvelle définition du commerçant de l'acte uniforme OHADA au regard de la théorie juridique de l'acte de commerce », in Revue de Droit des affaires OHADA, 1^{ère} année de parution n° 02 juillet-décembre 2012, P.239

La définition du commerçant a connu des transformations au cours des temps. Cette transformation a permis une refonte des textes régissant la matière commerciale. La conception actuelle de la notion du commerçant est le résultat d'un processus dont le parcours doit être retracé pour une meilleure compréhension. L'histoire de la définition du commerçant dans la plupart des Etats membres de l'OHADA commence véritablement avec le code de commerce de 1807.

De fait, avant les indépendances de ces Etats, la législation qui y était applicable en matière commerciale était le code de commerce français de 1807 et les textes subséquents, dont l'application avait été étendue aux colonies¹⁷. Et après l'accession de ces Etats à l'indépendance, tous ont consacré dans leurs législations, le principe de reconduction des textes en vigueur, en attendant que les parlements respectifs édictent leurs propres normes. Le droit commercial des Etats concernés était donc constitué du code de commerce français et des lois modificatives intervenues en métropole jusqu'en 1960, ajouté à cela de nouvelles lois prises par certains Etats indépendants. Le code de commerce avait alors réservé à l'article 1^{er} à la notion de commerçant. Selon cette disposition le commerçant est celui qui fait sa profession habituelle d'accomplir des actes de commerce. On note une modification de forme dans la définition du commerçant à travers l'article L.121-1 du nouveau code français du 18 septembre 2000 pour lequel « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Le Législateur OHADA abonde dans le même sens à travers les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) adopté le 17 Avril 1997.

Selon l'article 2 de cet Acte Uniforme « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle »

La définition consacrée à l'article L.121-1 du code de commerce français de 2000 a donc survécu. Une nouvelle définition du commerçant est attendue. La

¹⁷. LOHOUES-OBLE (J.), « Innovations dans le droit commercial Général », Petites affiches, 13 Octobre 2004, n°205, P.8

révision de l'acte uniforme de 1997 intervenue le 15 décembre 2010 apporte une innovation à la définition du commerçant, et par extension dans la théorie des actes de commerce.

Pour cerner la notion de commerçant, personne physique, il conviendrait d'examiner en premier lieu le statut du commerçant (Section 1) et d'analyser en second lieu la distinction du commerçant des professions voisines (section 2)

Section 1 : Le statut du commerçant

Il sera question d'étudier d'une part l'accès à la profession commerciale (Paragraphe 1) avant de s'interroger d'autre part sur les obligations du commerçant (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : l'accès à la profession commerciale

Il est important de s'attarder sur les conditions de l'acquisition de la qualité de commerçant (A) avant d'analyser les personnes exclues de la profession commerciale.

A-Les conditions d'acquisition de la qualité de commerçant

Le commerçant est défini par la nature des actes qu'il accomplit. Selon l'article 2 sus cité « est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». A cette définition il manque le caractère indépendant et personnel de la profession, le commerçant accomplissant des actes de commerce par nature en son nom et pour son compte.

Il s'en suit en définitive que l'acquisition de la qualité de commerçant est subordonné à trois conditions :

- L'accomplissement d'actes de commerce par nature (1)
- L'accomplissement d'actes de commerce par nature à titre de profession (2)
- L'accomplissement d'actes de commerce par nature de manière personnelle et indépendante (3)

-

1-L'accomplissement d'actes de commerce par nature

En principe pour être commerçant, il faut accomplir des actes de commerce par nature.

Il s'en suit que la notion, même de commerçant n'est qu'une notion seconde, puisqu'elle suppose connue la notion d'actes de commerce par nature qui constitue l'élément fondamental. Selon l'article 3 de l'AUDCG, « 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 ».

L'acte de commerce par nature peut faire l'objet d'une sous-distinction suivant que l'acte de commerce est accompli isolément ou dans le cadre d'une entreprise. Quant aux actes de commerce à titre isolé, il s'agit de l'achat de biens, meubles ou immeubles en vue de leur revente avec l'idée de spéculation, c'est-à-dire de réaliser un profit ; il s'agit ensuite des opérations de banque, de bourse, de courtage, d'assurance et de transit.

Pour ce qui concerne les actes de commerce effectués dans le cadre d'une entreprise, il s'agit des opérations qui ne sont commerciales que si elles sont accomplies dans le cadre d'une entreprise ayant par conséquent un caractère répétitif. On peut citer pêle-mêle, les opérations de manufacture, de transport, de télécommunication, l'exploitation industrielle de mines, de carrières et de tous gisements de ressources naturelles,..... si on se réfère à la définition du commerçant donnée par le législateur OHADA, l'accomplissement d'actes de commerce par nature peut conférer la qualité du commerçant à leur auteur, à l'exclusion des actes de commerce par la forme. Encore que l'accomplissement de ces actes de commerce par nature le soit à titre de profession.

2-L'accomplissement d'actes de commerce par nature à titre de profession

Cette condition est également affirmée par l'article 2 de l'AUDCG. Un simple particulier peut en effet accomplir occasionnellement des actes de commerce, sans pour autant devenir commerçant. Cette qualité ne lui sera acquise selon cet article que s'il le fait à titre professionnel. Cette condition évoque l'idée de profession.

Il n'existe pas de définition légale de la profession. Pour la doctrine, la profession est l'activité qu'exerce une personne avec le dessein d'en tirer profit¹⁸. La profession est donc l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer des ressources nécessaires à son existence. Le professionnel s'oppose à l'amateur. Il agit dans un but intéressé.

L'immatriculation au registre de commerce peut constituer un indice permettant de présumer avec plus ou moins de force qu'une personne a bien la qualité de commerçant. Mais il est beaucoup plus difficile de déterminer la qualité de la personne qui exerce en même temps une profession civile et une profession commerciale.

Trois situations peuvent être envisagées :

Première situation : La profession commerciale constitue la profession principale parce qu'elle procure la plus grande partie des ressources nécessaires aux besoins de l'existence : l'intéressé est alors commerçant.

Deuxième situation : La profession commerciale est secondaire, mais sans lien nécessaire avec la profession civile principale. L'intéressé est encore considéré comme un commerçant, c'est-à-dire que la règle de l'accessoire ne joue pas. Cette situation est à l'origine de la paracommercialité qui est le fait d'exercer le commerce de manière clandestine échappant ainsi aux obligations du commerçant et en faisant de ce fait une concurrence déloyale aux commerçants régulièrement installés.

¹⁸. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par GERMAIN (M.) et VOGEL (L.), TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL, L.G.D.J., Paris, 1998, t. 1, n°136.

Troisième situation : L'activité commerciale est le complément nécessaire d'une profession non commerciale. L'intéressé ne devient pas pour autant commerçant.

Ainsi un chirurgien dentiste (profession libérale civile) achète des appareils dentaires qu'il revend à ses clients après les avoir adaptés. Mais cet achat pour revendre est tellement accessoire par rapport aux prestations fournies par le dentiste que l'ensemble de la profession demeure civil.

L'acquisition de la qualité de commerçant requiert une troisième condition.

3-L'accomplissement d'actes de commerce par nature de manière personnelle et indépendante

Malgré le silence de l'article 2 de l'AUDCG sur ce point, on admet que le commerce suppose l'indépendance. Seul celui qui accomplit des actes de commerce par nature en son nom et pour son compte doit être considéré comme commerçant.

Le commerçant spéculé dans son propre intérêt et à visage découvert. Ainsi, sont exclus du cercle des commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce pour le compte d'autrui. C'est le cas des salariés liés au commerçant par un contrat de travail. C'est le cas également des mandataires du commerçant, à l'instar des dirigeants de société qui sont des représentants légaux. Bien qu'accomplissant matériellement des actes de commerce, ils ne sont pas personnellement commerçants. Ainsi, la notion de commerçant cernée, il convient d'analyser les personnes exclues de la profession commerciale.

B-Les personnes exclues de la profession commerciale

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui irradie le droit commercial suppose une liberté d'accès à la profession commerciale. Le législateur intervient souvent pour entraver la liberté d'entreprendre. Le souci du législateur est tantôt de protéger la personne qui veut entreprendre une activité

commerciale en exigeant d'elle des conditions de capacité, tantôt de sauvegarder l'intérêt général en écartant du monde des affaires des personnes qui, pour diverses raisons, ne paraissent pas y avoir leur place.

1-L'exigence de la capacité pour la protection de la personne

Il sera question d'examiner successivement l'exclusion des mineurs non émancipés (a), l'exclusion des majeurs incapables (b) et le cas du conjoint du commerçant (c)

a-L'exclusion des mineurs non émancipés

L'article 6 de l'AUDCG dispose que « Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce »

Quel que soit son âge, le mineur non émancipé ne peut devenir commerçant, ni même faire occasionnellement des actes de commerce. Les dispositions de l'article 7 alinéa 1^{er} de l'AUDCG sont formels là-dessus : « Le mineur sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce ».

La raison est que le mineur est trop jeune pour mesurer les risques courus.

Aucune autorisation ou aucun procédé détourné ne peut lever cette incapacité, car il s'agit d'une incapacité de jouissance et non pas simplement d'une incapacité d'exercice. Ce qui veut dire que le mineur n'a pas le droit de faire le commerce et que son représentant légal ne pourra pas le faire en son nom et pour son compte, contrairement à la solution pratiquée pour des actes de la vie civile.

La sanction de l'incapacité qui atteint le mineur non émancipé est double. D'une part, même si en fait, il a exercé une activité commerciale, le mineur ne peut acquérir la qualité de commerçant. Il ne peut donc pas faire l'objet d'une procédure collective. D'autre part les actes de commerce même isolés, conclus par le mineur sont nuls. Puisqu'il s'agit de le protéger, cette nullité a un caractère

relatif et ne peut être invoquée que par le mineur devenu majeur ou son représentant légal, mais non pas le cocontractant.

Mais cette incapacité radicale et absolue qui frappe le mineur non émancipé, bien que justifiée dans son ensemble, présente parfois des inconvénients. Ainsi, dans le cas où le mineur reçoit un fonds de commerce par succession ou par legs, notamment dans le cas où le père commerçant décède laissant un enfant mineur, celui-ci ne pourra pas personnellement exploiter le fonds. Il devra soit le vendre, soit le donner en location-gérance. Cet inconvénient ne se rencontre pas lorsque l'entreprise est une société car le mineur peut être associé, sauf s'il s'agit d'une société en nom collectif. Quant au mineur émancipé, c'est-à-dire celui qui, par un acte juridique, a acquis la pleine capacité d'exercice et se trouve de ce fait assimilé à un majeur, il peut avoir la qualité de commerçant.

b- Exclusion des majeurs incapables

Sous ce vocable de majeurs incapables, on désigne les malades mentaux ou les faibles d'esprit qui font l'objet d'une mesure de tutelle (régime de la représentation) assimilés aux mineurs non émancipés. Leur mise à l'écart du monde des affaires est normale, car ils ne pourraient pas lutter à armes égales avec leurs concurrents.

Lorsque l'incapacité atteint un commerçant, celui-ci doit cesser ses activités. Son fonds de commerce doit être, soit vendu ou donné en location-gérance, soit accordé à une société commerciale que autre la société en nom collectif. Son représentant légal doit demander sa radiation du registre de commerce.

c- Cas du conjoint du commerçant

Sous cette rubrique, on traitait généralement du cas de la femme mariée que l'on rapprochait traditionnellement des incapables, parce qu'autrefois le commerce lui était interdit. Mais aujourd'hui, fort heureusement la situation a considérablement évolué. On est en effet parti d'une interdiction générale pour

la femme mariée d'exercer une profession commerciale à une égalité parfaite de traitement entre époux, en passant par des étapes intermédiaires où il fallait tantôt l'autorisation préalable du mari, tantôt son absence d'opposition.

Sous la pression des mouvements féministes, la question connaît de nos jours une approche bilatérale qui ne fait pas de discrimination entre la femme mariée et son époux, le texte ne parlant que du conjoint du commerçant. En effet au terme de l'article 7 (2) de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes (de commerce), à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux.

La situation est donc désormais la même pour tous, qu'il s'agisse de l'épouse ou de l'époux. Pour que le conjoint d'une personne qui a déjà la qualité de commerçant puisse prétendre également à cette qualité, il faut qu'il exerce un commerce séparé de celui de son conjoint, c'est-à-dire en fait qu'il fasse le commerce à titre personnel et indépendant.

L'exigence de la capacité constitue un contrôle a priori pour l'accès à la profession commerciale. Mais d'une manière générale, notre droit préfère le contrôle a posteriori, en écartant du commerce ceux qui se sont déjà montrés incompetents ou malhonnêtes, ou alors exercent déjà une autre activité ; et c'est désormais la protection de l'intérêt général qui est en cause.

2-Mise à l'écart de certaines personnes pour la protection de l'intérêt général

Il sera question d'une part de mise à l'écart pour défaut d'honorabilité (a) et d'autre part pour raison d'incompatibilité

a-Mise à l'écart se fondant sur un défaut d'honorabilité : les interdictions et les déchéances

Le public doit être protégé contre les commerçants malhonnêtes. Aussi les interdictions et les déchéances visent-elles à protéger le monde commercial et ses clients de la présence des personnes au passé douteux, parce qu'elles sont présumées malhonnêtes.

L'interdiction est une mesure de protection prise par le juge en faveur d'un majeur incapable en raison de l'état mental.

La déchéance quant à elle, est la perte d'un droit infligée soit à titre de sanction, soit en raison de non- respect des conditions d'exercice de ce droit. L'article 10 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général énumère trois séries de cas dans lesquels le commerçant est déchu du droit de faire le commerce. En considérant l'origine de la déchéance, il y a celle prononcée par une juridiction judiciaire et celle prononcée par une juridiction professionnelle. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la déchéance frappe la personne exerçant le commerce par elle-même ou par personne interposée.

La déchéance d'origine judiciaire consiste soit en une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des Etats parties, que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire, soit en une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique et financière.

Certaines de ces interdictions sont de droit. Il en est ainsi au cas où une décision prononce la faillite personnelle d'un commerçant : cette décision au terme de l'article 203 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, emporte de plein droit l'interdiction générale de faire le commerce. D'autres interdictions de faire le commerce sont facultatives et sont laissées à l'appréciation du juge. Elles sont prononcées de façon définitive ou temporaire dans le cas de condamnation pour crime ou délit. Les crimes et délits concernés sont ceux qui portent sur les biens (vol, recel,

escroquerie, abus de confiance), ou qui sont commis en matière économique et financière (infractions en matière de chèque, usure). Comme on peut le constater, il s'agit d'infractions qui sont courantes dans les milieux d'affaires. Il est par conséquent logique, pour l'intérêt du monde commercial, que les personnes reconnues coupables de ces crimes et délits soient écartés des professions commerciales.

Quant à la déchéance d'origine professionnelle, elle est édictée, dans chaque cas, par le statut professionnel concerné. Elle est limitée à la profession.

L'exercice du commerce au mépris d'une déchéance n'empêche pas d'acquérir la qualité de commerçant. Mais un commerçant de fait exposé aux rigueurs des sanctions attachées à ce statut mais à qui on refuse les avantages-et les actes conclus demeurent valables (com. 11.576 JCP 76. II.18452 Rodière). Toutefois et aux termes de l'article 12 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général, les actes accomplis par un interdit sont inopposables non seulement aux tiers de bonne foi, mais également à l'interdit lui-même.

b-Mise à l'écart pour des raisons d'incompatibilité

Bien qu'étant parfaitement honorables, certaines personnes sont néanmoins écartées des activités commerciales pour des raisons d'incompatibilité.

On entend par l'interdiction légale ou réglementaire faite à certaines personnes d'exercer le commerce en raison de leurs fonctions ou de leur profession. Aux termes de l'article 8 (1) de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général,, nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité. Et l'article 9 du même Acte Uniforme énumère trois séries de fonctions ou professions avec l'exercice desquelles l'exercice du commerce est incompatible. Il s'agit :

- des fonctionnaires et des personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;.////////

-
- des officiers ministériels et auxiliaires de justice que sont les avocats, les huissiers, les commissaires priseurs, les agents de change, les notaires, les greffiers, les administrateurs et liquidateurs judiciaires ;
 - des experts comptables agréés et comptables agréés, des commissaires aux comptes et aux apports, des conseils juridiques et des courtiers maritimes.

Paragraphe 2 : Les obligations du commerçant

Il s'agit de l'obligation d'immatriculation (A) et des obligations comptables (B).

A-L'obligation d'immatriculation

Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'Etat Partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule, son immatriculation au registre du commerce et du Crédit Mobilier. Toute personne immatriculée au RCCM est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant.

L'immatriculation emporte donc une présomption simple et réfragable de la qualité de commerçant.

Toutefois, cette présomption ne joue pas à l'égard des personnes physiques noncommerçantes dont l'immatriculation au RCCM résulte d'une disposition légale.

Cette personne immatriculée au RCCM est tenue d'indiquer sur ses factures, bon de commande, tarifs et documents commerciaux ainsi que sur toute correspondance, son numéro et son lieu d'immatriculation au RCCM.

Pour toute personne assujettie à l'immatriculation en qualité de commerçant, le défaut d'immatriculation entraîne deux conséquences : la privation du bénéfice attaché à la qualité de commerçant et la soumission aux obligations professionnelles du commerçant.

Elle peut demander sa radiation au RCCM si certaines conditions sont réunies. Ainsi l'article 55 de l'AUDCG dispose que « toute personne physique

immatriculée doit, dans le délai d'un mois à compter de la cessation de son activité, demander sa radiation au RCCM. Cette formalité doit également être accomplie pour les succursales et établissements.

En cas de décès d'une personne physique immatriculée, ses ayants droit doivent dans le délai de trois mois à compter du décès, demander la radiation de l'inscription au registre, ou sa notification s'ils doivent eux-mêmes continuer l'activité.

A défaut de demande de radiation dans le délai visé aux deux premiers alinéas du présent article, le greffe ou l'organe compétent dans l'Etat partie procède à la radiation après décision de la juridiction compétente.... »

Qu'en est-il des obligations comptables ?

B-Les obligations comptables

L'obligation de tenir une comptabilité est imposée à tous les commerçants par l'article 13 alinéa 1^{er} de l'AUDCG. Cet article dispose que « tout commerçant, personne physique ou morale, doit tenir tous les livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte Uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises ».

Les livres de commerce doivent mentionner le numéro d'immatriculation au RCCM.

Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes.

Section 2 : La distinction du commerçant des professions voisines

On s'intéressa d'une part aux artisans et d'autre part aux agriculteurs

Paragraphe 1 : Les artisans

La loi du 5 Juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat¹⁹ retient la définition suivante de l'artisan : « sont des artisans, les personnes physiques et les personnes morales qui n'emploient pas plus de dix salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret (art 19-1). Les personnes remplissant ces conditions appartiennent au secteur des métiers et doivent s'inscrire au répertoire des métiers ». On analysera selon que l'artisan est non commerçant ou commerçant.

A- L'artisan non-commerçant

Pour être qualifié d'artisan, la personne doit répondre à plusieurs exigences. L'artisan doit travailler sans l'apport d'une main d'œuvre interne ou externe. Il doit exercer de manière prépondérante une activité de production, transformation ou prestation de service dont il tire l'essentiel de sa rémunération. L'achat pour revente de marchandises ne doit représenter qu'une faible part du résultat d'exploitation. Lorsque l'artisan n'exerce pas d'activité commerciale, il n'est pas par tradition soumis au régime juridique applicable aux commerçants²⁰. Les litiges le concernant sont ainsi de la compétence des juridictions civiles²¹

B- L'artisan commerçant

Un artisan peut être commerçant. L'immatriculation au répertoire des métiers nedispense pas, le cas échéant, de l'immatriculation au registre du commerce (L. 5 Juillet. 1996, art. 19.-II).

L'artisan commerçant est alors totalement assimilé au commerçant. Les litiges le concernant sont de la compétence des tribunaux de commerce.

¹⁹- Th-Revet, « les qualifications artisanales au regard de la liberté du commerce et de l'industrie » Dalloz Affaires 1998.51 ; les réformes du commerce et de l'artisanat, LGDJ, 1998.

²⁰- DOMINIQUE (L.) Droit commercial et des affaires, 18^{ème} éd, 2009 , p.54-55.

²¹- com. 11 mars 2008, JCP, éd.E, 2008.2227 : cas d'une action en concurrence déloyale.

Pour le cas de l'artisan commerçant, le travail manuel n'est que l'accessoire de l'activité d'achat et de revente.

Quant aux critères retenus par la jurisprudence, l'artisan doit spéculer sur le travail d'autrui et doit donc avoir plusieurs salariés. Il doit accomplir de nombreux achats pour revendre, signer des traités, avoir de nombreuses machines.

Quel est le cas des agriculteurs ?

Paragraphe 2: Les agriculteurs

L'activité agricole est traditionnellement une activité civile. L'article 638 du code de commerce énonce ainsi que ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce « les contestations dirigées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, à raison de la de la vente de produits de son cru ». Même si le critère était délicat à mettre en œuvre, il a toujours été admis que l'agriculteur qui procédait à des achats pour revendre accomplissait des actes de commerce et devenait commerçant. Il suffisait pour cela que l'agriculteur achète plus qu'il ne produisait lui-même. Les éleveurs, des pépiniéristes pouvaient être commerçants. L'activité agricole ne s'éloigne pourtant pas du monde des affaires, bien au contraire.

CHAPITRE 3 : L'entrepreneur

De l'entrepreneur, l'article 30 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général dit qu'il s'agit d'un entrepreneur individuel personne physique qui, sur simple déclaration (...) exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole.

Après avoir pris connaissance de cette mise au point, la question ne peut ne pas surgir de savoir quel besoin répond l'introduction de cette catégorie dans l'espace que couvre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Quels enjeux politiques, économiques ou sociaux ont inspiré la création du statut de l'entrepreneur entré en vigueur quatre-vingt-dix jours après la publication au journal officiel de l'OHADA de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, laquelle a eu lieu ce 15 février 2011?

L'interrogation est loin d'être dépourvue de fondements. Pour en convaincre, il n'est que de rappeler qu'un statut similaire a très récemment été introduit dans d'autres États où de longues querelles sont assez vite nées. En France par exemple, l'existence de l'entrepreneur individuel remonte à la loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Pourtant, elle continue à ce jour à alimenter des débats qui ne prendront probablement pas fin de sitôt (sur l'historique et la controverse, voir not. NUTRI-POINTIER L., Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur: une simplification non dénuée de risques, D. n°9, 5mars 2009,p. 585 et s.; PERROTIN F., Loi LME: un texte favorable aux petites entreprises LPA, n°177,3 sept. 2008, p. 3 et s.; VIGUZER D., La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (déclaration d'insaisissabilité), D. n°3, 22 janv. 200.' p. 179 et s.).Il convient cependant d'analyser l'accès au statut d'entrepreneur et les obligations qui en découlent.

Section 1 - Accès au statut d'entrepreneur

Des conditions de fond sont à remplir, des formalités à accomplir.

paragraphe1 : Conditions de fond

Ces conditions sont de deux ordres. Quelques-unes concernent la personne même du postulant, d'autres, l'activité à exploiter par ce dernier.

A - Personne du postulant

Tout d'abord, l'individu intéressé par l'exploitation d'une activité économique sous le couvert de la qualité d'entrepreneur ne saurait être une personne morale. Seules des personnes physiques devraient y postuler avec en bonne place les femmes qui, selon les conclusions d'études récentes, sont

nombreuses à animer le secteur de l'économie informelle et de l'agriculture (MENGUE M. th., Regard sur la situation de la femme au Cameroun, Cahier africain des droits de l'homme °11, mars 2011, p. 67; TCHOUASSI G. La micro finance comme forme innovante d'autonomisation des femmes: le cas de la mutuelle financière des femmes africaines du Cameroun, in la microfinance, outil de financement pour l'économie sociale informelle en Afrique centrale, Kala Kamdjoug J.R. dir., PUCAC, Yaoundé, 2009, p.

115 et s.;).

Ensuite, le statut d'entrepreneur est ouvert aux seuls gens capables. À dire vrai, l'exigence n'est pas nettement exprimé. Pour la découvrir, il faut se souvenir du contenu de l'article 1 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial, lequel souligne avec fermeté que, outre ses énonciations, tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires en vigueur ou appliquées dans l'État où se situe son établissement ou son siège. Or précisément, dans un nombre considérable de pays, la règle est constante qui veut que les personnes ayant le projet d'exercer une activité professionnelle soient capables. Elle s'explique et se justifie: en éloignant des milieux professionnels les incapables, on leur évite non seulement d'être dupés par leurs partenaires dans leur quête parfois effrénée du profit, mais aussi d'avoir à prendre des engagements dont la portée pourrait excéder leurs facultés. Si on y ajoute le risque représenté par les sanctions diverses encourues lorsque l'entreprise affronte des difficultés susceptibles de donner lieu à l'ouverture d'une procédure collective et singulièrement à une liquidation des biens, il devient aisé d'admettre, sans réticence, que le mineur ne devrait pas devenir entrepreneur.

Enfin, le statut d'entrepreneur est réservé aux personnes n'ayant pas été frappées par une interdiction. C'est du moins ce que révèle l'article 63-3°, lequel dispose en substance que le postulant ne doit être frappé par aucune de ces interdictions prévues à l'article 10. Et, à en croire l'article 10 visé, nul ne peut être commerçant et donc entrepreneur, directement ou par personne interposée,

s'il a fait l'objet d'une interdiction générale définitive ou temporaire, prononcée par une juridiction de l'un des États signataires du traité OHADA, que cette interdiction ait été retenue en tant que peine principale ou comme peine complémentaire. À cette catégorie s'ajoutent: ceux qui ont été exclus d'un corps de métier à la suite d'une condamnation prononcée par une juridiction professionnelle ; ceux qui ont succombé à une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens ou une infraction en matière économique ou financière.

B - Activité à exploiter

Ne peuvent accéder au statut d'entrepreneur que ceux qui entendent exploiter une activité d'une nature déterminée et d'une certaine envergure.

S'agissant de la nature des activités à déployer par le truchement de la casquette d'entrepreneur, l'Acte uniforme vise celles qui sont civiles, commerciales, artisanales et agricoles.

À première vue, rien ne gêne dans cette recension des activités que l'on peut exercer par le recours au statut d'auto-entrepreneur. En effet, les personnes intervenant dans nombre des secteurs retenus n'avaient pas la qualité de commerçant et ne souhaitaient au demeurant pas l'acquérir.

Paragraphe2 : Conditions de forme

En allant droit au but, il apparaît que la formalité la plus importante à accomplir est celle de la déclaration d'activité. Quelle est la raison d'être d'une telle formalité? Quel en est le régime ?

A - Nécessité de la déclaration d'activité

La raison d'être de la déclaration d'activité est 'exposée dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, lequel explicite les missions du registre du commerce. On peut y lire :

- à l'article 34, que le RCCM est institué aux fins de (...) permettre l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le registre du commerce et du crédit mobilier (.), de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques ;
- à l'article 35-2°, que le RCCM reçoit également toute déclaration modificative, complémentaire ou secondaire et prend acte de la cessation d'activité de l'entrepreneur. Les renseignements indexés pourraient d'ailleurs provenir de tiers car l'article 90 décide qu'une autorité administrative est recevable à communiquer au registre du commerce et du crédit mobilier, directement sous forme papier ou support électronique, nonobstant la présence de données à caractère personnel, les informations soumises à publicité ;
- à l'article 97, que (..) toute personne peut obtenir sous forme électronique les informations figurant sur les formulaires déposés au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle peut obtenir en outre communication des extraits ou copies de tout ou partie des documents publiés ;
- à n'en pas douter, cet arsenal vise à rendre disponible, aussi bien au profit des autres acteurs de la vie des affaires que du grand public, un maximum d'informations concernant l'entrepreneur qui, hier, opérait dans ce qu'on peut sans exagération regarder comme une sorte de maquis (BIKANDA P.J., informatisation des économies africaines et logiques, marketing des unités de production informelles, gérer et décider, vol1. jan.2005, p. 111). Parce que son statut conduit à quitter le secteur de l'économie informelle, il est dans l'ordre des choses que ceux qui contractent avec ce professionnel le fassent en connaissance de cause. La tâche leur a été

facilitée dans la mesure où le coût de l'obtention d'une information, d'un extrait ou d'une copie intégrale sur support papier, sur support électronique ou par voie électronique ne devrait jamais être supérieur au coût administratif de l'opération (article 99).

B - Régime de la déclaration d'activité

À quel moment est faite la déclaration d'activité? Où doit-on l'accomplir? Comment se fait-elle ? Quels en sont les effets ?

Sur le premier point relatif à l'époque de la déclaration d'activité, l'article 62 alinéa 2 est plus clair: l'entrepreneur ne peut commencer son activité qu'après réception de ce numéro de déclaration d'activité (...). Le moment de la déclaration d'activité n'est donc pas celui de la demande d'immatriculation. En effet, s'agissant de celui-ci, l'article 44 de l'Acte uniforme permet que la formalité puisse être accomplie par le commerçant dans le premier mois du démarrage de son exploitation. Il n'est donc pas envisageable que l'entrepreneur en arrive à exercer, fût-ce dans un laps de temps court, avant de procéder à sa déclaration.

Sur le second point relatif au lieu de la déclaration d'activité, elle se fait soit au greffe de la juridiction compétente de l'endroit où l'entrepreneur individuel exercera, soit auprès de cet organe qui, dans chaque État partie au traité OHADA, devrait être désigné pour recevoir les immatriculations et déclarations d'enregistrement. L'entrepreneur ne peut donc pas se conformer à cette exigence ailleurs sans courir le risque d'une sanction.

Venant à la procédure, elle se caractérise par le souci de simplifier la tâche aux personnes désireuses d'investir par le truchement du statut d'entrepreneur. Sauf cas d'utilisation de moyens électroniques, les séquences les plus importantes en sont les suivantes : rendu auprès des autorités ayant compétence pour accueillir sa déclaration, le postulant reçoit, sans frais un formulaire à compléter qui renseigne sur son identité, son adresse, son activité, son régime

matrimonial en tant que de besoin (article 62 alinéa 1). À l'appui de sa requête, il fournit un certain nombre de pièces justificatives quels que soient leurs forme et support : extrait de son acte de naissance ou de tout document justifiant de son identité; extrait de son acte de mariage dans l'hypothèse où il est marié ; certificat de résidence ; autorisation lorsque l'activité à exploiter requiert préalablement une habilitation sous la forme d'un diplôme ou d'un titre particulier; déclaration sur l'honneur contenant l'affirmation qu'il n'est pas atteint par une interdiction, laquelle devrait être complétée dans un délai de soixante-quinze jours à compter de sa date par un extrait de casier judiciaire ou au moins par un document en tenant lieu (article 63).

Ensuite, selon les termes même de l'article 65 déjà cité, La personne physique qui satisfait aux obligations déclaratives prévues aux articles 62 à 64 est présumée avoir la qualité d'entrepreneur.

En cette qualité, elle bénéficie des dispositions:

- de l'article 5 (..) relatives à la preuve;
- des articles 17 à 29 et 33 (..) relatives à la prescription;
- des articles 101 à 134 (..) relatives au bail à usage professionnel.

S'agissant des règles relatives à la preuve, les plus importantes d'entre elles enseignent que les actes passés par les entrepreneurs s'établissent par tous les moyens à leur égard, y compris par voie électronique; qu'un commencement de preuve par écrit leur permet de prouver par tous les moyens contre un non-entrepreneur ; que dans le cours d'une contestation, les documents comptables de l'auto-entrepreneur, en ce qu'ils constituent des moyens probatoires, peuvent être exigés par le tribunal, même d'office, afin d'en extraire ce qui concerne le litige .

Quant aux règles relatives à la prescription, elles enseignent, primo, que les obligations nées de leurs activités entre entrepreneurs ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des durées plus courtes ; secundo, que la durée de la prescription peut être abrégée

ou allongée à la suite d'un accord entre les parties; tertio, que les contractants ont la latitude, d'un commun accord, d'ajouter aux causes de la prescription; quarto, que le paiement effectué pour honorer un engagement ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription aurait expiré ; quinto, que le bénéficiaire

d'une prescription acquise a le loisir d'y renoncer soit expressément soit tacitement (Voir également TPICOT D., Prescription., Droit et Patrimoine n°201, mar2011, p. 70 et s.).

Enfin, et venant au bail à usage professionnel, les règles auxquelles il est référé sont celles de l'article 134 alinéa 2 ainsi conçu: sauf convention contraire entre le bailleur et l'entrepreneur, le preneur ne bénéficie ni d'un droit au renouvellement du bail, ni d'un droit à la fixation Judiciaire du loyer du bail renouvelé. Quelle que soit la durée du contrat, l'entrepreneur qui n'a pas pris la précaution de demander et d'obtenir la stipulation du droit au renouvellement n'aura pas le bénéfice de cette prérogative. L'importance de ses obligations n'infléchira pas le principe posé.

Section 2 : Obligations de l'entrepreneur

Celui dont la déclaration d'activité a été reçue est désormais soumis à des obligations dont quelques-unes sont de nature comptable, d'autres non comptables.

Paragraphe 1 : Obligations de nature comptable

Il en existe qui sont communes à tous les entrepreneurs. D'autres sont réservées à des catégories spécifiques d'entrepreneurs.

A - Obligations communes à tous les entrepreneurs

Les obligations comptables communes sont au nombre de deux.

Premièrement, et à s'en tenir aux termes de l'article 31, l'entrepreneur est tenu d'établir, dans le cadre de son activité, au jour le jour un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources en distinguant les règlements en espèces des autres modes de règlement d'une part, la destination et le montant de ses emplois d'autre part.

La tentation est grande de penser que cette obligation est similaire à celle imposée au commerçant de tenir un journal. Elle doit être repoussée. En effet; le livre dont la tenue est obligatoire semble comporter des rubriques sans lien aucun avec celles du journal, lequel se contente de récapituler dans l'ordre de leur accomplissement les mouvements de l'exercice enregistrés en comptabilité (article 19, Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités).

Sauf à ajouter, pour en finir avec cette première obligation, que:

- la tenue du livre qui en est le support suppose au minimum que l'auto-entrepreneur sache écrire et compter. Or, on ne le sait que trop, les destinataires de ce statut professionnel sont de nos jours peu nombreux à pouvoir le faire. Du coup, les mesures incitatives prévues à l'article 30 in fine devront concourir à outiller les gens dans ce sens ;
- le livre qui en est le support doit être conservé pendant au moins cinq ans. L'exigence s'articule avec les règles relatives à la durée du délai de prescription. Elle s'écarte de la formule souvent critiquée, développée sous l'article 24 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises où il est décidé que les documents comptables ainsi que les pièces justificatives devront être conservés pendant dix ans ;
- le législateur ne renseigne pas non plus au sujet des principes censés gouverner la tenue et le contrôle du livre chronologique. Fort heureusement, en se référant à l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, il apparaît

nettement que les normes qui s'y trouvent concernent l'ensemble des entreprises soumises au droit commercial général et toutes les entités produisant des biens et des services marchands dans la mesure où elles exercent, dans un but lucratif ou non, des activités économiques à titre principal ou accessoire qui se fondent sur des actes répétitifs, à l'exception de celles soumises à la comptabilité publique . Par conséquent, l'entrepreneur devrait, dans le contexte particulier de la tenue de ses documents comptables, satisfaire aux obligations de régularité, de Sincérité et de transparence (article 3). Et d'après les termes de l'article 9 de l'Acte uniforme précité, ces exigences se traduisent par une description adéquate, loyale et claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice. Dans ces conditions, on imagine mal que la comptabilité se tienne en une langue ou en une unité monétaire différente de celle du pays où l'auto-entrepreneur opère (article 17 alinéa 1 Acte uniforme), qu'elle ne soit pas tenue sans blanc ni altération d'aucune sorte, que les livres chronologiques ne soient pas côtés, paraphés et numérotés sans discontinuité ainsi que le préconisent les articles 20 alinéa 1 et 66 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable.

Deuxièmement, et à en croire l'article 62 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'entrepreneur est tenu de mentionner sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents ou correspondances professionnels, son numéro de déclaration d'activité. Ce numéro est suivi de l'indication du registre du commerce et du crédit mobilier auprès duquel sa déclaration a été effectuée, avec la mention entrepreneur dispensé d'immatriculation

B : Obligation réservée à certains entrepreneurs

Elle est laissée à la charge d'une catégorie particulière d'entrepreneurs, en réalité ceux qui vendent des marchandises ou d'autres objets mobiliers. Elle est encore

mise à la charge de ceux qui fournissent des denrées alimentaires ou des logements.

Très concrètement et à s'en tenir à la description qu'en donne l'article 32, cette obligation spécifique consiste à tenir un registre récapitulé par année, lequel présente dans le détail les achats ou actes effectués, leur mode de règlement ainsi que les pièces justificatives.

Paragraphe 2 : Autres obligations

Les unes d'entre elles sont laissées à l'appréciation des États, les autres énoncées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

A - Obligations laissées à la discrétion des États

Sur la base des orientations développées à l'article premier de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, les États signataires du traité OHADA ont le loisir de soumettre l'entrepreneur aux lois non contraires aux règles qui y sont consignées. À la condition de ne pas violer les orientations générales arrêtées à l'échelle communautaire, les droits nationaux pourraient donc ajouter aux obligations énoncées ici ; ce qui est en concordance avec la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (voir not. CCJA, avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Rec., spécial janv. 2003, p. 74 et s.).

B - Obligations énoncées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général

À côté de ces obligations que pourraient prévoir les lois nationales se trouvent d'autres, non comptables, retenues par le législateur OHADA . Si l'on occulte celle faite à l'entrepreneur de ne jamais prendre part à un contrat de location-gérance (article 138 alinéa 3, Acte uniforme), un accent particulier doit en revanche être mis sur l'obligation lui incombant de quitter son statut dans l'éventualité où le chiffre d'affaires obtenu pendant deux exercices successifs en

viendrait à excéder les seuils fixés par l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités au titre du système minimal de trésorerie (encore qu'on peut observer une contradiction avec l'alinéa 4 de l'article 30 qui, lui, invite à penser que la charge revient aux États de déterminer ces limites). D'après l'article 13 de l'Acte uniforme auquel il est fait allusion, ces seuils, imaginés pour les très petites entreprises, sont les suivants

- 30 000 000 de francs CFA pour les entreprises de négoce;
- 20 000 000 de francs CFA pour les entreprises artisanales et assimilées;
- 10 000 000 de francs CFA pour les entreprises de services.

La règle se doit d'être comprise. Elle ne signifie pas que l'entrepreneur est contraint de le demeurer pendant au moins deux années à compter de sa déclaration d'activité. Dès lors, bien que n'ayant pas atteint les montants déterminés pour le plafond obligeant à abandonner ce statut particulier, celui qui y a accédé peut toujours, à tout moment, résoudre de devenir immédiatement commerçant. Ce choix pourrait par exemple être motivé par le désir de mettre son fonds en location-gérance, par le besoin de jouir du droit au renouvellement de son bail à usage professionnel ou plus globalement, par le projet de bénéficier des effets découlant de l'immatriculation que la déclaration d'activité n'octroie pas.

Sauf à observer que le passage de la qualité d'entrepreneur vers celle de commerçant personne physique n'est pas le seul schéma possible, du moment où l'article 30 alinéa 4 se borne à souligner si les plafonds précédemment exposés sont franchis qu'il perd sa qualité d'entrepreneur et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable à ce dernier. Le choix peut donc être fait, lorsque les conditions sont réunies, de créer isolément une société unipersonnelle. L'option peut encore être retenue de créer une société pluripersonnelle avec des tiers, notamment l'une des variétés de coopératives.

Chapitre 4 : Le commerçant : personne morale

Les sociétés sont les principaux acteurs de la scène des affaires.

La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme.

La société naît en principe d'un contrat. La formation du contrat de société, pour être reconnue exige :

- la mise en commun de biens : ce sont les apports ;
- le partage des bénéfices ou des pertes ;

-
- et un élément psychologique qualifié traditionnellement affectio societatis.

Une fois ces éléments réunis, le contrat de société crée un être juridique distinct : la société - personne morale.

Le législateur OHADA a réglementé la société commerciale à travers l'adoption d'un acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE).

Adopté à Cotonou le 17 Avril 1997, et publié dans le journal officiel de l'OHADA à Yaoundé le 11 Octobre 1997, cet Acte uniforme est entré en vigueur le 1^{er} Janvier 1998. Cet Acte uniforme a fait l'objet d'une réforme. La réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a abouti à l'adoption d'un nouvel Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales le 30 Janvier 2014 à Ouagadougou, qui est entré en vigueur le 05 Mai 2014. Ce nouvel Acte uniforme a introduit des modifications majeures en droit OHADA des sociétés.

L'Acte uniforme contient des dispositions générales relatives à la création d'une société commerciale applicable à toutes les formes de sociétés.

Il s'agit des dispositions portant sur l'actionnariat, les statuts, le siège social, la durée de la société, les différentes formes d'apports, les catégories d'actions, le montant du capital social et les modalités d'enregistrement.

- Actionnariat (la qualité d'associé)

En règle générale, toute personne physique ou morale peut être actionnaire ou associée d'une société commerciale (art 7 de l'AUSGIE).

Certaines formes de sociétés peuvent être constituées par une seule personne physique ou morale (art 5 de l'AUSGIE). C'est le cas de la société à responsabilité limitée (SARL), de la société anonyme (SA) et de la société par actions simplifiée(SAS).

Les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports.

Le mineur non émancipé ne peut faire le commerce ni par lui-même, ni par représentation ; il ne peut par conséquent participer à une société dans laquelle il aurait la qualité de commerçant : SNC, ou SCS en tant que commandité.

La même règle vaut pour l'incapable majeur en tutelle.

De même, deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement. La société entre époux est en principe valable ; mais ils ne peuvent être ensemble membres d'une société qui leur conférerait à tous les deux la qualité de commerçant. Ils ne peuvent donc être associés de

SNC ou commandités de SCS. Ils peuvent être actionnaires d'une SA, associés d'une SARL, associés d'une SAS ou commanditaires d'une SCS. Ils peuvent aussi être l'un commandité, l'autre commanditaire d'une SCS. -Les statuts

L'acte de société, contrat ou acte unilatéral constitue les statuts. Les statuts doivent revêtir une certaine forme, avoir un contenu déterminé et être signé par les parties au contrat de société. La modalité obéit à des conditions rigoureuses.

L'article 10 de l'AUSGIE dispose que : « sauf dispositions nationales contraires, les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire ».

L'acte de société peut donc être sous seing privé.

Les futurs associés scellent leur engagement par le signataire des statuts. Ils peuvent le faire personnellement ou par l'intermédiaire d'une mandataire muni de procuration spéciale. La société naît au jour de la signature du pacte social.

Les statuts, contrat entre les parties, constituent leur loi ; en ce sens, ils auront autorité à l'égard de tous les associés, dès la signature du contrat. Dès lors, toute modification suppose une délibération extraordinaire, avec un quorum ou une majorité plus élevée.

Cependant certaines mentions importantes et obligatoires doivent se trouver dans les statuts d'une société.

Les statuts énoncent : la forme de la société, mais leur choix doit porter sur une des formes prévues par la loi ; sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle ; la nature et le domaine de son activité, qui forment son objet social.... (Voir art 13 de l'AUSGIE).

- Siège social

Toute société a un siège social qui doit être mentionné dans ses statuts. Le siège social doit être fixé, au choix des associés, soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière.

- Durée

Toute société a une durée qui doit être mentionnée dans ses statuts. La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt dix neuf ans. Un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés doivent être consultés à l'effet de décider si la société doit être prorogée. -Les apports

L'acte uniforme autorise trois types d'apports :

L'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie.

• **L'apport en numéraire**

L'apport en numéraire est réalisé par le versement d'une somme d'argent promise par l'associé, soit en seule fois lors de la constitution de la société, soit en plusieurs fois selon les vœux des associés. D'après l'article 389 de l'AUSGIE, les actions représentant les apports en numéraire sont libérées, lors de la souscription du capital, d'un quart au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient dans un délai qui ne peut excéder trois ans à compter de l'immatriculation au RCCM, selon les modalités définies par les statuts ou par une décision du conseil d'administration ou de l'administrateur général.

Dans les S.A.R.L, les apports doivent être intégralement libérés dès la souscription.

- **L'apport en nature**

Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés et par la mise à la disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits. Ils sont libérés intégralement lors de la constitution de la société.

L'apport en nature peut être fait en pleine propriété ou en jouissance.

L'apport en propriété produit le même effet qu'une vente, car dès la conclusion de la convention d'apport, les risques de la chose sont transférés à la société. Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Par contre, l'apport en jouissance comprend sous cette forme d'apport aussi bien l'apport de l'usufruit que l'apport de jouissance. L'apport de jouissance consiste en une obligation de faire, c'est-à-dire fournir l'usage du bien apporté. Le bien promis doit être mis à la disposition de la société pour un temps déterminé. La société peut user librement de ce bien pendant le délai prévu, mais l'apporteur demeure seul propriétaire.

- **L'apport en industrie**

Pour l'apport en industrie, il peut s'agir de la main d'œuvre, du savoir-faire, des connaissances techniques.

L'apport en industrie est possible dans toutes les sortes de société. Mais à travers la réforme de l'AUSCGIE révisé, l'apport en industrie est interdit dans les sociétés anonymes.

- **Le capital social**

Le capital social est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature, c'est-à-dire les apports saisissables, auxquels

il faut ajouter les incorporations de réserve, de bénéfices ou de prime d'émission.

Il est divisé en parts sociales ou en actions, selon la forme de la société (les actions concernent les SA ou SAS et les parts sociales les autres sociétés).

Le montant du capital social est librement déterminé par les associés. Toutefois, le présent Acte Uniforme peut fixer un capital social minimum en raison de la forme ou de l'objet de la société (cas de la SARL et de la SA). La libre fixation du montant du capital social n'est possible que dans la SNC, la SCS, la SAS et dans la SARL sous certaines conditions.

- **L'affectio societatis**

Une société ne saurait exister sans affectio societatis, c'est-à-dire sans une volonté de s'associer, une volonté de former une société.

Il s'agit de l'élément intention dans la société.

En tout état de cause, il ne faut pas confondre l'affectio societatis dans la société avec le consentement. Ce dernier est la volonté de contracter au moment de la constitution de la société. Pour M. GUYON, l'affectio societatis désigne une volonté explicite ou implicite de collaboration égalitaire, une perspective commune intéressée. M. GUYON estime qu'il ne faut pas voir dans l'affectio societatis une notion unique, mais une notion multiforme : « elle est à la fois le révélateur de l'existence d'une société, le régulateur de la vie sociale et le moyen de distinguer la qualité d'associé des situations voisines ». L'affectio societatis varie alors d'intensité selon la forme de la société.

- **L'immatriculation**

Toutes les sociétés, excepté la société en participation, doivent être immatriculées au RCCM c'est-à-dire au greffe de la juridiction compétente en matière commerciale dans le ressort de laquelle est situé son siège social. Cette immatriculation doit intervenir dans le mois qui suit la constitution de la société.

Toute société est réputée constituée à compter de l'adoption de son acte de constitution c'est-à-dire de la signature de ses statuts. La personnalité morale de la société n'est toutefois conférée qu'au jour de son immatriculation au RCCM. Avant son immatriculation, l'existence de la société n'est pas opposable aux tiers.

Dans sa classification des sociétés commerciales, l'Acte Uniforme reconnaît trois catégories de sociétés :

- les sociétés de personnes (SNC, SCS) ;
 - les sociétés par actions : SA et SAS ;
 - et un type de société qui emprunte les caractéristiques des deux catégories ci-dessus : c'est la société à responsabilité limitée (S.A.R.L).
- L'Acte Uniforme prévoit des règles propres pour chaque type de société.

Section 1 : La société à responsabilité limitée (SARL)

La société à responsabilité limitée est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales. Elle peut être instituée par une personne physique ou morale, ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales. Il sera question d'analyser successivement la constitution, le fonctionnement et la disparition de la SARL.

Paragraphe 1 : La constitution de la société à responsabilité limitée

Deux conditions sont prévues : les conditions de fond et les conditions de forme.

A-Les conditions de fond

Elles concernent les associés et le capital social.

1-Les associés

La SARL peut être constituée par un seul associé (personne physique ou morale) ou entre deux ou plusieurs associés (personne physique ou morale).

Le législateur OHADA n'a pas fixé le nombre maximum des associés contrairement à certaines législations. Les associés doivent exprimer leur consentement au moment de la constitution de la société.

Les associés de la SARL ne deviennent pas commerçants, du seul fait de leur entrée dans la société. Pour cette raison, l'associé n'a pas à justifier de sa capacité commerciale. Ainsi les mineurs non émancipés et majeurs incapables peuvent entrer dans la société à responsabilité limitée au moment de la constitution. Dans ce cas, ils agiront par le biais de leurs représentants légaux.

2-Le capital social

L'article 311 de l'AUSCGIE dispose que « sauf dispositions nationales contraires, la capital social doit être d'un million (1.000.000) de francs CFA au moins. Il est divisé en parts sociales égales dont la valeur nominale ne peut être inférieure à cinq mille (5.000) francs CFA.

Certains États membres de l'OHADA ont déjà usé de la flexibilité introduite par cette disposition, relativement au capital minimum de la SARL. Le législateur béninois, par un décret N° 2014-220 du 26 Mars 2014 portant modalités de création des SARL en République du Bénin a prévu que les associés fixent librement le montant du capital social dans la SARL. Il ressort de ce décret, qu'au Bénin, l'on peut créer une SARL avec un capital social en dessous de 1.000.000 F CFA. Le choix est laissé aux associés de la SARL de fixer le montant du capital social.

Dans tous les cas, la valeur nominale ne doit pas être inférieure à 5.000 F CFA.

Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés. Elles doivent être intégralement libérées lorsqu'elles représentent des apports en nature.

Les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et la description des avantages particuliers stipulés ainsi que, le cas échéant leur évaluation.

L'évaluation des apports en nature est contrôlée par un commissaire aux apports dès lors que la valeur de l'apport en nature considéré, ou que la valeur de l'ensemble des apports en nature considérés est supérieure à cinq millions (5.000.000) de francs CFA.

Les parts représentant des apports en numéraire sont libérées lors de la souscription du capital de la moitié au moins de leur valeur nominale.

La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois dans un délai de deux (02) ans à compter de l'immatriculation de la société au RCCM, selon les modalités définies par les statuts.

B-Les conditions de forme

L'associé ou les associés doivent tous intervenir à l'acte instituant la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial. A défaut, la société est nul (art 315 de l'AUSCGIE).

Paragraphe 2 :Le fonctionnement de la SARL

On analysera successivement les opérations relatives aux parts sociales, la gérance, les décisions collectives des associés et les moyens de contrôle de la société.

A- Les opérations relatives aux parts sociales

La cession des parts sociales en vifs doit être constatée par écrit. Elle n'est opposable à la société et aux tiers qu'après l'accomplissement de certaines formalités (signification de la cession à la société par exploit d'huissier...).

Quant à la cession entre associés, les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales entre associés. A défaut, la transmission des parts entre associés est libre.

En ce qui concerne la cession à des tiers, les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société. A défaut, la transmission n'est possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé cédant. Le projet de cession doit être notifié par l'associé cédant à la société et à chacun des autres associés. La société doit faire connaître sa décision dans le délai de trois mois ou refuser de consentir à la cession. Les modalités de mise en œuvre sont précisées par l'article 319 de l'AUSCGIE.

Enfin, pour la transmission pour cause de décès les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès d'un associé, un ou plusieurs héritiers ou successeurs ne peuvent devenir associés qu'après avoir été agréés dans les conditions qu'ils définissent. (voir art. 321 à 322 de l'AUSCGIE)

B- La gérance

La SARL est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non.

Elles sont nommées par les associés dans les statuts ou dans un acte postérieur.

En l'absence de dispositions statutaires, le ou les gérants sont nommés pour quatre (4) ans. Ils sont rééligibles. Les fonctions de gérant sont gratuites ou rémunérées dans les conditions fixées dans les statuts, ou dans une décision collective des associés. Le gérant lorsqu'il est associé, ne prend pas part au vote de la délibération relative à sa rémunération et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.

Le ou les gérants statutaires ou non sont révocables par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Le ou les gérants peuvent démissionner librement.

Dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les mêmes pouvoirs pour faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ; sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance.

C- Les décisions collectives des associés

Les décisions collectives sont prises en assemblée. Les associés sont convoqués aux assemblées par le gérant. Un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales, peuvent exiger la réunion d'une assemblée. En outre, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour.

Enfin, les assemblées peuvent être également convoquées par le commissaire aux comptes, s'il en existe un, après que celui-ci en a vainement requis la convocation auprès du gérant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

On distingue deux types d'assemblées générales : assemblée générale ordinaire (AGO) et assemblée générale extraordinaire (AGE).

Les AGO sont celles qui ont pour but de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, d'autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées dans les statuts à l'accord préalable des associés, de procéder à la nomination et au remplacement des gérants et, le cas échéant, du commissaire aux comptes, d'approuver les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés et plus généralement, de statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts.

L'AGO annuelle se réunit dans les six (06) mois de la clôture de l'exercice.

Dans les assemblées ordinaires, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital. Si cette majorité n'est pas obtenue, et sauf clause contraire des statuts, les associés sont, selon le cas, convoqués une seconde fois et les décisions sont prises à la majorité des votes émis quelle que soit la proportion de capital représenté.

Par contre, les AGE ont pour objet de statuer sur la modification des statuts. Les modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Mais il existe des exceptions au principe de prise de décision.

L'unanimité est requise dans les cas suivants :

- augmentation des engagements des associés ;
- transformation de la société en SNC ou en SAS ;
- transfert du siège social dans un État autre qu'un État partie.

Toujours, par exception au principe, la décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfices, de réserves ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales.

D- Les moyens de contrôle de la SARL

Les sociétés à responsabilité limitée qui remplacent, à la clôture de l'exercice social deux des conditions suivantes :

- total du bilan supérieur à cent vingt cinq millions (125.000.000) de francs CFA ;
- chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA ;
- effectif permanent supérieur à cinquante (50) personnes ; sont tenues de désigner au moins un (1) commissaire aux comptes.

Paragraphe 3 : La disparition de la SARL

La SARL peut disparaître purement et simplement en tant que personne morale ; c'est ce qu'on peut appeler la dissolution. Elle peut aussi disparaître en tant que société à responsabilité limitée, mais continuer sous une autre forme : c'est la transformation.

Pour la dissolution, l'article 384 de l'AUSCGIE dispose que « la société à responsabilité limitée est dissoute pour les causes communes applicables à toutes les sociétés. La SARL n'est pas dissoute en cas d'interdiction, faillite ou incapacité d'un associé. Sauf clause contraire des statuts, elle n'est pas non plus dissoute par le décès d'un associé ».

En ce qui concerne la transformation, l'article 374 de l'AUSCGIE dispose que « la SARL peut être transformée en société d'une autre forme. La transformation ne donne pas lieu à création d'une personne morale nouvelle. La transformation de la société ne peut être réalisée que si la SARL a, au moment où la transformation est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social. Toute transformation réalisée en violation de ces dispositions est nulle ».

Section 2 : La société anonyme (SA) Paragraphe 1 : La constitution de la SA

La société anonyme est une société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions. La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire.

Le capital social minimum est fixé à dix millions (10.000.000) de francs CFA. Il est divisé en actions dont le montant nominal est librement fixé par les statuts. Le montant nominal est exprimé en nombre entier. Le capital social minimum de la société anonyme dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le

placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties est de cent millions (100.000.000) de francs CFA.

Les actions représentant des apports en numéraire sont libérées, lors de la souscription du capital d'un quart au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient dans un délai qui ne peut excéder trois (3) ans à compter de l'immatriculation au RCCM.

Les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et la description des avantages particuliers stipulés ainsi que, le cas échéant leur évaluation. La valeur des apports en nature et les avantages particuliers doivent être contrôlés par un commissaire aux apports. Les apports en industrie sont interdits dans les sociétés anonymes (art. 50-1 alinéa 2 de l'AUSCGIE).

Paragraphe 2 : Administration et direction de la société anonyme

Le mode d'administration de chaque société anonyme est déterminé de manière non équivoque par les statuts qui choisissent entre :

- la société anonyme avec conseil d'administration ;
- la société anonyme avec administrateur général.

La société anonyme peut être administrée par un conseil d'administration composé de trois (3) membres au moins et de douze (12) membres au plus, actionnaires ou non.

La société avec conseil d'administration est dirigée soit par un président - directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général. Le conseil d'administration, sur convocation de son président, se réunit aussi souvent que nécessaire. Toutefois, les administrateurs constituant le tiers au moins des membres du conseil d'administration, peuvent, en indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil d'administration, si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux (2) mois.

Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente.

Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. En cas de partage des voix, la voix du président de séance est prépondérante sauf clauses contraires des statuts.

Paragraphe 3 : Les assemblées générales

L'assemblée des actionnaires est convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général selon le cas. A défaut, elle peut être convoquée par le commissaire aux comptes, par un mandataire désigné par la juridiction compétente, par le liquidateur (art 516 de l'AUSCGIE).

On distingue deux types d'assemblée générale : assemblée générale ordinaire(AGO) et assemblée générale extraordinaire (AGE).

L'AGO prend toutes les décisions qui n'entraînent pas la modification des statuts.

L'AGO se réunit au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice. Elle ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Elle statue à la majorité des voix exprimées.

Par contre, l'AGE est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions.

L'AGE ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation.

L'AGE statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées.

Paragraphe 4 : Contrôle des sociétés anonymes

Le contrôle est exercé dans chaque société anonyme, par un ou plusieurs commissaires aux comptes.

Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou par des sociétés constituées par ces personnes physiques sous l'une des formes reconnues par l'Acte uniforme.

La nomination du commissaire aux comptes est obligatoire dans les sociétés anonymes (art. 702 de l'AUSCGIE).

Le commissaire aux comptes émet une opinion en indiquant que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Paragraphe 5 : Disparition des sociétés anonymes

Toute société anonyme peut se transformer en société d'une autre forme si, au moment de sa transformation, elle a été constituée depuis deux ans au moins et si elle a établi et fait approuver par les actionnaires le bilan de ses deux premiers exercices.

Elle est dissoute pour les causes communes à toutes les sociétés. Elle est également dissoute, en cas de perte particulière d'actifs (art 664 à 668 de l'AUSCGIE).

Section 3: La Société par actions simplifiées (SAS)

La SAS est comme la SA, une société par actions. La société par actions simplifiées ou SAS est « une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société» (art. 853-1 de l'AUSCGIE). Cette nouvelle forme de société est caractérisée par une forte contractualisation. Elle laisse une grande liberté d'action aux associés. La liberté contractuelle promue se trouve cependant,

encadrée par les dispositions impératives de l'Acte uniforme. Mais contrairement à la SA, elle ne peut être constituée par appel public à l'épargne. Société à risque limité, la société par actions simplifiées, à l'instar des sociétés anonyme et à responsabilité limitée, peut être constituée avec un seul associé, et elle sera alors désignée par l'expression société par actions simplifiée unipersonnelle ou l'acronyme SASU.

En dehors de la place importante des dispositions statutaires dans ce type de société, lui sont applicables, en plus des règles impératives définies par les articles 853-1 et suivants de l'AUDSC, les règles de la SA, à l'exception des articles 387 alinéa 1er, 414 à 561, 690, 751 à 753 de l'AUSCGIE. Il convient d'examiner ses règles de constitution, de fonctionnement et de contrôle.

Paragraphe 1 : Constitution de la SAS

Le montant du capital social ainsi que celui du montant nominal des actions est fixé librement par les statuts. Aucun montant minimum n'est exigé par le législateur. Et il n'est pas possible de recourir aux dispositions particulières aux SA, d'autant plus que l'article 387 de l'AUSCGIE n'est pas applicable aux SAS. Cependant, il peut être institué dans ce type de société, une clause de variabilité du capital social, en indiquant que celui-ci est susceptible soit d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux, soit de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués, dans les conditions légales prévues par les dispositions des articles 269-1 et suivants de l'AUSCGIE. Tous les types d'apports y sont admis, y compris l'apport en industrie.

Le capital social doit être entièrement souscrit avant la date de la signature des statuts. Chaque action donne droit à une voix au moins. Les règles de constitution de la SA selon qu'il n'y a ou non d'apport en nature ou d'avantages particuliers, sont applicables à la SAS.

Paragraphe 2 : Organisation et fonctionnement de la SAS

Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Mais elle est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social. Les statuts peuvent prévoir d'autres dirigeants en plus du président et portant le titre de directeur général ou de directeur général adjoint. Une personne morale peut être nommée président ou dirigeant social d'une SAS. Elle agira alors par l'entremise de ses propres dirigeants sociaux. En pareil cas, les dirigeants sociaux de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant social en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. L'associé unique dans la SASU peut assumer lui-même la présidence ou plutôt nommer une autre personne à cette fonction. Les clauses des statuts ou les décisions sociales limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Aux termes de l'article 853-10, «les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiées ».

Les assemblées d'associés ont un fonctionnement assez souple dans les SAS. Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils stipulent. Les décisions prises en violation des clauses statutaires sont sanctionnées par la nullité. Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination des commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les

conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. Les décisions prises en violation de telles dispositions sont nulles. Les décisions collectives prises de manière collective mais en violation des conditions visées aux statuts sont nulles.

Quant à la SASU, l'associé unique approuve les comptes, après rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice. L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. L'associé unique devra non seulement les exercer lui-même, mais encore, les décisions prises devront être répertoriées dans un registre spécial. Lorsque l'associé unique, personne physique assume personnellement la présidence de la société, le dépôt dans le délai de 6 mois au RCCM de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés, vaut approbation des comptes.

Paragraphe 3 : Contrôle de la SAS

Le commissaire aux comptes n'est pas un maillon indispensable dans toutes les sociétés par actions simplifiées. Les sociétés par actions simplifiées ne sont tenues de nommer un commissaire aux comptes, que si elles remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes :

- *total du bilan supérieur à cent vingt cinq millions (125.000.000) de franc CFA ;*
- *chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA;*
- *effectif permanent supérieur à cinquante personnes.*

La société n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas rempli deux des conditions évoquées ci-dessus pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes. La nomination d'un commissaire aux comptes s'impose par ailleurs aux sociétés par actions simplifiées qui contrôlent au sens de l'article 174 de l'AUSCGIE, une ou plusieurs sociétés, ou qui sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés.

Pour toutes les autres SAS, la nomination d'un commissaire aux comptes reste facultative. Si à la constitution de la société, il n'est pas paru nécessaire aux fondateurs d'y procéder, pendant le fonctionnement, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital peuvent demander en justice la nomination de commissaire aux comptes.

Les conventions réglementées et interdites auxquelles les dirigeants et associés de la SAS peuvent être parties, sont soumises, à des dispositions particulières complémentaires contenues, dans les articles 853-14 et suivants de l'AUSCGIE. Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Les droits non pécuniaires de cet associé peuvent être suspendus tant que l'intéressé n'a pas procédé à cette cession. En cas de cession, si les statuts ne prévoient pas les modalités du prix de cession, celui-ci est déterminé d'accord partie ou par voie d'expertise ou cédées dans les conditions de l'article 85321 de l'AUSCGIE.

Section 4 : La société en nom collectif (SNC)

La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art.270 de l'AUSCGIE). On peut la considérer comme la plus commerciale des sociétés commerciales, sa commercialité est intégrale en raison, à la fois de sa forme, de la qualité des associés qui sont tous commerçants ou le deviennent nécessairement et de l' « *intuitu personae* ». On examinera successivement ses règles de constitution, de fonctionnement et de disparition.

Paragraphe1 :La constitution de la SNC

En plus des règles générales de formation des sociétés commerciales, la constitution de la SNC comporte quelques spécificités. Ainsi, si les statuts de la SNC ont été établis par acte sous seing privé, il doit être remis un exemplaire original à chaque associé.

De même, dans la dénomination de la société, peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés immédiatement précédé ou suivi des mots « société en nom collectif » ou du sigle S.N.C. L'accomplissement des formalités de publicité dans la SNC est requis à peine de nullité de la société, de l'acte, de la décision ou de la délibération, alors que pour les autres formes de société, notamment les sociétés de capitaux, le défaut de publicité rend simplement la société inopposable aux tiers. La nullité de la société emporte dissolution suivie de liquidation.

Le capital social minimum de la SNC n'est pas fixé par la loi. Mais le capital déterminé par les associés est divisé en parts sociales de valeur nominale égale. Les associés de la SNC ont tous la qualité de commerçant et sont solidairement et indéfiniment responsables du passif social. Pour être associé d'une SNC, il faut remplir toutes les conditions légales exigées pour acquérir la qualité de commerçant. Ne peuvent donc en faire partie le mineur non émancipé, les majeurs incapables et tous ceux qui sont frappés d'une interdiction de faire le commerce ou d'une incompatibilité. En raison de la responsabilité solidaire des dettes sociales, deux époux (quel que soit leur régime matrimonial) ne peuvent être associés d'une même société en nom collectif. Toute procédure collective ouverte contre la SNC est étendue à tous ses associés, la cessation des paiements de la société révélant obligatoirement celle des associés. Les associés en nom collectif sont dispensés de l'obligation de se faire immatriculer au RCCM en qualité de commerçant et de l'obligation de tenir une comptabilité propre sauf s'ils exercent une activité commerciale propre.

La responsabilité personnelle des associés n'est pas automatiquement engagée. Elle n'est mise en œuvre que s'il est établi que la société ne peut pas payer les dettes sociales. Cette preuve est faite si après une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire ou tout autre acte réceptionné par la société, celle-ci ne paie pas le créancier poursuivant. Ce n'est que 60 jours après cette mise en demeure infructueuse que les créanciers pourront poursuivre le paiement des dettes conte

les associés ou celui qui leur semble le plus solvable. L'associé poursuivi qui paye la dette sociale a un recours en remboursement contre les autres associés et même la société si celle-ci revenait à meilleure fortune. L'associé qui entre dans la société en cours de vie sociale est tenu de l'ensemble des dettes sociales (antérieures et postérieures à son entrée dans la société). L'associé qui quitte la société est tenu du passif existant jusqu'au jour de sa radiation au RCCM.

Les parts sociales, ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. A défaut d'unanimité, la cession ne peut avoir lieu, mais, les statuts peuvent aménager une procédure de rachat des parts de l'associé pour permettre son retrait. La cession des parts doit être constatée par écrit. Elle ne sera opposable à la société qu'après, l'accomplissement de l'une des formalités suivantes : signification à la société de cession par exploit d'huissier, acceptation de la cession par la société dans un acte authentique ou dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt. La cession ne sera opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une de ces formalités et après publication par dépôt en annexe au RCCM.

Paragraphe 2 : Le fonctionnement des organes de la SNC

La SNC fonctionne à travers les organes dont les uns assurent la gérance et les autres prennent des décisions collectives.

A- La gérance de la SNC

La gérance de la SNC est librement organisée par les statuts de la société ou par un acte ultérieur. Elle peut être assurée par un ou plusieurs gérants. A défaut d'organisation de la gérance par les statuts tous les associés sont considérés comme gérants de la société. Ceux-ci seront ou non associés, personnes physiques ou morales. Dans le cas où la gérance est assurée par une

personne morale, ses dirigeants seront soumis aux mêmes conditions et responsabilités que s'ils étaient gérants en leur nom propre.

Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir, tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts. Lorsque plusieurs gérants sont désignés, chaque gérant détient le pouvoir d'accomplir seul les actes de gestion. Chaque gérant détient les mêmes pouvoirs, sauf son droit de s'opposer à toute opération des autres gérants avant qu'elle ne soit conclue.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. Les clauses statutaires limitant ses pouvoirs leur sont inopposables. Ici, l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers de bonne foi, à moins qu'il ne soit établi que les tiers en avaient connaissance. La rémunération du gérant est fixée par les associés. La décision sur ce point est prise à la majorité en nombre et en capital des associés, ou des autres associés si le gérant est lui-même associé.

Le gérant de la SNC ne peut être révoqué que pour juste motif, c'est-à-dire pour violation des dispositions légales ou statutaires relatives au fonctionnement de la société (disposition d'ordre public, ou pour toutes causes fondées). Une révocation sans justes motifs expose la société à un paiement de dommages et intérêts. Des dispositions statutaires ne peuvent pas y déroger. Si tous les associés sont gérants ou si un associé est désigné gérant par les statuts, la révocation de l'un d'eux ne peut être faite qu'à l'unanimité des autres associés. Auquel cas, elle entraîne la dissolution de la société sauf clause contraire des statuts ou décision contraire unanime des autres associés. Le gérant qui n'a pas été désigné dans les statuts, qu'il soit associé ou non, peut être révoqué par décision prise à la majorité en nombre et en capital des associés, ou des autres associés, s'il est lui-même associé. Le gérant associé qui a été révoqué peut décider de se retirer de la société en demandant le remboursement de ses titres

sociaux. A défaut d'accord avec les autres associés, un expert est désigné par la juridiction compétente pour fixer le prix des titres sociaux.

B- les décisions des associés dans la SNC

Les décisions collectives des associés sont prises en assemblée ou par consultation écrite, si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés. Les statuts définissent les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités. Les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés. Les assemblées sont convoquées, selon les règles ordinaires de convocation, dans le délai de quinzaine, par lettre, télécopie, courrier électronique. Les deux dernières modalités n'étant valables que s'il y a accord de l'associé. Le procès-verbal de réunion doit être signé par chacun des associés présents ou représentés. En cas de consultation écrite, il en est mention dans le P-V auquel est annexée la réponse de chacun associé. Ce P-V est signé par les gérants.

La tenue de l'assemblée générale annuelle est obligatoire, dans les 6 mois qui suivent la clôture de l'exercice. Au cours de cette assemblée, le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation des associés, qui auront préalablement eu communication de ces documents et du projet de résolution 15 jours avant l'assemblée. L'assemblée générale annuelle ne se tient valablement que si elle réunit la majorité des associés représentant la moitié du capital social. La loi fait obligation aux SNC remplissant les conditions de bilan, de chiffre d'affaire ou d'effectif définies par l'article 289-1 de l'AUSCGIE, de désigner un commissaire aux comptes. Outre les décisions prises collectivement, les associés non gérants peuvent Individuellement décider de consulter deux fois par an, tous les documents et pièces comptables ainsi que les P-V des délibérations. Ils peuvent en prendre copie, se faire assister d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes à leurs frais. Ce droit leur est reconnu par la loi.

Paragraphe 3 : La fin de la société en nom collectif

En raison de la prééminence de l' « intuitu personae » dans la SNC, sa vie est intimement liée à celle de chacun des associés de manière que le décès d'un associé entraîne, de plein droit, la fin ou dissolution de la SNC. La société prend « également fin lorsqu'une décision de liquidation des biens, de faillite ou des mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale sont prononcées à l'endroit d'un associé. Les statuts peuvent prévoir la continuation ou celle-ci pourra être décidée à l'unanimité des autres associés. En cas de décès, les associés peuvent éviter aussi cette fin précoce par l'insertion dans les statuts d'une clause de continuation de la société entre les associés survivants ou avec les héritiers ou successeurs de l'associé décédé avec ou sans agrément des associés survivants. Dans tous les autres cas, les survivants doivent racheter aux héritiers de l'associé décédé ou à ceux qui n'ont pas été agréés leurs parts sociales. En cas de rachat et même de retrait d'un associé, les autres associés sont tenus indéfiniment et solidairement du paiement des parts. En cas de continuation et si un ou plusieurs des héritiers ou successeurs de l'associé décédé sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des parts de la succession de leur auteur. En outre, la société doit être transformée dans le délai d'un an, à compter du décès, en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. A défaut, elle est dissoute.

Section 5 : La société en commandite simple (SCS)

La société en commandite simple n'est pas aussi simple que laisse apparaître la dénomination de sa forme sociale. En effet, tous les associés de ce type de société ne sont pas tenus solidairement du passif social. C'est la seule société qui a deux différents types d'associés soumis à des régimes différents.

Avant d'examiner son mode de fonctionnement et de disparition, on s'intéressera à ses règles constitutives dont la

Particularité est le reflet de la dualité des titulaires ou cessionnaires de parts sociales.

Paragraphe 1 : La constitution de la société en commandite simple

La société en commandite simple a deux types d'associés soumis à des régimes différents. La définition que la loi elle-même en donne met en relief cette originalité: « la société en commandite simple est celle dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommés "associés commandités" , avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés "associés commanditaires" ou "associés en commandite", et dont le capital est divisé en parts sociales». Elle est constituée à partir d'un capital avec des statuts régissant les rapports entre associés. Si comme toute société commerciale par la forme, elle doit disposer d'un capital social, le montant minimum de celui-ci n'est pas prédéterminé par le législateur. La liberté est donc laissée aux associés d'en fixer le montant avec pour seule exigence, le diviser en parts sociales de même valeur nominale. Quant aux statuts, ils ont la particularité de contenir des mentions spécifiques dont le défaut peut entraîner des conséquences patrimoniales pour les associés. C'est ainsi que la société en commandite simple doit être désignée par une dénomination sociale immédiatement précédée ou suivie des mots "société en nom collectif ou du sigle SCS. Mais la dénomination choisie ne peut contenir en aucun cas le nom d'un associé commanditaire au risque de voir ce dernier répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales. A contrario, le nom d'un associé commandité peut être incorporé à la dénomination. En outre, les statuts, doivent mentionner, le montant ou la valeur des apports de tous les associés et la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou

commanditaire. Ils doivent indiquer aussi la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de liquidation. Comme tout titre de société commerciale, les parts des sociétés en commandite simple peuvent être cédées par leurs détenteurs. Mais elles ne peuvent l'être qu'avec le consentement de tous les associés commandités et commanditaires. En raison des difficultés pour obtenir l'unanimité de ces deux catégories d'associés, le législateur a donné la possibilité aux associés de prévoir dans leurs statuts des dispositions qui leur permettent de contourner la rigueur du consentement unanime en stipulant :

- que les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés ;
- que les parts des associés commanditaires peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires ;
- qu'un associé commandité peut céder une partie de ses parts à un associé commanditaire ou à un tiers étranger à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires.

La cession des parts est formaliste dans la mesure où elle doit être constatée par écrit. Elle n'est opposable à la société qu'après l'accomplissement de l'une des formalités : signification à la société de la cession par exploit d'huissier ; acceptation de la cession par la société dans un acte authentique ; dépôt d'un original de l'acte de cession au siège de la société contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt. Quant aux tiers, la cession ne leur est opposable qu'après l'accomplissement de l'une des formalités qui viennent d'être indiquées et publication de cette cession par dépôt au RCCM.

Paragraphe 2 : Le Fonctionnement de la société en commandite simple

Le fonctionnement de la société en commandite simple est assuré par les organes de gestion et de délibération.

A- La gérance

La société en commandite simple présente l'originalité d'exclure d'office certains associés du droit de gérer la société. En effet, dans le but d'éviter aux tiers de considérer le gérant commanditaire comme un associé tenu personnellement et indéfiniment du passif social, il lui est interdit de poser dans ce type de société un quelconque acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration. L'interdiction est donc absolue. Et si la prohibition est violée, le commanditaire contrevenant sera obligé indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion effectués. Suivant le nombre ou la gravité de ces actes, ils peuvent même être obligés pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns. Toutefois, les commanditaires ne sont pas engagés par les avis et conseils qu'ils donnent ou par les actes de contrôle et de surveillance qu'ils posent.

Seul donc peut gérer la société en commandite simple, un associé ayant la qualité de commandité. Le principe est que la société est gérée par tous les associés commandités, Toutefois, les statuts peuvent désigner un ou *plusieurs* gérants parmi les associés commandités, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur dans les mêmes conditions et avec les mêmes pouvoirs que dans une société en nom collectif. Les statuts organisent ainsi la gérance et déterminent les pouvoirs du gérant. Dans les rapports entre associés, il peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt social. Dans ceux avec les tiers, il engage la société par les actes entrant dans l'objet social. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants ainsi définis sont inopposables aux tiers.

B- Les décisions des associés dans la SCS

Toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises par la collectivité des associés réunis en assemblée ou par consultation écrite.

La tenue d'une Assemblée est de droit si elle est demandée par un associé commandité ou par le quart (1/4) en nombre et en capital des associés commanditaires. Si les décisions sont prises en assemblée, celle-ci est convoquée par le ou les gérants quinze (15) jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec avis de réception La convocation par courrier électronique ou télécopie n'est valable que si l'associé a donné son accord et préalablement communiqué son numéro de télécopie ou son adresse électronique. La convocation indique l'ordre du jour ainsi que la date et le lieu de réunion. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée, mais l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés.

Les statuts, tout en organisant la façon dont les décisions doivent être prises, par consultation écrite, ou en assemblée, déterminent les quorums et majorités nécessaires à la prise des décisions. Les modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires. Toute délibération prise en violation de ces règles est nulle.

Si les décisions sont prises en assemblée, le procès-verbal de la réunion est signé par chacun des associés présents. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès-verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé et qui est signé par le gérant. En tout état de cause, une Assemblée Générale annuelle des associés devra être tenue dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice pour approuver le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée des associés. Les documents ainsi que le texte des résolutions proposées devront être communiqués aux associés au moins quinze (15) jours

avant la tenue de l'Assemblée sous peine d'annulation des délibérations concernées.

L'assemblée est présidée par l'associé représentant le plus grand nombre de parts sociales. Toute clause contraire aux dispositions ci-dessus est considérée comme non écrite. L'assemblée générale annuelle ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant au moins la moitié du capital social.

Paragraphe 3 : La disparition de la société en commandite simple

Comme pour la construction de la société, la dualité des associés transparait sur les règles de disparition de ce type de société. Ainsi, la société continue au décès d'un associé commanditaire. Mais elle est dissoute ; au décès d'un associé commandité.

Sauf s'il est stipulé dans les statuts que malgré le décès d'un associé commandité, la société continuera avec ses héritiers s'ils sont majeurs. S'ils sont mineurs non émancipés ; ils acquerront la qualité d'associés commanditaires. Si l'associé décédé était seul commandité et si ses héritiers sont mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société en une autre forme dans un délai d'un (1) an à compter du décès. A défaut, la société est dissoute à l'expiration de ce délai.

Chapitre 5 : le fonds de commerce

Le fonds de commerce est assurément l'une des pièces maîtresses du droit commercial. Au début du siècle, le fonds de commerce désignait la boutique composée de quelques droits mobiliers rassemblés par un commerçant indépendant. Comme le souligne un auteur, « au sein du patrimoine du commerçant, le fonds de commerce représentait une certaine richesse et le produit d'un travail personnel ayant consisté à sélectionner, réunir et organiser un ensemble d'éléments autour d'un objectif de conquête et de conservation de la clientèle ».

La notion a été consacrée par le législateur français par l'importante loi du 17 Mars 1909 relative à la vente du fonds.

Le législateur OHADA s'est inspiré de la loi sus-citée qui se contentait de faire à plusieurs reprises une énumération des principaux éléments constitutifs de cette institution. L'article 135 de l'AUDCG dispose que : « le fonds de commerce est

constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». Le fonds de commerce sera appréhendé à travers ses éléments constitutifs (section 1) et sa nature juridique (section 2).

Section 1 : Les éléments constitutifs du fonds de commerce

On analysera d'une part les éléments obligatoires (Paragraphe1) et d'autre part les éléments facultatifs du fonds de commerce.

Paragraphe1 : Les éléments obligatoires du fonds de commerce

Les éléments obligatoires sont énumérés à l'article 136 de l'AUDCG.

Aux termes des dispositions de cet article, « le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial ».

La clientèle est considérée comme l'élément essentiel du fonds de commerce.

Mais souvent on oppose la clientèle à l'achalandage. De manière générale, la clientèle désigne les personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un fonds de commerce en raison de la compétence et du savoir-faire du commerçant.

Selon certains doctrinaires, ce n'est qu'à partir du moment où une personne est servie qu'on peut parler de la clientèle, et par conséquent, de véritable existence du fonds de commerce.

Depuis 1962, la jurisprudence affirme nettement que la clientèle doit être réelle et certaine et qu'une clientèle simplement virtuelle ou potentielle ne suffit pas à révéler l'existence d'un fonds de commerce. La clientèle doit réunir trois autres conditions : être personnelle au commerçant, avoir un caractère commercial et être licite.

En revanche, l'achalandage est une sorte de clientèle de passage. Elle est constituée par l'ensemble des personnes attirées par la commodité ou la proximité de l'établissement. Quant au nom commercial, c'est l'appellation sous

laquelle un commerçant personne physique ou morale exerce son activité. Il peut s'agir d'un nom de fantaisie, du nom patronymique du commerçant ou de celui d'un tiers ou de l'un des associés. Lorsqu'il s'agit d'un commerçant personne morale, on parle de dénomination sociale.

Lorsqu'il s'agit d'une société dans laquelle les associés ou certains d'entre eux, sont personnellement tenus du passif social, on parle de raison sociale. Enfin, pour l'enseigne, c'est un signe extérieur qui permet d'individualiser un fonds de commerce. Elle peut être constituée par un nom de personne « chez Arly » qui n'est pas nécessairement celui de l'exploitant. Elle peut aussi être constituée par une dénomination de fantaisie : « Au bon marché », « Au grand chic ».

Au même titre que la clientèle, le nom commercial, l'enseigne est susceptible d'être cédée avec le fonds de commerce. Mais rien n'interdit qu'elle fasse l'objet d'une cession isolée. Toute imitation ou utilisation abusive d'une enseigne peut justifier le déclenchement et la responsabilité de l'auteur de cet usage sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Paragraphe2 : Les éléments facultatifs du fonds de commerce

Le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers corporels et incorporels, notamment les éléments suivants :

- les installations ;
- les aménagements et agencements ;
- le matériel ;
- le mobilier ;
- les marchandises en stock ; -le droit au bail ;
- les licences d'exploitation ;
- les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et de tout autre droit de propriété industrielle nécessaires à l'exploitation.

Paragraphe 3 : Les éléments exclus du fonds de commerce

Le législateur OHADA n'indique pas directement et expressément les éléments exclus du fonds de commerce. Ce n'est qu'à partir de l'analyse du régime de certains éléments en droit étranger qu'on peut déduire la position du droit africain. Ainsi, les immeubles tout comme les valeurs liquides, les obligations et les données comptables ne font pas partie des éléments constitutifs du fonds de commerce.

Section 2 : La nature juridique du fonds de commerce

Pour la question de la nature juridique du fonds de commerce, les opinions sont partagées. Au-delà des thèses construites autour de la notion, l'on assiste à une véritable nature juridique du fonds de commerce.

Paragraphe 1 : La théorie de l'universalité de droit

D'après cette théorie, le fonds de commerce serait une masse de biens unis par une affectation commune avec un actif et un passif. Il constituerait alors un patrimoine d'affectation. Le commerçant aurait alors deux patrimoines :

- un patrimoine civil
- un patrimoine commercial représenté par son fonds de commerce.
-

Paragraphe 2 : La théorie de l'universalité de fait

Pour les partisans de cette théorie, le fonds de commerce ne serait qu'un groupement d'éléments, réunis par un simple lien de fait en vue de l'affectation à un bien commun : l'existence d'un commerce déterminé.

Paragraphe 3 : La véritable nature juridique du fonds de commerce

Le fonds de commerce étant constitué de la clientèle en tant qu'élément central, il constitue une propriété incorporelle. De même, il a une nature

mobilière dans la mesure où ses éléments constitutifs excluent les immeubles. Enfin il a une nature commerciale.

En somme, le fonds de commerce est un meuble incorporel de nature

Chapitre 6 : L'exploitation du fonds de commerce

Un fonds de commerce suppose l'existence d'une clientèle qui est l'un de ses éléments essentiels.

La clientèle qui fait ainsi partie des éléments obligatoires ne peut être attirée et conservée que si le fonds est exploité. Le fonds de commerce peut être exploité directement ou en exécution d'un contrat de location-gérance.

Section1 : l'exploitation directe du fonds de commerce

L'exploitation directe peut être le fait d'un commerçant même s'il est entreprenant, ou d'une société commerciale. Le premier cas de figure concerne l'exploitation par le commerçant.

Dire que le commerçant exploite personnellement son fonds de commerce signifie que de façon générale, il accomplit au quotidien les actes de gestion nécessaires. Il accomplit ces actes dans l'optique d'attirer et de conserver la clientèle.

Il a aussi la latitude de confier l'exploitation de son fonds à une tierce personne qu'il rémunère. Le plus souvent, l'exploitation est attribuée à un gérant lié au propriétaire du fonds par un contrat de travail. Mais le gérant doit agir conformément aux instructions reçues du commerçant (propriétaire du fonds). Une autre question qui surgit est celle de la Co-exploitation du fonds de commerce entre époux. Deux conjoints qui exploitent en commun un fonds de commerce peuvent-ils avoir chacun la qualité de commerçant ?

La réponse à cette question est apportée par l'article 7 alinéa 2 de l'AUDCG. Le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes de commerce par nature, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint.

Section 2 : L'exploitation indirecte : la location-gérance

Un commerçant peut exploiter de manière indirecte son fonds de commerce en utilisant le procédé dit de la location gérance.

La location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls (art. 138 alinéa 3 de l'AUDCG). Le gérant qui assure ainsi l'exploitation pour son compte, le fait moyennant le paiement d'une redevance au propriétaire. La régularité de la mise du fonds de commerce en gérance libre suppose la réunion de plusieurs conditions (Paragraphe1). Elle produit également des effets (Paragraphe2).

Paragraphe1 : Les conditions de mise du fonds de commerce en locationgérance

Les conditions de mise du fonds de commerce sont de deux ordres à savoir les conditions de fond (A) et les conditions de forme (B). **A-Les conditions de fond**

Il s'agit en général des conditions de validité de tout contrat édictées par l'article 1108 du code civil. Aux termes des dispositions de l'article 1108 « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

En plus de ces conditions, un commerçant qui désire mettre son fonds en exploitation par le canal de la location-gérance doit remplir un certain nombre de conditions édictées par les articles 141 et 142 de l'AUDCG. L'article 141 dispose que : « la personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. Toutefois, ne peuvent consentir une location-gérance les personnes interdites ou déchues de l'exercice d'une profession commerciale ». Quant à l'article 142, l'on note que : « le délai prévu à l'article 141 peut être réduit, sans pouvoir être inférieur à un an, par la juridiction compétente, notamment lorsque la personne physique ou morale justifie qu'elle a été dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de ses préposés ».

Dans l'esprit du législateur, il ne peut y avoir de location-gérance sans que le loueur n'ait exploité le fonds au moins pendant un an.

Le locataire-gérant a la qualité de commerçant, et est soumis à toutes les obligations qui en découlent. En principe, le locataire-gérant devient commerçant à la place du loueur du fonds qui cesse de faire de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession.

B-Les conditions de forme

En plus des conditions de fond, la validité du contrat de location-gérance est en principe subordonnée à un certain nombre de formalités. Mais au regard des dispositions des articles 138 à 146 de l'AUDCG, le législateur OHADA a laissé aux parties une option de choix quant à la forme du contrat de location-gérance.

Il n'impose donc aucune forme. Cependant, l'écrit n'est pas une condition de validité mais le contrat de location-gérance doit être soumis à publicité. En effet, l'article 139 alinéa 3 de l'AUDCG dispose que « tout contrat de location-gérance doit en outre être publié, par la partie la plus diligente et aux frais du locataire-gérant, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à publier les annonces légales et paraissent dans le lieu où le fonds de commerce est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ». L'alinéa 4 de ce même article dispose que : «le propriétaire du fonds s'il est commerçant est tenu de faire modifier à ses frais son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier par la mention de la mise en location gérance de son fonds ».

Paragraphe 2 : Effets de la location-gérance

On peut relever des effets entre les parties (A) et à l'égard des tiers(B).

A-Effets entre les parties

Le locataire-gérant est tenu de payer les loyers ou les redevances prévues, de continuer les contrats de travail qui avaient été conclus. Il ne peut disposer du fonds, ni le vendre ni le donner en nantissement. Le contrat étant conclu intuitu personae, il ne peut sous-louer le fonds ni le céder à un tiers sans l'accord du bailleur. Le loueur, quant à lui, a l'obligation de délivrer au locataire- gérant tous les éléments du fonds dont il est titulaire. Il a également l'obligation de garantie et ne doit ni troubler le gérant dans sa jouissance, ni lui faire concurrence, Il est tenu enfin d'éviter de modifier unilatéralement les conditions d'exploitation prévues au contrat initial.

B- Effets à l'égard des tiers

L'opération de location-gérance est particulièrement délicate. À l'occasion de sa réalisation, il peut y avoir entremêlement de plusieurs intérêts: celui du loueur, celui du locataire-gérant et celui des tiers. Afin d'assurer une protection efficace

à ces derniers, plusieurs mesures ont été prévues. Outre l'information qui leur est donnée à travers les mesures de publicité sus-présentées, l'article 140 de l'AUDCG renforce la mesure de publicité en disposant en des termes non ambigus que : «Le locataire gérant est tenu d'indiquer en tête de ses bons de commande, factures et autres documents à caractère financier ou commercial, avec son numéro d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, sa qualité de locataire-gérant du fonds». Les créanciers du propriétaire bénéficient d'une protection spécifique. Les dettes du bailleur nées de l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par la juridiction compétente si elle estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement (art. 144 de l'AUDCG). L'article suivant, c'est-à-dire l'article 145 ajoute que « jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location-gérance ». L'article 146 va dans le sens de la protection des tiers : l'expiration du contrat de location-gérance à son terme normal ou anticipé rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractées par le locataire pendant la gérance.

Chapitre 7 : Disposition du fonds de commerce

Le fonds de commerce régulièrement constitué fait la propriété de son initiateur. À ce titre, la personne est libre de donner une destination quelconque à celui-ci ou de l'utiliser à des fins diverses. On pourrait simplement dire que le propriétaire d'un fonds de commerce peut en disposer à sa guise en l'aliénant (Section 1) ou en l'utilisant sous forme de garantie par rapport à une certaine opération (Section 2).

Section 1 : Aliénation du fonds de commerce

L'aliénation du fonds de commerce constitue l'acte de disposition le plus connu. Il s'agit pour son propriétaire, de le faire soit dans le cadre d'une opération de vente (paragraphe1), soit au titre d'apport dans le capital d'une société commerciale (paragraphe2).

Paragraphe1 : Vente du fonds de Commerce

Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, la vente du fonds de commerce était au centre d'une législation spéciale: la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce et celle du 29 juin 1935 qui est venue affiner le régime juridique de la vente. Actuellement, cette opération est régie par les-articles 147 et s de l'AUDCG dans le cadre d'un chapitre intitulé «

La cession du fonds de commerce ». L'arsenal juridique ainsi institué met particulièrement l'accent sur deux choses: les conditions de validité de la vente d'une part (A); et d'autre part, les effets de cette opération (B).

A - Conditions de validité de la vente du fonds de commerce

Il faut distinguer les conditions de fond (I) des conditions de. Forme (II).

I- Conditions de fond

De l'article 147 de l'AUDCG, on peut retenir que les conditions à réunir à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce sont d'abord celles de droit commun.

Mais un corps de règles spécifiques a été fixé pour tenir compte de la particularité d'une telle opération. À cet effet, partant de l'idée que la cession à titre onéreux du fonds de commerce est un contrat, il est nécessaire que les exigences ci-après soient respectées :

-la capacité : la personne qui acquiert le fonds de commerce doit avoir l'aptitude de faire le commerce par elle-même car il s'agit du premier acte de la vie commerciale. Il y a là en réalité une application de la théorie de l'anticipation pour reconnaître la qualité de commerçant à l'acquéreur du fonds de commerce.

Le mineur quant à lui ne peut procéder à la vente de son fonds de commerce qu'à travers son tuteur et avec l'autorisation du Conseil de famille. Dans le même sens, la vente d'un fonds de commerce par l'administrateur de la communauté doit d'abord recueillir l'accord de l'autre époux.

-le consentement: il doit être exempt de vice (Voir article 1108 C. civ.). En matière de vente, la doctrine estime que l'erreur est le vice le plus susceptible de se réaliser dans la mesure où il est possible et même facile de se tromper sur la valeur incorporelle du fonds et précisément sur celle de la clientèle qui n'est pas

facilement quantifiable. Le dol est aussi susceptible d'être commis en ce sens que des manœuvres frauduleuses à l'instar des informations utiles recelées par le vendeur peuvent entacher le consentement émis par l'acheteur. La violence quant à elle sous la forme physique ou morale est moins susceptible de se réaliser. En effet, on ne comprend pas comment une personne pourrait être contrainte d'acheter ou de vendre un fonds de commerce.

- l'objet de la vente doit obligatoirement intégrer le fonds commercial (on a déjà mentionné la suppression de celui-ci à l'article 136 du nouvel AUDCG), c'est-à-dire la clientèle; l'enseigne ou le nom commercial. C'est une prescription forte de l'article

148 de l'AUDCG. Le-propriétaire du fonds a la latitude conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de cet article, d'intégrer d'autres éléments (corporels ou incorporels) dans la vente à condition de les préciser expressément dans l'acte de cession.

- la cause: c'est la raison pour laquelle les parties concluent leur contrat. En raison du mutisme de la législation spéciale OHADA sur ce point, il faut se référer au droit commun qui ne suscite pas de développements particuliers dans la mesure où l'absence ou l'illicéité de la cause est très rare en matière de vente d'un fonds de commerce.

II- Conditions de forme

En principe, la vente d'un fonds de commerce ne devrait être assortie d'aucune condition spéciale (écrit). Avant la loi du 29 juin 1935, une telle opération était réputée être un acte consensuel dont la preuve pouvait être rapportée par tous moyens. Cette loi est venue imposer un formalisme strict dont le but fondamental était d'assurer la protection de l'acquéreur du fonds en lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause grâce aux informations que le vendeur se devait de lui communiquer. Les rédacteurs de l'AUDCG sont allés dans le même sens et se sont voulu être d'ailleurs plus précis. L'article 149

de cet Acte uniforme énonce que « la vente d'un fonds de commerce peut être réalisée soit par un acte sous seing privé, soit par un acte authentique ». Les énonciations de l'acte sont prévues à l'article 150 de l'AUDCG.

B - Effets de la vente

La vente régulièrement réalisée produit des effets à l'égard du vendeur (I) et de l'acheteur (II).

I- Effets à l'égard du vendeur

L'opération réalisée entre le vendeur et l'acheteur du fonds de commerce entraîne un certain nombre d'obligations vis-à-vis du vendeur (a). Mais en même temps, elle lui confère plusieurs privilèges.

a- Les obligations du vendeur

La cession du fonds de commerce se traduit un transfert de propriété du vendeur vers l'acquéreur. Ce transfert fait générer deux types d'obligations: l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie.

La première impose au vendeur de mettre à la disposition de l'acquéreur, l'ensemble des éléments du fonds cédés dans l'acte de vente.

La seconde, en l'occurrence, l'obligation de garantie est simple: en application du droit commun, le vendeur est tenu à une double obligation de garantie : une garantie contre les évictions émanant des tiers et une garantie contre les vices cachés.

b- Protection du vendeur du fonds : Les privilèges

Le vendeur a essentiellement quelques privilèges et peut notamment exercer l'action résolutoire. Au titre de privilèges, il est permis au vendeur d'inscrire son avantage au RCCM dans les conditions fixées par les articles 166 *et s* de l'AUS.

Ce privilège confère le droit d'être payé sur la valeur du fonds par préférence aux autres créanciers. Cet avantage lui confère également un droit de suite qui implique qu'en cas de non-paiement, le vendeur peut saisir le fonds, quelles que soient les mains entre lesquelles il se trouve.

II- Effets à l'égard de l'acquéreur

L'acquéreur du fonds a également des obligations et des privilèges. À propos des obligations, il se doit de prendre livraison du fonds et l'article 157 de l'AUDCG prescrit l'extinction de cette obligation après celle de payer le prix au jour et au lieu fixés dans l'acte de vente entre les mains du notaire ou de tout établissement bancaire désigné d'un commun accord par les parties à l'acte. Etant donné que l'acquéreur devient commerçant à l'issue de l'opération, il se doit d'accomplir les formalités de son immatriculation au RCCM. Pour ce qui est de ses privilèges, l'acquéreur est protégé contre les éventuelles fraudes du vendeur: majoration abusive du prix, éviction, concurrence déloyale notamment. Les privilèges de l'acheteur sont en quelque sorte, constitués des obligations imposées au vendeur.

III-Effets de la vente à l'égard des créanciers du vendeur

Dans le souci d'éviter la distraction du prix de la vente du fonds, il est fait obligation à l'acheteur de payer le prix de l'opération entre les mains d'un notaire ou d'un établissement bancaire désigné comme séquestre d'un commun accord entre les parties à l'acte.

Paragraphe2 : Apport du fonds de commerce en société

Le fonds de commerce qui constitue un bien meuble incorporel de nature commerciale peut au lieu d'être cédé, être plutôt apporté à une société déjà existante. La volonté de passer d'une exploitation individuelle à une exploitation sociale du fonds de commerce peut avoir plusieurs justifications: la limitation de

la responsabilité du commerçant ; la soustraction de son patrimoine personnel aux risques de l'exploitation; la recherche des financements ou même la préparation d'une succession. L'apport du fonds de commerce en société est organisé aussi bien par les dispositions de l'AUDCG que par celles de l'AUSCGIE.

Section 2 : Utilisation du fonds de commerce à titre de garantie

Le fonds de commerce peut servir de garantie ou de gage à un prêt. On parle alors de nantissement. Il peut également consolider le privilège du vendeur qui se fait consentir un nantissement sur le fonds. En droit commun, lorsqu'il y a gage, le débiteur est tenu de remettre l'objet engagé aux créanciers ou à un tiers convenu dans quel cas on dit qu'il y a dessaisissement. Or, en droit commercial, le commerçant qui emprunte, le fait pour continuer son exploitation. S'il donne son fonds en nantissement, il entend ne pas s'en dessaisir. Cette forme de gage sans dépossession qui fonctionne comme une véritable hypothèque est régie actuellement par les dispositions relatives au nantissement dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés (articles 162 à 165).

Chapitre 8 : Le bail à usage professionnel

Il est quelques commerçants qui sont propriétaires des immeubles dans lesquels ils exercent leurs activités professionnelles. Tel est le cas de la plupart des entreprises industrielles et des grands magasins. Mais le plus souvent le professionnel du commerce n'est pas propriétaire du local dans lequel il exploite son activité et se doit alors de conclure une convention dite « bail commercial » avec une autre personne dénommée « bailleur ». Ce bail vise essentiellement à assurer la protection du commerçant contre le propriétaire de l'immeuble et d'ailleurs, il n'en constitue pas l'unique garantie. En effet, le bail commercial comporte deux autres mesures de protection.

La première dont l'objectif est de s'assurer que le fonds de commerce ne perde pas de valeur, consiste en la sanction de toute exploitation concurrente à travers des actions en concurrence déloyale. La seconde trouve ses manifestations les plus éclatantes dans les droits de propriété industrielle ou commerciale qui confèrent, soit un monopole d'exploitation (brevet d'invention), soit un monopole d'utilisation (marque de fabrique ou de commerce).

Pour revenir à la thématique générale, étant donné qu'il s'agit avant tout d'un bail, il faut entendre par bail commercial : « un contrat par lequel une personne, (le bailleur) met à la disposition d'une autre personne dénommée preneur ou locataire et lui en confère la jouissance contre le paiement d'un certain prix (loyer), et pendant un certain temps, un bien donné » (Voir Lamy *Droit commercial, fonds de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle (marques, brevets, dessins et modèles), redressement judiciaire*, 2002, p. 781). La matière a connu une précision récente par le législateur OHADA. En effet,

l'AUDCG a été profondément modifié le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo. À l'occasion, l'expression « bail commercial » a été remplacée par celle de « bail à usage professionnel » mieux adaptée au régime de l'institution. « Est réputé bail à usage professionnel toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle » (art.103 de l'AUDCG). Ce texte crée une véritable présomption légale de bail à usage professionnel dès lors qu'une activité commerciale, artisanale, industrielle ou professionnelle est exploitée dans les lieux loués avec l'accord du propriétaire.

Le législateur OHADA consacre plusieurs dispositions et précise les articles 101 à 134 de l'AUDCG dans sa version modifiée du 15 décembre 2010. De façon générale, ces dispositions marquent la rupture avec le système antérieur.

C'est ainsi qu'on peut noter une formulation plus claire des concepts et surtout une importante place réservée à l'autonomie de la volonté en tant que moule des relations entre les parties. Cette nouvelle approche est réelle, que l'on considère le champ d'application (section 1), les conditions d'exécution (section 2) et le renouvellement du bail à usage professionnel (section 3).

Section 1: Champ d'application du bail à usage professionnel

Ce champ est soigneusement déterminé par les articles 101 et 102 de l'AUDCG. Aux termes des dispositions de l'article 101 de l'AUDCG, le régime prévu est applicable à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories suivantes:

1°) locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel;

2°) locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail;

3°) terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, artisanal ou professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire ou portées à sa connaissance et expressément agréées par lui.

Pour qu'il y ait bail à usage professionnel, il faut un local ou un immeuble affecté à un usage professionnel.

Le second article précise quant à lui que les dispositions qui gouvernent le bail à usage professionnel sont également applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur. A travers les dispositions du second article, l'on constate donc l'extension du bénéfice du statut de bail à usage professionnel aux entreprises publiques du fait de l'identité de nature des activités.

Section 2 : Conditions d'exécution du bail à usage professionnel

On analysera d'un part la conclusion du bail, et d'autre part les obligations des parties. **Paragraphe 1 : La conclusion du bail**

La conclusion d'un tel bail suppose que les précisions idoines soient données aussi bien sur la durée du contrat (A) que sur le montant du loyer (B).

A – La durée du bail

Les parties fixent librement la durée du bail. Le bail à usage professionnel peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. A défaut d'écrit ou de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée. Le bail prend effet à compter de la signature du contrat, sauf convention contraire des parties.

B- Le montant du loyer

Les parties fixent librement le montant du loyer, sous réserves des dispositions législatives ou réglementaires applicables. Le loyer est révisable dans les conditions fixées par les parties ou à défaut lors de chaque renouvellement.

Paragraphe 2 : Les obligations des parties

Il s'agit des obligations du bailleur (A) et du preneur (B).

A- Les obligations du bailleur

Elles sont de trois ordres. Elles commencent par une obligation de délivrance(1), se poursuivent par celle d'entretien(2) et sont renforcées par des garanties instaurées pour éviter les troubles de jouissance(3).

1-Obligation de délivrance

Elle est régie par l'article 105 de l'AUDCG en ses termes : « le bailleur est tenu de délivrer les locaux en bon état ». Celle-ci constitue la toute première obligation pesant sur le bailleur. Elle consiste en la mise de lieux ou de locaux à la disposition du preneur en vue de sa jouissance.

2-Obligation d'entretien

Aux termes des dispositions de l'article 106 al.1^{er} de l'AUDCG, le bailleur est tenu de faire procéder à ses frais dans les lieux loués à toutes grosses réparations devenues nécessaires et urgentes. Cette obligation a une justification simple : permettre l'exploitation du fonds de commerce dans les conditions satisfaisantes

pour lesquelles les lieux ont été loués. Le législateur OHADA s'est voulu particulièrement clair et précis en définissant la notion de « grosses réparations ». Il faut entendre par là celles des gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses septiques et des puisards.

3-Garantie des troubles de jouissance

L'article 109 de l'AUDCG dispose que « le bailleur est responsable envers le preneur du trouble de jouissance survenu de son fait, ou du fait de ses ayants-droit ou de ses préposés ».

Cette mesure vise à l'origine à assurer la protection du preneur contre les troubles occasionnés par les personnes énumérées.

B- Les obligations du preneur

Elles sont minutieusement définies par l'AUDCG. Les obligations du preneur sont de trois ordres et sont organisées par trois articles de l'AUDCG : l'article 112 pour le paiement du loyer (1), l'article 113 pour l'exploitation des locaux donnés à bail (2) et l'article 114 pour la conservation des lieux (3).

1 - Obligation de paiement du loyer

Une fois le contrat de bail régulièrement conclu entre les parties, le preneur est tenu de payer le loyer aux termes convenus entre les mains du bailleur ou de son représentant dûment mandaté. Le paiement du loyer peut être fait par correspondance ou par voie électronique (art. 112 de l'AUDCG).

2-Obligation d'exploiter les locaux donnés à bail

L'article 113 de l'AUDCG prescrit au preneur d'exploiter les locaux donnés à bail, en bon père de famille, et conformément à la destination prévue au bail ou,

à défaut de convention écrite, suivant celle présumée d'après les circonstances. Si le preneur donne aux locaux un autre usage que ceux auxquels ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci sera fondé à demander à la juridiction compétente la résiliation du bail. Il en est de même d'ailleurs lorsque le preneur veut adjoindre à l'activité prévue au bail, une activité connexe ou complémentaire.

3-Obligation de conserver les lieux loués

Le preneur est tenu des réparations d'entretien. Il répond des dégradations ou des pertes dues à un défaut d'entretien au cours du bail (art. 114 de l'AUDCG). Mais il ne répond pas des cas où les dégradations ou les pertes résulteraient des situations de force majeure ou de vétusté.

Section 3 : Droit au renouvellement du bail à usage professionnel

Abordant l'épineuse question du renouvellement du bail, le législateur OHADA a posé les conditions et formes du renouvellement aux articles 123 à 132 de l'AUDCG

(Paragraphe 1). La mise en œuvre du droit au renouvellement du bail produit des effets (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions du droit au renouvellement du bail

Pour que le renouvellement soit effectif, il faut réunir quelques conditions de fond (A), et surtout se conformer à une procédure spéciale instaurée par les textes en vigueur (B).

A - Conditions de fond du droit au renouvellement du bail

D'après l'article 123 al.1^{er} de l'AUDCG, le droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée n'est acquis qu'au preneur qui justifie avoir exploité, conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue à celui-ci,

pendant une durée minimale de deux ans. Cet article affirme le droit au renouvellement au profit du preneur. Ce droit est d'ordre public ; il s'obtient au bout de deux ans d'exploitation effective de la même activité. Le preneur qui n'a occupé les lieux loués que pendant un an ne remplit pas les conditions de l'article 123 et n'a pas droit au renouvellement ni à une indemnité d'éviction. Le preneur ne peut y renoncer par contrat.

B - Procédure de renouvellement du bail

Les textes régissant la procédure de renouvellement du bail sont les articles 124 et 125 de l'AUDCG.

Aux termes de l'article 124 de l'AUDCG, dans le cas d'un bail à durée déterminée, le preneur désireux d'obtenir le renouvellement de son contrat, est tenu d'en faire la demande par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, au plus tard trois mois avant l'expiration de la date du bail.

Si la demande n'est pas formulée dans ce délai par le preneur, il est déchu de son droit au renouvellement du bail. Le bailleur qui n'a pas fait connaître sa réponse à la demande de renouvellement au plus tard un mois avant l'expiration du bail est réputé avoir accepté le principe du renouvellement de ce bail.

En revanche, l'article 125 précise que, dans le cas d'un bail à durée indéterminée, toute partie qui entend le résilier, est tenue de donner à l'autre un congé par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire au moins six mois à l'avance. Le preneur, bénéficiaire du droit au renouvellement du bail peut s'opposer à ce congé, au plus tard à la date d'effet de celui-ci, en notifiant à son tour au bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire sa contestation de congé. S'il n'a pas formulé sa demande de renouvellement dans le délai imparti ou s'il n'a pas contesté en temps utile le congé reçu, il est déchu

de son droit au renouvellement du bail et ce dernier prend fin à la date fixée par le congé.

Paragraphe 2 : Les effets du droit au renouvellement du bail

La mise en œuvre du droit au renouvellement du bail est susceptible de produire des effets distincts selon que le bail est renouvelé (A) ou non (B).

A- Effets du bail renouvelé

En cas de renouvellement accepté expressément ou implicitement par les parties, et sauf accord différent de celles-ci, la durée du nouveau bail est fixée à 3 ans. En cas de renouvellement pour une durée indéterminée, les parties doivent prévoir la durée du préavis de congé qui ne peut être inférieure à six mois (Article 123 al. 3 et 4 de l'AUDCG).

Le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du bail précédent si celui-ci est à durée déterminée. En revanche, s'il est à durée indéterminée, l'effet est produit à partir de la date pour laquelle le congé a été donné. Dans l'un et dans l'autre cas, le bail renouvelé répond en principe au même régime que le bail initial, rien n'interdit toutefois que les parties modifient certaines clauses au premier contrat. Ainsi, celle relative au loyer peut être révisée dans le sens d'une augmentation du montant, pour tenir par exemple compte de la nouvelle valeur locative.

B - Effets du bail non renouvelé

Il est possible que le renouvellement du bail soit refusé catégoriquement. Le refus peut être suivi du paiement d'une indemnité d'éviction (1) ou non (2).

1 - Refus de renouvellement du bail avec paiement d'une indemnité d'éviction En principe, le bailleur peut toujours refuser le renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée. Mais il est tenu de payer une indemnité

d'éviction s'il ne s'appuie sur aucun motif légitime. A défaut d'accord sur le montant de cette indemnité, celle-ci est fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, de la situation géographique du local et des frais de déménagement imposés par le défaut de renouvellement (art.126 de l'AUDCG).

2-Refus de renouvellement sans paiement d'une indemnité

Le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée, sans avoir à régler l'indemnité d'éviction dans trois hypothèses : l'existence d'un motif légitime à l'encontre du preneur sortant (a), la reprise de l'immeuble aux fins de démolition et de reconstruction (b) ainsi que la reprise de l'immeuble aux fins d'habitation (c).

a - Existence d'un motif légitime à l'encontre du preneur sortant

Ce motif peut consister soit en l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail, soit en la cessation de l'exploitation de l'activité.

Mais un tel motif ne peut être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après une mise en demeure du bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, d'avoir à les faire cesser.

b- Reprise de l'immeuble aux fins de démolition et de reconstruction

Le bailleur n'est pas tenu de verser une indemnité d'éviction lorsqu'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et de le reconstruire.

Tel est le cas lorsque les travaux sont justifiés par l'insalubrité de l'immeuble ou lorsqu'il est établi que ce dernier ne peut être occupé sans danger à raison de son état (Cass. civ., 9 janv.1969, Gaz. Pal., 1969, 1, 224).

Mais il est tenu de justifier la nature et la description des travaux projetés.

Le preneur a toutefois le droit de rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux de démolition.

c-Reprise de l'immeuble aux fins d'habitation

Le bailleur peut aussi, sans versement d'indemnité d'éviction, refuser le renouvellement du bail portant sur les locaux d'habitation accessoires des locaux principaux, pour les habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint ou ses ascendants, ses descendantes ou ceux de son conjoint (art.128 al 1^{er} AUDCG).

Chapitre 9 : La vente commerciale

Le Livre VIII de l'AUDCG détermine le champ d'application ainsi que les règles applicables à la vente commerciale.

Le Livre VIII ne s'applique pas à toutes les ventes commerciales. Relativement à son champ d'application, il faut distinguer entre les ventes concernées et les ventes exclues. Les ventes régies par le Livre VIII sont les ventes et les fournitures de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou morales.

L'article 237 de l'AUDCG dispose que : « la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente ». L'AUDCG renvoie au droit national de chaque État partie en ce qui concerne la vente commerciale.

La vente est définie par le Code civil comme une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer, (cf. art. 1582 C. civ.). Relativement au Livre VIII de l'AUDCG, la chose objet de la vente commerciale doit être une marchandise, et les protagonistes de cette opération doivent être des commerçants.

Le Livre VIII régit également les contrats de fourniture de marchandises qui ne sont pas destinés directement à la vente, mais à des activités de fabrication ou de production.

Il existe deux conceptions possibles de la notion de marchandises. Une conception large et une conception étroite. Selon la première, le terme marchandise s'applique à tout objet mobilier destiné à la vente. Selon la seconde conception en revanche, le terme marchandise ne s'applique qu'aux choses mobilières qui se comptent, qui se pèsent ou qui se mesurent. La convention de Vienne qui a largement inspiré le législateur OHADA n'a pas non plus défini la notion de marchandise (v. art. 1 et 2). Mais pour la doctrine, c'est la conception

restrictive qui a été retenue par cette convention (D. Mainguy, *Réflexions sur la notion de produits en droit des affaires*, RTD Corn. 1999, p. 54).

Quelle que soit la définition de marchandise qui sera retenue, le Livre VIII ne trouvera à s'appliquer que lorsque la vente ou la fourniture de marchandises impliquent deux commerçants.

Aux termes de l'article 237 al.1 de l'AUDCG, le livre VIII ne s'applique qu'aux contrats de vente de marchandises conclu entre commerçants, personnes physiques ou morales (l'article 202 de l'ancien AUDCG était dans le même sens). Les rédacteurs du livre VIII n'ont pas jugé opportun de définir le commerçant dès lors que sa définition est donnée par un autre article de l'AUDCG.

Certaines ventes sont exclues du champ d'application du Livre VIII de l'AUDCG, soit en raison de leur finalité, soit en raison de leur complexité, soit enfin en raison de leur soumission à un régime particulier.

Les articles 235 et 236 de l'AUDCG énumèrent les ventes exclues. Il ressort clairement de ces articles les ventes suivantes :

- les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage;
- les contrats de fournitures de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ;
- les ventes aux enchères ;
- les ventes sur saisi ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ;
- les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ; -les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;

-
- les ventes d'électricité.

On analysera d'une part les règles de formation de la vente commerciale (section 1) et d'autre part les effets du contrat de vente (section 2).

Section 1 : Formation de la vente commerciale

La formation de la vente commerciale est gouvernée en droit OHADA par des principes qu'il convient d'exposer (paragraphe 1) avant de s'intéresser aux conditions de formation du contrat de vente commerciale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Principes gouvernant la formation de la vente commerciale

Trois principes gouvernent la formation de la vente commerciale: le principe du consensualisme (A), le principe de bonne foi (B) et la liberté dans la conduite et la rupture des négociations (C).

A - Principe du consensualisme

Le principe du consensualisme signifie que, sauf exception expresse, un contrat se forme par le seul échange des consentements (solo consensu) sans qu'aucune forme particulière ne soit nécessaire (M. Fabre-magnan, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral ,2^e éd. mise à jour, Thémis droit, PUF, 2010,p. 215). Il en est ainsi du contrat de vente commerciale en droit OHADA. En effet, aux termes de l'article 240 de l'AUDCG, il n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut, suivant la volonté des parties, être écrit ou verbal. Le législateur OHADA a tiré toutes les conséquences du principe du consensualisme en consacrant le principe de la liberté de preuve (art. 240 in fine). Ce principe ne peut cependant jouer que lorsque le contrat a été conclu verbalement. S'il a été conclu par écrit, sa preuve ne peut être rapportée que par cet écrit.

B - Principe de bonne foi

Comme le principe du consensualisme, le principe de bonne foi est expressément consacré par le législateur OHADA. L'article 237 de l'AUDCG dispose en effet: "Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi". Le législateur n'a pas défini la notion de bonne foi. Elle revêt pourtant en droit des contrats une double signification. Elle renvoie d'abord à la loyauté du contractant. Celle-ci signifie l'absence de mauvaise foi, autrement dit la probité, la loyauté, l'honnêteté. La bonne foi renvoie ensuite à la loyauté contractuelle, qui impose au contractant un devoir de coopération et de collaboration, une attitude emprunte de Justice contractuelle.

C - liberté dans la conduite et la rupture des négociations

La liberté contractuelle, principe fondateur du droit des contrats, implique la liberté de négociation en vertu de laquelle chacun est entièrement maître de sa décision de conclure ou non le contrat. C'est cette liberté dans la conduite et la rupture des négociations que rappelle l'article 249 al. 1^{er} de l'AUDCG qui dispose : " les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord".

Paragraphe 2 - Conditions de formation de la vente commerciale

La vente commerciale étant un contrat consensuel, sa formation n'obéit à aucune condition de forme.

L'étude de ses conditions de formation se réduit donc à l'analyse des conditions de fond. Ces dernières sont identiques à celles prévues par l'article 1583 C. civ. qui dispose que la vente est parfaite "dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix". Trois éléments doivent donc être réunis afin que soit conclu un contrat de vente (civile ou commerciale) : le consentement des parties (A), une chose (B) et un prix (C).

A- Consentement des parties

La vente commerciale étant purement consensuelle, sa formation repose sur le mécanisme de la rencontre et de l'accord des volontés. L'article 241 de l'AUDCG, dispose que "le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord. Une offre est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer ". Une proposition de contracter, constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. L'offre prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire. Elle doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable.

B -Chose

L'exigence d'une chose est la deuxième condition de validité du contrat de vente posée par l'article 1583 du Code civil de 1804, encore applicable comme droit commun des contrats et de la vente dans la plupart des États membres de l'OHADA. Pour pouvoir être vendue, la chose doit présenter un certain nombre de caractères : elle doit exister, être déterminée et cessible (tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation).

C - Prix

Le prix constitue un élément essentiel de la vente. Aussi ne dit-on pas de prix, pas de vente, (Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y Gautier, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Defrénois, 2005, N° 200, p. 139). Ce principe fondamental a deux significations. La première a pour objet la détermination, le sérieux et la réalité du prix. La deuxième a pour fonction la qualification du contrat.

Ainsi, une convention dans laquelle la contrepartie à l'aliénation de la chose serait autre qu'une somme d'argent ne pourrait être une vente, mais serait un autre contrat tel qu'un échange, un apport en société, un louage d'ouvrage ou un contrat innommé.

Section 2 : Effets de la vente commerciale

La vente commerciale est un contrat synallagmatique qui fait naître des obligations à la charge des parties (paragraphe 1). En tant que contrat translatif de propriété, elle produit également des effets sur les marchandises (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les obligations des parties

Il s'agit des obligations du vendeur (A) et celles de l'acheteur (B).

A- Les obligations du vendeur

L'article 250 de l'AUDCG met à la charge du vendeur trois obligations principales : l'obligation de livraison (1), l'obligation de conformité (2) et l'obligation de garantie (3).

1- Obligation de livraison

La livraison peut être définie comme la remise de la marchandise achetée à l'acheteur. Aux termes de l'article 250 alinéa 1 de l'AUDCG, la livraison a pour objet les marchandises ainsi que les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison.

Les modalités de la livraison sont relatives au lieu et à la date de la livraison.

En principe, les marchandises doivent être livrées au lieu convenu par les parties (art. 251 AUDCG). Mais lorsque les parties n'ont pas désigné le lieu de livraison, le vendeur doit tenir les marchandises à la disposition de l'acheteur soit au lieu où elles ont été fabriquées ou stockées, soit au siège de son activité de vendeur.

Lorsque la vente implique le transport des marchandises, le vendeur satisfait à son obligation de livraison envers l'acheteur du seul fait de la remise de ces marchandises au transporteur (art. 252 al. 1 AUDCG). Toutefois, le vendeur doit livrer les marchandises à la date fixée par le contrat ou déterminer selon ces stipulations.

2 - Obligation de conformité

Aux termes des dispositions de l'article 255 al. 1^{er} de l'AUDCG : « le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat ». La conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la prise de livraison, même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement. L'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être.

3 - Obligation de garantie

L'article 260 de l'AUDCG dispose que : « le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur l'accepte de les prendre dans ces conditions. Le vendeur doit garantir l'acheteur de toute éviction par son fait personnel ». Il s'agit d'une garantie d'éviction aussi bien du fait des tiers que du fait personnel.

B - Les obligations de l'acheteur

L'article 262 de l'AUDCG met à la Charge de l'acheteur deux obligations: le paiement du prix (1) et la prise de livraison des marchandises (2).

1 - Paiement du prix

Aux termes de l'article 263 de l'AUDCG, le prix que doit payer l'acheteur est le prix convenu. Le prix exprimé dans le contrat est présumé convenu hors taxes.

L'acheteur est tenu de prendre toutes mesures nécessaires à l'accomplissement des formalités préalables au paiement effectif du prix. Le paiement du prix au vendeur est fait soit au siège de son activité, soit au lieu de la livraison. L'acheteur doit payer le prix à la date convenue et ne peut subordonner son paiement à une démarche du vendeur (article 268 de l'AUDCG).

2 - Prise de livraison

L'acheteur doit prendre livraison en accomplissant les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison, puis il doit retirer les marchandises. La prise de livraison suppose pour l'acheteur l'accomplissement de différents actes juridiques et matériels tendant à faciliter le retrait de la marchandise.

Paragraphe 2 : Effets à l'égard des marchandises

Les effets de la vente à l'égard des marchandises sont d'une part le transfert de propriété (A) et d'autre part le transfert de risques (B).

A-Transfert de propriété

L'article 275 de l'AUDCG dispose : « La prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues ». Cependant, l'article 276 de l'AUDCG reconnaît aux parties la possibilité de différer le transfert de propriété par le jeu d'une clause de réserve de propriété. Les conditions de validité et d'opposabilité de la clause de réserve de propriété sont fixées par les articles 72 à 78 de l'AUS. A peine de nullité, la réserve de propriété doit être convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties. Pour être opposable aux tiers, la réserve de propriété doit être régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier.

B - Transfert des risques

En principe, le transfert des risques s'opère lors du transfert de la propriété (art. 277 al.

1^{er} de l'AUDCG), celui-ci s'opérant lui-même à la prise de livraison des marchandises. La conséquence naturelle du transfert de risques à l'acheteur est que la perte ou la détérioration des marchandises survenues après ce transfert ne le libère en principe pas de son obligation de payer le prix. Il n'en serait autrement que si la perte ou la détérioration sont le fait du vendeur (art. 277 al. 2 AUDCG). Le premier aménagement à cette solution de principe concerne l'hypothèse où le contrat de vente prévoit la remise des marchandises à un transporteur. Dans ce cas, l'article 278 alinéa 1^{er} de l'AUDCG dispose que les risques sont transférés à l'acheteur par la remise des marchandises au premier transporteur. L'alinéa 2 de l'article 278 de l'AUDCG ajoute que l'autorisation donnée au vendeur de conserver les documents représentatifs des marchandises n'affecte pas le transfert des risques. Le deuxième aménagement concerne l'hypothèse où les marchandises sont vendues en cours de transport.

Dans ce cas, l'article 279 alinéa 1^{er} de l'AUDCG dispose que les risques sont transférés à l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente. Cependant, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 279, si le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la perte ou de la détérioration de ces marchandises, il supporte seul la charge de ces risques s'il n'en a pas informé l'acheteur.

Le troisième aménagement de la solution de principe concerne l'hypothèse où les marchandises vendues ne sont pas individualisées. Dans ce cas, le transfert des risques s'effectue au moment de leur identification qui emporte mise à disposition de l'acheteur (Art. 280 AUDCG).

Chapitre 10 : Les intermédiaires de commerce

L'AUDCG tient compte de la nature et de la spécificité de la mission de chaque intermédiaire et prévoit des règles propres à chaque contrat d'intermédiaire. Ainsi, convient-il d'envisager successivement les règles particulières au commissionnaire (section1) au courtier (section 2) et à l'agent commercial (section3).

Section 1 : Le contrat de commission

L'AUDCG ne définit pas la commission (auquel il fait pourtant référence à l'art. 193) mais le commissionnaire ; aux termes de l'art. 192, « le commissionnaire est un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son propre nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat ». Cette définition s'applique bien aux trois catégories de commissionnaire que l'AUDCG vise expressément, à savoir : le commissionnaire chargé d'acheter ou de vendre des marchandises, le commissionnaire de transport et le commissionnaire en douane.

Cela étant, quel que soit le type de contrat de commission, les deux parties supportent des obligations réciproques dont l'inexécution emporte des conséquences.

Paragraphe 1 : Les obligations des parties

Il convient d'abord d'évoquer les obligations du commissionnaire et ensuite celles du commettant.

A-Les obligations du commissionnaire

Le commissionnaire n'est pas un mandataire comme les autres. En effet, agissant en son nom propre, il dispose d'une plus grande liberté et ne reçoit en

principe pas d'instructions de la part du commettant. Force est cependant d'observer que l'AUDCG restreint cette liberté du commissionnaire en posant en règle qu'il est tenu d'exécuter les actes faisant l'objet du contrat de commission, conformément aux directives du commettant (art. 193). En cas d'instructions ou de directives données par le commettant, le commissionnaire doit les respecter, sauf à prendre l'initiative de la rupture du contrat si la nature du mandat ou les usages s'y opposent (art.193). En revanche, lorsqu'il s'agit de simples indications de la part du commettant, le commissionnaire doit autant que faire se peut, agir au mieux des intérêts de son cocontractant.

Outre l'obligation d'exécuter sa mission conformément aux directives ou instruction du commettant, le commissionnaire a l'obligation d'agir loyalement pour le compte du commettant. C'est ainsi qu'il est interdit au commissionnaire d'acheter pour son propre compte les marchandises qu'il est chargé de vendre ou de vendre ses propres marchandises au commettant (art. 194). Cette interdiction vise à éviter un conflit d'intérêt au détriment du commettant. Par ailleurs, le commissionnaire est tenu d'une obligation de diligence pour sauvegarder les intérêts du commettant lorsque les marchandises expédiées se trouvent dans un état défectueux ou peuvent se détériorer.

Selon le cas, il lui revient de sauvegarder les droits et recours du commettant, de conserver la marchandise et de l'avertir sans retard, ou faire vendre la marchandise (art. 199). Enfin, le commissionnaire est tenu d'une obligation d'informations et d'une obligation de rendre compte de sa gestion envers le commettant (art.195).

B-Les obligations du commettant

Le contrat de commission met surtout à la charge du commettant des obligations d'ordre pécuniaire. En premier lieu, le commettant doit verser la rémunération au commissionnaire en contrepartie de ses prestations. Le commissionnaire a droit à la commission dès lors qu'il a exécuté son mandat (art

196). En second lieu, il doit rembourser au commissionnaire les frais et débours normaux exposés dans l'exécution de son mandat, à condition que ces frais aient été utiles et qu'ils soient justifiés (art 197). En outre, le commettant est tenu d'indemniser le commissionnaire de ses pertes bien que celui-ci ait consenti un crédit ou une avance à un tiers sans son accord, s'il est démontré qu'il a agi dans son intérêt (art 201).

Paragraphe 2 : Les sanctions et garanties contre l'inexécution des obligations

L'AUDCG prévoit notamment des sanctions contre le commissionnaire en cas de manquements à ses obligations tout en lui reconnaissant un droit de rétention en cas de non-paiement de ses créances par le commettant.

A-Les sanctions affectant le commissionnaire

Le commissionnaire qui manque à ses obligations peut voir sa responsabilité engagée ou perdre son droit à commission.

S'agissant de la responsabilité, il est évident que le commissionnaire soit responsable en cas d'exécution ou de mauvaise exécution de ses obligations. Il s'agit bien entendu d'une responsabilité pour faute dans la mesure où le commissionnaire est tenu d'une obligation de moyens. Le commettant doit rapporter la preuve de la faute du commissionnaire ainsi que le préjudice subi. Il faut observer que le commissionnaire ne répond que des conséquences de ses propres fautes. Toutefois, il est responsable envers le commettant de l'inexécution des obligations incombant aux tiers avec lesquels il a traité lorsqu'il s'est porté garant. Tel est le cas en présence d'une clause dite de du croire (art 202). L'autre sanction est la perte du droit à commission (art 203). Il en est notamment ainsi lorsqu'il s'est rendu coupable d'actes de mauvaise foi envers le commettant (par exemple en lui indiquant un prix supérieur au prix

d'achat ou inférieur à celui du prix de vente). L'AUDCG sanctionne ainsi le commissionnaire « coupable » de déloyauté à l'endroit de son cocontractant.

B-Le droit de rétention du commissionnaire

Le commissionnaire dispose, pour le paiement de ses créances, du droit de rétention sur les marchandises qui appartiennent ou qui sont destinées au commettant. L'exercice de ce droit est subordonné aux conditions prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (en particulier, le commissionnaire doit s'en prévaloir avant toute saisie et justifier d'une créance certaine, liquide et exigible). Il faut par ailleurs préciser que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) prévoit un privilège au profit du commissionnaire qui lui confère un droit de préférence par rapport aux autres créanciers sur les marchandises.

Section 2 : Le contrat de courtage

S'il est un intermédiaire qui mérite cette qualification, c'est bien le courtier. En effet, à la différence du commissionnaire qui agit pour le compte du représenté, le courtier n'est pas un représentant. L'art 208 de l'AUDCG le définit précisément, comme « un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes ». Dès lors, le courtier est indépendant des personnes qu'il met en relation et son rôle consiste essentiellement à l'organisation des démarches de nature à faciliter l'accord entre celles-ci et la conclusion du contrat. (Art 209 et 210)

Cela étant, le contrat de courtage emporte des obligations à la charge des parties qui l'ont conclu. Le courtier s'expose d'ailleurs à des sanctions en cas de manquement à ses obligations.

Paragraphe 1 : Les obligations des parties

Elles sont à la charge du courtier et de son donneur d'ordre.

A-Les obligations du courtier

Le courtier assume principalement deux obligations : une obligation d'information et une obligation de diligence. Elles sont prévues à l'article 210 de l'AUDCG.

L'obligation d'information consiste, pour le courtier, à donner aux parties qu'il met en relation, toutes les informations utiles leur permettant d'exprimer un consentement libre et éclairé. Ces informations peuvent concerner les parties qui veulent conclure le contrat (il s'agit des informations portant sur la personne de chaque contractant, ses capacités ou qualités, etc.) ou sur le contrat projeté (par exemple sur son projet, ou les conditions émises par une partie pour conclure, etc.).

Quant à l'obligation de diligence, il s'agit, pour le courtier, « de faire tout ce qui est de nature à faciliter la conclusion du contrat ». Le courtier doit donc tout mettre en œuvre en vue de faciliter l'accord entre les parties et la conclusion de contrat. A ce titre, il peut intervenir personnellement dans la négociation (avec naturellement l'accord des parties), donner des conseils ou porter assistance aux parties. En tout état de cause, l'obligation incombant au courtier est une obligation de moyens.

B-Les obligations du donneur d'ordre

Il convient d'observer que les services du courtier peuvent être sollicités soit par l'une des parties désirent contracter, soit par les deux. Quel que soit le cas, il revient au donneur d'ordre de payer la rémunération du courtier. Si les deux parties sont donneuses d'ordre, la commission est normalement à leur charge.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne le courtage portant sur une vente, lorsque le vendeur et l'acheteur sont tous les deux donneurs d'ordre, la commission être fixée et répartie entre eux par accord commun avec courtier (art 212).

La rémunération due au courtier correspond à un pourcentage du montant de l'opération déterminé par les parties sur la base du tarif en usage et, à défaut de tarif, conformément aux usages. En l'absence d'usage, la rémunération est fixée en tenant, compte de tous les éléments relatifs à l'opération. Le courtier a droit à la rémunération dès que ses prestations ont abouti à la conclusion du contrat (art 213). Cependant, s'il a été convenu que ses dépenses lui seraient remboursées, elles lui sont dues lors même que le contrat n'a pas été conclu.

Paragraphe 2 : La sanction des manquements du courtier

Le courtier qui manque à ses devoirs engage sa responsabilité envers le donneur d'ordre et peut même dans certains cas, perdre son droit à la rémunération.

A-La responsabilité du courtier

Aux termes de l'art 210 al. 2 de l'AUDCG, le courtier est responsable en cas de fausses déclarations faites à une partie en vue de l'amener à contracter, sur la capacité ou qualité de l'autre partie. La partie ainsi abusée devra établir le préjudice et démontrer qu'elle a été intentionnellement trompée par le courtier sur les capacités ou qualités de son cocontractant.

B-La perte du droit à la rémunération

Le courtier perd son droit à rémunération et à remboursement de ses dépenses en cas de déloyauté vis-à-vis de son donneur d'ordre. Il en est ainsi lorsqu'il reçoit une rémunération du tiers contractant à l'insu du donneur d'ordre (art 215).

Section 3 : Le contrat d'agence commerciale

L'agent commercial contrairement au commissionnaire et au courtier, est le seul mandataire véritable, au sens du droit civil. Il est un mandataire professionnel dont le rôle est en effet de négocier et si telle est la volonté du mandant, de conclure le contrat (art 216). Les contrats visés expressément par l'AUDCG sont la vente, l'achat, la location et la prestation de service pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou même d'autres agents commerciaux.

L'agent commercial et son mandant sont liés, non par un contrat de travail, mais par un contrat d'agence commerciale dont il faut préciser les obligations qu'il crée à la charge des parties avant de s'intéresser à ses conditions d'extinction.

Paragraphe 1 : Les obligations des parties

L'agent commercial et son mandant sont tenus d'obligations réciproques et d'obligations particulières.

A-Les obligations réciproques

Aux termes de l'art 217 de l'AUDCG « l'agent commercial et son mandant sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information ».

L'obligation de loyauté signifie d'une manière générale que chaque partie doit s'abstenir envers l'autre de tout comportement déloyal susceptible de préjudicier à ses intérêts. Les parties doivent donc agir avec sincérité dès lors que comme le prévoit l'art 217, le contrat d'agent commercial est conclu dans l'intérêt commun des deux parties. Ainsi, pour l'agent commercial, l'obligation de loyauté consiste notamment dans l'obligation de non-concurrence qui se traduit par l'interdiction d'accepter la représentation d'un concurrent de son mandant, sauf accord écrit de ce dernier. Reste que l'agent commercial peut pour son propre compte mener une activité concurrente à celle de son mandant, sauf

convention contraire (art 219). Pour le donneur d'ordre, par contre, l'obligation de loyauté se découvre par l'obligation de respecter l'exclusivité accordée à l'agent. Non seulement, il doit s'abstenir de faire appel à un autre agent, mais encore, il ne peut directement se substituer à l'agent pour effectuer les opérations confiées, à ce dernier.

L'obligation d'information a un double objectif. Vue du côté de l'agent commercial, elle vise à permettre la facilitation de l'exécution du contrat. A cet effet, le mandant doit lui fournir toutes les informations ou instructions relatives au mandat qui lui a été confié. Il doit, le cas échéant, lui remettre les documents nécessaires à une bonne exécution de sa mission. En revanche, vue du côté du mandant, l'obligation d'information assumée par l'agent procède de la reddition des comptes. Il est normal que le mandant soit informé de la manière dont l'agent commercial exécute le contrat afin qu'il soit en mesure de réagir ou de donner les instructions appropriées en cas de besoin.

B-Les obligations particulières

Des obligations spécifiques découlent aussi du contrat d'agence commerciale. Certaines sont imposées à l'agent commercial, d'autres au donneur d'ordre.

Quant aux obligations de l'agent commercial, on en note deux. D'une part, il est tenu d'exécuter son mandat en bon professionnel (art 217). D'autre part, l'agent commercial est tenu d'une obligation de non-utilisation ou de non-divulgence des « informations qui lui ont été communiquées par le mandant à titre confidentiel ou dont il a eu connaissance à ce titre en raison du contrat » (art. 219). L'art. 219 a trait à l'obligation au secret de l'agent commercial.

En ce qui concerne les obligations du mandant, on en note également deux. En premier lieu, «le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter le mandat» (art. 217). Cette obligation paraît bien recouvrir les obligations de loyauté et d'information ci-dessus évoquées. En tout cas, le

mandant doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour permettre à l'agent commercial de bien accomplir sa mission.

En second lieu, le mandant doit payer la rémunération et rembourser les frais et débours de l'agent commercial.

Paragraphe 2 : La cessation du contrat d'agence

Le contrat d'agence commerciale prend fin différemment selon qu'il a été conclu à durée déterminée ou indéterminée. En tout cas, elle obéit à des règles dérogatoires à celles du code civil relatives à la fin du mandat. L'objectif de l'AUDCG est alors certainement d'assurer une meilleure protection à l'agent commercial. Cette protection se traduit notamment par l'exigence préalable d'un préavis et l'institution d'une indemnité compensatrice au profit de l'agent commercial.

A-L'exigence du préavis

Cette exigence ne concerne pas le contrat à durée déterminée qui prend effectivement fin à l'arrivée du terme sans qu'aucune formalité quelconque, ne soit nécessaire (art.227): Ce contrat se transforme d'ailleurs en contrat à durée indéterminée lorsque les parties poursuivent son exécution nonobstant l'expiration du terme prévu. Dans ce cas, c'est le régime prévu pour la cessation du contrat à durée indéterminée qui s'applique. C'est donc lorsque le contrat est à durée indéterminée que celle des parties qui prend l'initiative de la rupture doit adresser un préavis à l'autre (art. 228 al. 1). Toutefois, le préavis n'est pas nécessaire « lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure» (art. 228 al. 7). La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. S'il s'agit d'un contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée, la durée du préavis se calcule à compter du début

des relations contractuelles entre les parties. Il est reconnu aux parties le droit de convenir d'un délai de préavis plus long mais non d'un délai plus court. Ce délai doit cependant être identique pour les deux parties (art. 228. al. 5 et 6).

L'AUDCG ne prévoit pas de sanction de l'inexécution de l'obligation de préavis. On peut néanmoins penser que la 'partie n'ayant pas été avertie pourra toujours agir en responsabilité contre l'auteur de la rupture pour obtenir une éventuelle réparation du préjudice subi.

B-L 'indemnité compensatrice

Elle est acquise à l'agent commercial (ou à ses ayants-droit s'il est décédé) en cas de rupture du contrat d'agence, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée; Cette indemnité ne se confond pas aux-dommages-intérêts éventuels auxquels il peut prétendre (art. 229). L'indemnité ainsi visée est une somme forfaitaire que le mandant verse à l'agent à la suite de la cessation du contrat d'agence. Pour en bénéficier, l'agent commercial doit signifier au mandant par acte d'huissier ou lui notifier par tout moyen permettant d'établir la réception effective, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, sa volonté de faire valoir ses droits (art. 229 al.1). A défaut de cette formalité, il perd le droit à l'indemnité. Son montant est déterminé par la loi pour les trois premières années d'exécution du contrat (elle correspond à un, deux ou trois, mois de commission) et par les parties au-delà de trois ans de contrat (art. 231). En l'absence d'accord entre les parties, l'indemnité ne peut être inférieure à trois mois de commission.

L'indemnité n'est pas due (art. 230) :

- en cas de cessation du contrat provoquée par la faute grave de l'agent commercial;
- en cas de cessation du contrat résultant de l'initiative de l'agent, à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou ne soit due à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent

commercial, et plus généralement, par toutes circonstances indépendantes de la volonté de l'agent par suite desquelles la poursuite de son activité ne plus être raisonnablement exigée;

- lorsqu'en accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.

Il apparaît ainsi que l'indemnité compensatrice ne saurait être versée à l'agent commercial soit en cas de cessation par le mandant due à sa .faute, soit en cas de cessation résultant de sa décision, soit en cas de cession à un tiers de ses droits et obligations.

Telles sont les règles essentielles qui gouvernent la cessation du contrat d'agence commerciale. Quelle que soit d'ailleurs la cause de la cessation, chaque partie est tenue de restituer tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat, sans préjudice du droit de rétention dont l'une ou l'autre peut se prévaloir (art. 233).