



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Organization for the Harmonization of Business Law in Africa
Organizacion para la Armonizacion en Africa de la Legislacion Empresarial
Organizaçao para a Harmonizaçao em Africa do Direiton dos Negocios



**ECOLE REGIONALE SUPERIEURE
DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA)**

FORMATION DES FORMATEURS AUX ACTES UNIFORMES REVISES

*Thème : Droit commercial général et droit des sûretés
du 12 au 15 juillet 2011*

LE STATUT JURIDIQUE DU COMMERCE

Par :

Pr. MODI KOKO BEBEY Henri Désiré,

*Agrégé des facultés françaises de droit,
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques
et Politiques de l'Université de Douala
(CAMEROUN)*

LE STATUT JURIDIQUE DU COMMERÇANT

Communication du Pr Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY

DOYEN de la FSJP (Université Douala)

Parler du statut de commerçant pourrait se réduire à un examen des droits et obligations du commerçant qui constituent l'essentiel de son statut. Mais, la révision de l'Acte uniforme n'a pas innové dans ce domaine. Elle ne modifie pas davantage les conditions d'accès au commerce. Quelques règles particulières ont été révisées, en rapport avec les droits et obligations du commerçant. Elles concernent la preuve, la prescription, l'immatriculation au RCCM, etc. Mais c'est surtout la définition du commerçant et celle de l'acte de commerce par nature qui seront exposées.

A travers cette double définition, la révision de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général poursuit un triple objectif :

La simplification du droit, pour en améliorer l'application ;

L'adaptation du droit au contexte, conformément au vœu des pères fondateurs du Traité ;

Le comblement des lacunes révélées par plus d'une décennie d'application et de réflexion sur le droit uniforme.

Ces trois objectifs se retrouvent dans le réaménagement du statut juridique du commerçant, en particulier dans la définition que donnent les articles 2 et 3, du commerçant et des actes de commerce.

1/ La définition du commerçant

Aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme « est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'acte de commerce par nature sa profession » au lieu de « *sont commerçants, ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle* ».

- Le singulier est-il neutre ici ? on pourrait se demander pourquoi, depuis le Code de commerce de 1807, le législateur définissait les commerçants et pas le commerçant.

- La notion de profession habituelle qui était redondante est abandonnée, l'habitude étant caractéristique de toute profession qui implique la répétition d'actes de même nature.
- La qualité de commerçant ne découle que de l'accomplissement d'actes de commerce par nature.

Conformément à la tradition héritée du Code de commerce de 1807, le commerçant se définit à travers les actes de son activité quotidienne. Ces actes dits de commerce et dont l'énumération est donnée par les articles 3 et 4 de l'Acte uniforme, doivent être exercés dans le cadre d'une profession et de manière indépendante (voir l'article 7 alinéa 2 qui le précise à propos du conjoint du commerçant).

2/ Le critère de l'acte de commerce par nature

En réaménageant l'énumération légale des actes de commerce, les articles 3 et 4 de la première version de l'Acte uniforme sur le droit commercial général n'avaient pas permis de dégager un véritable critère de l'acte de commerce.

La lacune est désormais comblée par l'article 3 du nouvel Acte uniforme qui donne la définition suivante :

« 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 ».

Le législateur fédère ici deux des trois critères autrefois proposés par la doctrine à savoir le critère de la circulation et celui de la spéculation. En revanche le critère de l'entreprise n'a pas été retenu. De fait, l'activité de certains commerçants comme les agents d'affaires, les spéculateurs en bourse ne s'exerce pas toujours dans le cadre d'une véritable entreprise.

• *Le critère de la circulation*

L'acte de commerce est un acte d'entremise dans la circulation des marchandises.¹ Le commerce consiste dans la transmission et la distribution des richesses. Tout acte aidant à ces opérations sera

¹ Pour THALLER, HAMEL et LAGARDE, l'acte de commerce est un acte de circulation.

considéré comme un acte de commerce : ainsi, le transport, la vente aux consommateurs.

Mais l'idée de circulation ne pouvait pas expliquer tous les actes de commerce, et notamment, les activités industrielles qui sont autre chose que de simples actes d'achat pour revendre.

Les rédacteurs de l'Acte uniforme ont ainsi retenu, à côté de la circulation des biens achetés par le commerçant, celle des biens produits.

Cette définition rassurera aussi les économistes qui avaient du mal à comprendre pourquoi les juristes considéraient l'industriel comme un commerçant, alors que l'industriel n'achète pas pour revendre. Il fallait souvent, pour les convaincre, rappeler que les «opérations de manufacture» sont des actes de commerce.

- *Le critère de la spéculation*

L'acte de commerce est fait dans le but de réaliser des bénéfices, en spéculant sur la transformation ou l'échange des produits.²

Le critère de la spéculation traduit la réalité, car l'acte gratuit reste en dehors du commerce. Le commerçant n'agit pas dans un but désintéressé. Quand bien même il vendrait à perte, ce qui est du reste interdit, c'est soit pour éliminer un concurrent, soit dans l'espoir que les bénéfices ainsi sacrifiés lui en rapporteront de plus grands encore dans le futur s'il parvient à se mettre en position de monopole. Mais, le commerce n'est pas la seule activité spéculative. De nombreuses autres activités artisanales ou agricoles, ainsi que des professions libérales sont également orientées vers la recherche du gain.

A contrario, les actes de commerce par la forme n'ont à proprement parler, aucun caractère spéculatif. Ils constituent des instruments de paiement, au sens des Règlements communautaires. C'est donc à juste titre que les rédacteurs de l'Acte uniforme n'ont retenu que les actes de commerce par nature, pour la définition du commerçant.

Aucun de deux critères pris isolément n'était satisfaisant pour définir l'acte de commerce. Chacun d'eux en expliquait un aspect sans

² Selon des auteurs comme Pardessus, Lyon-Caen et Renault. Y. Guyon, t. 1 précité, n° 56

véritablement le caractériser. La conception que retient le texte de l'OHADA dans sa définition l'acte de commerce par nature, consacre la thèse du Doyen Ripert qui considérait que l'acte de commerce est simplement un acte accompli dans l'exercice du commerce, c'est-à-dire un acte professionnel. Il ne nécessitera pas toujours d'être accompli dans le cadre d'une entreprise, c'est-à-dire d'une organisation particulière.

3/ L'énumération légale des actes de commerce

L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général consacre ses articles 3 et 4 à l'énumération des actes de commerce, en distinguant d'une part, les actes de commerce par nature et, d'autre part les actes de commerce par la forme.

La plupart des actes figurant dans l'énumération légale ont le caractère d'actes de commerce par nature, c'est-à-dire qu'ils sont réputés comme tels, à raison de leur seul objet, indépendamment du statut de celui qui les accomplit.

Pour l'essentiel, le nouvel Acte uniforme reprend une liste des actes de commerce déjà connue. On peut regretter que ses rédacteurs ait maintenu l'expression un peu ancienne d'«opérations de manufacture ».

Toutefois, il importe de signaler l'ajout concernant les contrats entre commerçants, qui est loin d'être anodin. Cet ajout va aussi dans le sens de la simplification de la théorie juridique de l'acte de commerce.

En effet, dans la classification traditionnelle des actes de commerce, la doctrine distinguait les actes de commerce proprement dits des actes de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire, ou acte de commerce par accessoire, et des actes de commerce par anticipation.

Les actes de commerce par accessoire ou en vertu de la théorie de l'accessoire sont des actes juridiques dont l'objet n'est pas commercial, mais qui sont accomplis par un commerçant à l'occasion, ou pour les besoins de son commerce. Ces actes deviennent commerciaux parce qu'ils sont l'accessoire de la profession commerciale. Par exemple, un commerçant qui achète un véhicule

pour le revendre accomplit un acte de commerce par nature. Si le même véhicule est acheté pour assurer les livraisons ou l'exploitation commerciale, il ne s'agirait plus d'un acte de commerce par nature, mais par accessoire, parce que accompli par le commerçant pour les besoins de son commerce.

A l'opposé, les actes de commerce par anticipation sont conclus par une personne qui n'est pas encore commerçante, mais qui se prépare à le devenir. Par exemple, l'achat d'un fonds de commerce a pu être considéré par anticipation comme un acte de commerce accompli par un futur commerçant pour les besoins de son futur commerce³.

Ces distinctions ne sont plus nécessaires aujourd'hui. L'article 3 de l'Acte uniforme réputant acte de commerce par nature, les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce. Ces besoins peuvent être actuels (théorie de l'accessoire) ou future (anticipation).

³ Com. 19 juin 1972 JCP 1973. II. 17356 note Calais-Auloy.