



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique  
du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature  
(E.R.SU.MA.)



**FORMATION DES MAGISTRATS  
DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**

du 26 mars au 06 avril 2007

# **DROIT COMMERCIAL GENERAL**

**Par Pr. Ndiaw DIOUF**

*Agrégé des Facultés de Droit,  
Professeur Titulaire à la Faculté  
des Sciences Juridiques et Politiques l'UCAD*

*FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA  
Du 26 mars au 06 avril 2007*

**ORGANISATION POUR L'HARMONISATION  
EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES**

**PROGRAMME REGIONAL DE FORMATION**

**ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA  
MAGISTRATURE (E.R.SU.M.A.)**

**PROGRAMME D'APPUI A L'OHADA**

**SESSION DE FORMATION DES MAGISTRATS DES  
COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**

*Du 26 mars au 06 avril 2007*

**ACTE UNIFORME RELATIF  
AU DROIT COMMERCIAL GENERAL**

**Communication de Monsieur Ndiaw DIOUF  
Agrégé des Facultés de Droit  
Professeur Titulaire à la Faculté  
des Sciences juridiques et politiques de l'UCAD**

**DAKAR – SENEGAL**

## L'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT COMMERCIAL GENERAL

L'Adoption d'une nouvelle législation est toujours redoutée aussi bien par les praticiens que par les théoriciens qui craignent un bouleversement des habitudes acquises. L'entrée en vigueur des Actes uniformes pris en application de l'art 10 du Traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique n'a pas échappé à la règle. C'est ce qui explique cette interrogation angoissée : y a-t-il une rupture avec les principes traditionnels sur lesquels repose le droit des affaires ?

La lecture de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (AU/DCG) révèle un certain nombre d'innovations.

Dans la forme d'abord ; il y a un effort de simplification, car les règles qui étaient fixées dans des textes différents et de valeur juridique inégale se retrouvent désormais dans un document unique.

Dans le fond ensuite ; certaines règles solidement acquises ont été modifiées, si elles n'ont pas été purement et simplement abrogées. (Voir par exemple les règles sur le fonds de commerce).

Ces innovations ne doivent pas surprendre dans des pays qui se sont inscrits dans la perspective d'une modernisation de la vie des affaires.

Tous ceux qui s'intéressent au monde des affaires s'accordent pour dire que la législation applicable dans la plupart des pays qui sont aujourd'hui signataires du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires était archaïque et inadaptée, car remontant le plus souvent à la période coloniale. Par ailleurs il y avait une diversité des législations qui était peu compatible avec la tendance à la réalisation de l'intégration économique par la constitution d'ensemble régionaux et sous régionaux.

Il fallait, au vu de ce qui précède, une législation modernisée et harmonisée. L'Acte uniforme portant sur le Droit Commercial Général constitue la première étape dans cette œuvre. Il existe désormais des règles communes dont l'examen révèle qu'il y a d'importantes innovations. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les règles qui régissent les deux aspects de la vie des affaires : l'accès à la profession commerciale et l'exercice de cette profession.

## **Titre 1 : L'ACCES A LA PROFESSION COMMERCIALE**

En lisant l'art. 2 de l'AU/DCG aux termes duquel «Sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession », on a l'impression qu'il suffit d'accomplir des actes de commerce pour devenir commerçant et qu'aucune condition particulière n'est exigée.

On a d'autant plus cette impression qu'il y a, dans nos pays, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pourtant malgré cette liberté du commerce et de l'industrie, l'accès à la profession commerciale est subordonné à un certain nombre de conditions. Certaines de ces conditions sont liées à la personne, d'autres sont liées à l'activité.

### **Chapitre 1 - Les Conditions liées à la personne**

Il y a deux conditions de cette nature qui procèdent de préoccupations différentes :

- ✓ d'une part les conditions destinées à protéger ceux qui veulent devenir commerçants ;
- ✓ d'autre part les conditions destinées à protéger l'intérêt général.

#### **Section 1 - Les Conditions destinées à protéger ceux qui veulent devenir commerçants**

Il y a certaines personnes auxquelles la loi interdit de participer au commerce juridique parce qu'elle veut les protéger contre leur inexpérience ou la défaillance de leur faculté mentale ou corporelle. C'est pourquoi la capacité d'exercice est une condition d'accès à la profession commerciale. Ces incapables ne peuvent donc pas devenir commerçants. La femme mariée qui a retrouvé la pleine capacité peut en ce qui la concerne devenir commerçante.

#### **PARAGRAPHE 1 - LES INCAPABLES**

Il s'agit des mineurs et des majeurs incapables.

##### **I - Les Mineurs**

Le mineur ne peut devenir commerçant ni même accomplir occasionnellement des actes de commerce. Au Sénégal : « **Est considéré comme mineur, la personne de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de 19 ans accompli** ».

Le mineur peut cependant être relevé de l'incapacité par l'émancipation qui découle du mariage.

Le mineur émancipé peut comme un majeur accomplir tous les actes de la vie civile avec quelques restrictions en matière d'adoption ou de mariage. Il peut contrairement aux mineurs ordinaires devenir commerçant. Selon l'article 7 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AU/DCG , le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut devenir commerçant ; cela signifie à contrario que le mineur émancipé peut devenir commerçant.

##### **II- Les Majeurs Incapables**

Alors que l'incapacité est la règle chez les mineurs, c'est la capacité qui est la règle chez les majeurs. Donc les incapacités sont des exceptions chez les majeurs. Il y a 2 types d'incapacité chez les majeurs : les incapacités de défiance et les incapacités de protection.

- ✓ Les incapacités de défiance ont pour but d'empêcher certains majeurs d'accomplir eux-mêmes certains actes de la vie civile et ceci à titre de sanction. Ex : Les personnes condamnées à une peine afflictive et infamante sont placées sous le régime de la tutelle.
- ✓ Quant aux incapacités de protection, elles sont destinées, comme le nom l'indique à assurer la protection, des personnes qui, en raison de la défaillance de leur faculté mentale ou corporelle, sont présumées hors d'état d'exprimer leur volonté.

Sont frappés de ce type d'incapacité les majeurs chez lesquels, il y a une perturbation des facultés mentales et les majeurs chez lesquels l'altération des facultés corporelles est telle qu'elle empêche l'expression de la volonté. Quelle que soit sa nature, l'altération doit être constatée par un médecin mais c'est le juge qui choisit le régime de sauvegarde le plus approprié.

Ces régimes sont au nombre de trois (3) :

- ☞ **Le placement sous la protection de justice** : C'est un régime temporaire appliqué aux malades internés ou soignés à domicile. Le seul effet de ce régime c'est de faire présumer l'absence du consentement.
- ☞ **La Curatelle** : Ce régime s'applique aux individus qui, sans être hors d'état d'agir eux-mêmes, ont besoin d'être conseillés ou contrôlés dans les actes de la vie civile. Il s'applique également aux individus qui, en raison de leur prodigalité, de leur intempérance ou de leur oisiveté s'exposent au risque de tomber dans le besoin ou de compromettre gravement l'exécution de leurs obligations familiales. Ce régime a pour effet d'empêcher le majeur d'agir seul. En quelque sorte le majeur qui est placé sous ce régime doit nécessairement être assisté de son curateur pour l'accomplissement des actes les plus importants.
- ☞ **La Tutelle** : Ce régime s'applique aux majeurs dont les facultés mentales sont durablement altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement lié à l'âge. Cette altération doit être telle que la personne a besoin d'être représentée de manière continue dans les actes de la vie civile. Lorsque le placement sous le régime de la tutelle est décidé, le majeur ne pourra pas agir lui-même ; il devra être représenté par son tuteur.

L'AU ne dit pas expressément que les majeurs incapables ne peuvent pas devenir commerçants. En effet après avoir indiqué que nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce (art. 6), le législateur se borne à préciser dans l'art. 7 que le mineur non émancipé ne peut devenir commerçant.

Mais il ne faut pas oublier que les majeurs incapables sont presque dans la même situation que les mineurs. **On doit considérer qu'en dehors des majeurs placés sous le régime de la protection de justice, aucun majeur incapable ne peut devenir commerçant.**

**PARAGRAPHE 2 - LA SITUATION DE LA FEMME MARIEE**

Pendant longtemps la femme mariée était considérée comme incapable. A l'origine c'est à dire au moment de l'adoption du code civil la femme mariée était frappée d'une incapacité générale.

C'est la loi du 18 février 1938 qui l'a relevée de cette incapacité. Mais elle ne pouvait exercer le commerce qu'avec l'autorisation de son mari. Celle-ci fut supprimée par la loi du 22 septembre 1942 : la femme n'avait plus besoin de l'autorisation du mari, mais celui-ci pouvait s'opposer à l'exercice du commerce par sa femme si l'intérêt de la famille le justifiait. C'est ce régime que le code de la famille a repris au départ.

En effet l'article 371 du code de la famille prévoyait que la femme avait comme le mari le plein exercice de sa capacité civile. Ses droits et ses pouvoirs n'étaient limités que par les dispositions du dit code sur les régimes matrimoniaux et celles de l'article 154.

Or l'article 154 permettait au mari de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée en portant cette opposition à la connaissance des tiers. Ce texte avait réservé cependant la possibilité pour la femme d'obtenir du juge l'autorisation de passer outre, si l'opposition n'était pas justifiée par l'intérêt de la famille.

Cet article 154 du code de la famille a été abrogée par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1989. Désormais rien ne s'oppose à l'exercice par la femme mariée de la profession commerciale.

Il convient toutefois de souligner que la femme mariée qui ne fait que détailler le commerce de son mari, n'a pas la qualité de commerçant. Cette règle qui résulte de l'article 7 alinéa 2 de l'AU vise d'ailleurs aussi bien la femme que le mari. Selon ce texte, le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit lui-même des actes de commerce à titre de profession habituelle.

## **Section 2 - Conditions liées à la nécessité de protéger l'intérêt général**

Il faut assainir les professions commerciales pour assurer la protection de l'intérêt général. Certaines personnes doivent être écartées de la vie des affaires. deux procédés sont utilisés pour y arriver : **les interdictions et les incompatibilités.**

### **Paragraphe 1 : Les interdictions**

Le législateur a jugé que dans l'intérêt de la clientèle et de manière générale dans l'intérêt public, il faut empêcher certaines personnes d'exercer le commerce. C'est ce qui explique l'adoption de la règle contenue dans l'article 10 de l'Acte Uniforme.

Il résulte de ce texte que l'activité commerciale ne peut être exercée par les personnes coupables de certains agissements.

Il s'agit des personnes qui ont fait l'objet d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des Etats parties ou d'une interdiction professionnelle.

Il s'agit également des personnes à l'égard desquelles, a été prononcée une peine privative de liberté pour un crime de droit commun ou une peine d'emprisonnement d'au moins 3 mois, non assortie d'un sursis pour un délit contre les biens ou une infraction en matière économique ou financière.

Cette dernière interdiction est discutable. Certes, on peut comprendre qu'une personne ayant fait l'objet d'une condamnation pour une infraction en relation avec les affaires, soit exclue de la profession commerciale, mais on peut difficilement comprendre qu'une personne condamnée pour une infraction d'une autre nature fasse l'objet d'une interdiction d'exercer une profession commerciale.

A notre avis, l'auteur d'un meurtre, d'un homicide ou d'un incendie peut parfaitement être un excellent commerçant. Lui interdire l'accès à la profession commerciale après l'exécution de sa peine c'est empêcher sa réhabilitation, sa réinsertion sociale.

## **PARAGRAPHE 2 - LES INCOMPATIBILITES**

Après avoir posé comme principe qu'il n'y a pas d'incompatibilité sans texte, l'AU/DCG prévoit que l'exercice d'une profession commerciale est incompatible avec l'exercice des professions énumérées dans l'article 9.

Les professions visées sont les suivantes :

**1<sup>er</sup>ement** : **Fonctionnaires et Personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique.**

**2<sup>ème</sup>ement** : **Officiers Ministériels et Auxiliaires de justice (Avocats, Huissiers, Commissaires Priseurs, Agents de change, notaires, greffiers, administrateurs et liquidateurs judiciaires).**

**3<sup>ème</sup>ement** : **Experts Comptables Agrées et Comptables Agrées, Commissaires aux comptes et aux apports, conseillers juridiques, courtiers maritimes.**

Les effets de l'incompatibilité sont prévus par l'article 8 de l'AU.

Selon l'alinéa 4 de cet article, les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité sont valables à l'égard des tiers de bonne foi.

Quant à l'alinéa 5 il prévoit que les tiers peuvent s'ils le souhaitent se prévaloir des actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité, mais celle ci ne peut s'en prévaloir.

## **Chapitre 2 - Les Conditions liées à l'activité**

A la lecture de l'article 2 de l'AU/DCG, on se rend compte que pour devenir commerçant, il faut accomplir des actes de commerce, mais si cette condition est **nécessaire, elle n'est pas suffisante.**

Il faut aussi accomplir les actes de commerce d'une certaine manière. C'est pourquoi on doit également se référer aux modes d'accomplissement des actes.

## **Section 1 - La nécessité d'accomplir des actes de commerce.**

L'accès à la profession commerciale est subordonné à l'accomplissement d'actes de commerce. Puisque cette règle est énoncée dans l'art. 2, on s'attend à avoir une définition de l'acte de commerce dans l'art. 3. Le législateur n'a pas cependant donné une définition de l'acte de commerce ; il s'est borné à donner une liste des actes considérés comme tels dans les articles 3 et 4.

### **Paragraphe 1 - La détermination des actes de commerce.**

A l'origine, c'est l'article 632 du code de commerce qui donnait la liste des actes de commerce. Au Sénégal, ce texte a été abrogé et remplacé par l'article 2 de la loi n° 76 – 60 du 12 juin 1976. Cet article 2 de la loi de 76 est lui-même abrogé avec l'entrée en vigueur de l'AU/DCG. Désormais, il faut se référer aux articles 3 et 4 de cet acte uniforme.

#### **I - LES ACTES ENUMERES DANS L'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT COMMERCIAL**

Il y a ceux qui sont visés dans l'article 3 ; ce sont les actes de commerce par nature. Il y a, aussi ceux qui sont visés par l'article 4, ce sont les actes de commerce par la forme.

##### **A - Les actes de commerce par nature**

Ils sont très divers ; cependant malgré cette diversité, on peut tenter de les regrouper en trois catégories : **l'achat pour revendre, les services et les activités industrielles.**

##### **1 - L'achat pour revendre**

C'est le premier acte de commerce visé par l'article 3 ; il faut souligner ici une différence fondamentale avec la législation qui était en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte uniforme. En effet sous l'empire de la loi de 1976, le législateur ne considérait l'achat pour revendre comme un acte de commerce que si le l'opération portait sur un bien meuble.

**Aujourd'hui l'AU considère l'achat pour revendre comme un acte de commerce quel que soit l'objet. Par conséquent même l'achat pour revendre d'un immeuble est considéré comme un acte de commerce.**

L'achat pour revendre implique la réunion de trois éléments :

- ↳ **D'abord un achat** : ce terme désigne toute acquisition à titre onéreux, cela peut être une acquisition moyennant un prix fixé en argent ; cela peut être aussi un échange.
- ↳ **Ensuite une revente** : les achats qui ne sont pas suivis de revente ne sont pas des actes de commerce ; exemple l'achat en vue d'une consommation.
- ↳ **Enfin l'intention de réaliser des bénéfices** : Même si le texte ne le dit pas expressément, celui qui achète pour revendre sans vouloir réaliser de bénéfices, n'accomplit pas d'actes de commerce. Ex : la coopérative qui achète des produits pour les revendre au prix coûtant à ses adhérents.

##### **2 - Les services**

Il convient de faire ici une observation préliminaire. Certaines opérations visées par l'article 2 de la loi de 1976 ne figurent pas dans la liste dressée par l'article 3 de l'AU. Il en est ainsi des entreprises de fournitures, de bureaux d'affaires, de spectacles publics, des établissements de vente à l'encan.

Il ne faudrait pas en déduire cependant que ces activités ont cessé d'être des actes de commerce. L'adverbe **notamment**, utilisé dans le texte, indique que la liste utilisée dans l'article 3 n'est pas limitative.

Ceci dit, on peut, en essayant de faire un regroupement, dégager deux types de services ayant le caractère d'acte de commerce :

- ↳ Il y a d'une part les actes ayant pour objet d'offrir à la clientèle l'usage temporaire d'un bien ; rentre dans cette catégorie la location de biens meubles.
- ↳ Il y a d'autre part, les actes ayant pour objet l'exécution de certaines prestations au profit d'une clientèle.

Rentrent dans cette catégorie :

- ✓ Les opérations financières telles que les opérations de bourse, de banque, de change et d'assurance ;
- ✓ Les opérations des intermédiaires de commerce (opérations de courtage, de commissions, d'agences commerciales) et les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés commerciales ou immobilières.
- ✓ Les prestations de services de caractère purement matériel telles que les opérations de transport et de télécommunication.

### **3 - Les activités industrielles**

Le législateur vise dans l'article 3 les opérations de manufacture. Il faut entendre par-là les activités industrielles. Ces activités ont le caractère d'actes de commerce, même si elles ont pour objet l'exploitation des mines, des carrières et des gisements de ressources naturelles.

### **B - Les actes de commerce par la forme**

Il existe deux catégories d'actes considérées comme actes de commerce par leur forme. Il y a d'une part les effets de commerce et le warrant.

Il y a d'autre part, **les sociétés commerciales par leur forme.**

#### **1 - La lettre de change, le billet à ordre et le warrant**

Sous l'empire de l'article 2 de la loi de 1976, seule la lettre de change était considérée, parmi les effets de commerce, comme un acte de commerce par la forme.

La règle selon laquelle la lettre de change est un acte de commerce par la forme s'explique par des considérations historiques.

Cet effet de commerce était le titre permettant de constater un contrat de change qui n'était signé que par des commerçants

Aujourd'hui, avec l'AU/DCG, la liste des actes de commerce par la forme s'est allongée. En effet selon l'article 4 de l'AU/DCG «Ont également le caractère d'actes de commerce, et ce, par leur forme la lettre de change et le billet à ordre, et le warrant.».

La lettre de change est le titre par lequel une personne appelée **tireur** donne l'ordre, à une autre personne appelée **tirée**, de payer, à une troisième personne appelée **bénéficiaire** ou à son ordre, une somme d'argent déterminée, à une échéance déterminée.

Le billet à ordre est le titre par lequel une personne appelée **souscripteur** s'engage à payer, à une échéance déterminée, une somme d'argent déterminée, à une autre personne appelée **bénéficiaire** ou à son ordre.

Le warrant est un dérivé du billet à ordre qui permet de constituer et de transmettre un gage garantissant l'engagement du souscripteur.

L'article 4 ne vise pas le chèque ; cet instrument de paiement ne constitue donc pas un acte de commerce par la forme. Le caractère civil ou commercial du chèque dépend donc de la qualité de celui qui l'a émis et la nature de l'opération.

## **2 - Les sociétés commerciales par leur forme**

Certaines sociétés sont considérées comme des sociétés commerciales en raison de leur forme indépendamment de la nature de leur activité. C'est ce qui résulte de l'article 6 alinéa 2 de l'AU/DSC&GIE. Selon ce texte «Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés anonymes (SA) ».

Il suffit donc qu'une société soit constituée sur l'une de ces formes pour être considérée comme une société commerciale, même si l'activité est essentiellement civile.

## **II - CARACTERE DE L'ENUMERATION**

On s'est toujours demandé, sous l'empire de la législation antérieure, si l'énumération des actes de commerce était limitative ou indicative.

Pour ce qui est de l'AU/DCG, le doute n'est plus permis. En effet l'utilisation de l'adverbe notamment dans l'article 3 montre clairement que le législateur n'a pas entendu dresser une liste limitative.

C'est pourquoi le débat sur les critères de l'acte de commerce est toujours d'actualité. Trois critères ont été successivement proposés :

**FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**  
*Du 26 mars au 06 avril 2007*

- ❖ Le premier critère est tiré de l'idée de circulation. L'acte de commerce serait, selon les auteurs qui ont mis en avant ce critère, l'acte qui s'intercale dans la circulation des richesses.

Ce critère présente un avantage, c'est la simplicité. Chez le producteur l'acte n'est pas encore dans le commerce, c'est un acte civil. Chez le consommateur l'acte n'est plus dans le commerce, c'est un acte civil.

Il présente cependant des inconvénients, car il risque de conduire à reconnaître le caractère commercial à des actes qui sont civils. Ex : l'acte accompli par les coopératives qui achètent des produits pour les revendre à leurs adhérents sans rechercher de bénéfices.

Il aboutit également à écarter du domaine du droit commercial, des actes de commerce. Ex : l'acte accompli par l'industriel.

- ❖ Le deuxième critère est tiré de l'idée de spéculation. L'acte de commerce serait, pour les partisans de ce critère, l'acte fait dans l'intention de réaliser des bénéfices en spéculant sur la transformation ou l'échange des produits. Le terme spéculation doit s'entendre de toute recherche de bénéfice. Peu importe donc que l'activité soit déficitaire. Un commerçant peut, en effet, vendre à perte aujourd'hui mais le sacrifice de bénéfice immédiat peut avoir pour résultat, la réalisation d'un plus grand profit dans l'avenir.

Ce critère présente-lui aussi des inconvénients, même s'il traduit souvent la réalité.

En premier lieu, on peut difficilement le mettre en œuvre, car il suppose qu'on scrute l'intention de la personne ce qui n'est pas du tout aisé.

Par ailleurs, il se révèle souvent inexact. En effet, certains actes de commerce sont de simples procédés de paiement et n'impliquent nullement l'idée de réaliser des bénéfices.

Ex : Signature d'une lettre de change.

Inversement certains actes accomplis par une personne, qui recherche des bénéfices, ne sont pas considérés comme des actes de commerce. Ex : les actes accomplis par l'artisan.

- ❖ Le troisième critère est tiré de l'idée d'entreprise. En application de ce critère, est considéré comme acte de commerce l'acte accompli dans le cadre d'une entreprise. Ce critère comme les précédents présente des faiblesses. Certains actes sont considérés comme des actes de commerce même s'ils sont accomplis en dehors du cadre de l'entreprise. Ex : Signature d'une lettre de change, les actes de spéculateurs en bourse. Dans le même temps, certains actes sont considérés comme des actes civils même s'ils ont été accomplis dans le cadre d'une entreprise. Ex : les actes accomplis par les artisans.

En conclusion, on doit reconnaître que, pris isolément, aucun de ces critères n'est satisfaisant ; il faut donc les combiner pour avoir une idée de ce qu'est l'acte de commerce car tous contribuent à expliquer cette notion.

La détermination de l'acte de commerce est de la plus grande importance, car seul l'accomplissement d'actes de commerce répété permet de distinguer les professions commerciales et les professions non commerciales.

## **Paragraphe 2 - L'utilisation de la notion d'acte de commerce dans la distinction des professions commerciales et des professions non commerciales.**

Pour être commerçant, il faut accomplir des actes de commerce. C'est ce qui explique que les professions, dont l'exercice n'implique pas l'accomplissement d'actes de commerce, soient considérées comme des professions non commerciales. Tel est le cas des agriculteurs, des membres des professions libérales et des artisans.

### **I - LES AGRICULTEURS.**

Traditionnellement, les agriculteurs sont considérés comme des civils, car ils n'accomplissent pas d'actes de commerce.

En effet ils n'achètent pas pour revendre ; ils produisent pour vendre. Cette analyse était confortée par l'article 638 de l'ancien code de commerce qui était ainsi conçu : «Ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire cultivateur ou vigneron pour vente de denrées provenant de son crû ».

On a d'ailleurs toujours considéré que la terre relève du domaine du droit civil.

Il existe cependant des cas où l'agriculteur est considéré comme commerçant. Il en est ainsi lorsque l'activité de transformation des produits, à laquelle se livre parfois l'agriculteur, est supérieure à l'activité de production.

De la même manière l'éleveur, qui achète des animaux et les nourrit avec des produits provenant de l'extérieur, est considéré comme commerçant, dès lors qu'il n'y a pas de séjour prolongé des animaux dans sa ferme.

### **II - LES MEMBRES DES PROFESSIONS LIBERALES.**

Ils se distinguent des commerçants à trois points de vue.

D'abord, ils ne recherchent pas des bénéfices ; ils recueillent des honoraires. Ensuite, ils exercent une activité essentiellement intellectuelle et jouissent d'une certaine indépendance.

Enfin, ils jouissent de la confiance personnelle de leur client. C'est d'ailleurs ce qui explique l'incessibilité de leur clientèle.

Pourtant on note un glissement de ces professions vers la commercialité. La clientèle est de plus en plus retenue par l'installation matérielle et les membres de ces professions tournent la règle de l'interdiction de la cession de cette clientèle en s'engageant à présenter les clients au successeur contre rémunération.

Par ailleurs la confiance personnelle tend à disparaître en raison de l'exercice de ces professions sous forme de société.

Enfin, les membres des professions libérales font de plus en plus appel aux techniques du commerce, lorsque les règles professionnelles ne s'y opposent pas ; par exemple la publicité.

### **III - LES ARTISANS.**

Le code de commerce ignore les artisans, le code civil aussi. C'est pourquoi en France, c'est la jurisprudence qui a précisé le statut de l'artisan au regard du droit commercial.

Elle l'a fait à partir de trois éléments :

- ↳ D'abord l'autonomie : l'artisan est un travailleur autonome, ce qui permet de le distinguer du salarié. (Celui qui est dans un lien de subordination et perçoit une rémunération n'est pas artisan.)
- ↳ Ensuite l'absence de spéculation sur les services et sur les machines. L'artisan ne doit pas spéculer sur le travail d'autrui en employant à son service un trop grand nombre de collaborateurs. Il ne doit pas non plus spéculer sur le travail des machines, car il vit normalement de son travail manuel ou du travail familial.
- ↳ Enfin l'absence de spéculation sur les marchandises ou les matières premières qu'il utilise. L'artisan ne doit pas accomplir d'acte de commerce sans rapport avec ses activités de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services. S'il est obligé de revendre les produits en l'état, ces reventes ne doivent pas excéder une certaine fraction de ses revenus.

Au Sénégal, il y a une définition administrative de l'artisan dans le décret n° 87-1275 du 10 septembre 1987 relatif au statut d'entreprise artisanale et au titre de qualification professionnelle, mais cette définition peut être utilisée en matière commerciale. Ce texte a pour objet de créer les conditions d'un développement de l'artisanat en établissant une distinction claire entre la notion d'entreprise artisanale et le titre de qualification.

Cette distinction devrait permettre aux investisseurs privés de créer une entreprise artisanale sans pour autant avoir le titre d'artisan.

Le statut de l'entreprise artisanale est reconnu aux entreprises, à partir de l'application cumulative de deux critères.

- ↳ Le premier critère est relatif à la nature de l'activité de l'unité de production. En application de ce critère, on considère comme entreprise artisanale, l'entreprise qui a une activité de production, de transformation, de réparation ou de service à l'exception des activités agricoles, de pêche, de transport et des activités exclusivement commerciales ou spécifiquement intellectuelles.
- ↳ Le deuxième critère est relatif au nombre d'employés. En application de ce critère, on considère comme artisanale, l'entreprise dont le nombre d'employés ne dépasse pas cinq (5). Il convient de préciser qu'il n'est pas tenu compte, pour l'appréciation du nombre d'employés, du conjoint du chef d'entreprise, de ses descendants, ascendants, collatéraux et alliés jusqu'au troisième degré inclus ; il n'est pas tenu compte non plus de ses apprentis. Dans le même ordre d'idée, l'emploi des travailleurs journaliers ou saisonniers ne fait pas perdre à l'entreprise son statut d'entreprise artisanale si le concours supplémentaire procuré par ces travailleurs est limité à 90 jours par an.

Pour ce qui est des titres de qualifications professionnelles, le décret de 1987 en retient trois :

1. Le titre de Maître artisan
2. Le titre d'Artisan
3. Le titre de Compagnon

## **Section II - Le mode d'accomplissement des actes**

Un simple particulier peut accomplir occasionnellement des actes de commerce sans pour autant devenir commerçant. L'accomplissement d'actes de commerce est, certes, **une condition nécessaire d'acquisition de la qualité de commerçant, mais c'est une condition insuffisante, il faut en outre deux autres conditions** :

- d'une part : **l'accomplissement des actes de commerce à titre de profession habituelle.**
- d'autre part : **l'accomplissement des actes de manière indépendante et personnelle.**

### **Paragraphe 1 - L'accomplissement des actes de commerce à titre de profession habituelle.**

Il y a ici une redondance, car la profession implique nécessairement l'habitude. En utilisant cette expression «profession habituelle», le législateur veut simplement dire que l'accomplissement d'actes de commerce ne confère la qualité de commerçant que si l'intéressé en tire l'essentiel de ses revenus.

Il faut déduire de cette exigence deux conséquences :

-en premier lieu, lorsque la personne accomplit des actes de commerce isolés, elle n'acquiert pas de ce seul fait la qualité de commerçant. Ex : l'artisan qui accessoirement à son activité de production ou de transformation, achète pour revendre certains produits.

-en second lieu, la personne qui accomplit des actes de commerce, même de façon répétée, n'acquiert pas la qualité de commerçant dès lors que l'accomplissement de tels actes ne lui procure pas l'essentiel de ses revenus.

Ainsi l'accomplissement d'actes de commerce par la forme, même de manière répétée ne confère pas la qualité de commerçant.

Il a été jugé qu'un bailleur qui tire des lettres de change pour percevoir ses loyers n'a pas la qualité de commerçant. Ce qui lui procure ses revenus ce n'est pas l'émission des lettres de change, mais la mise en location de ses immeubles.

Ceci dit, la profession commerciale doit être exercée à titre principal, cela ne veut pas dire que cette profession doit être exclusive. On peut en effet exercer à la fois une profession commerciale et une profession civile. On est alors commerçant parce que l'une des professions est commerciale.

Il a été jugé qu'un notaire qui spéculé en bourse avec l'argent déposé par les clients doit être considéré comme un commerçant et à ce titre soumis aux procédures collectives.

L'exercice simultané de deux professions ne doit cependant pas être confondu avec l'exercice à titre principal d'une profession et l'accomplissement accessoire d'actes relevant normalement d'une autre profession.

Ainsi lorsque l'intéressé exerce à titre principal une profession commerciale, il est commerçant même s'il accomplit des actes civils accessoirement. D'ailleurs ces actes civils deviennent des actes de commerce par application de la théorie de l'accessoire s'ils ont été accomplis pour les besoins du commerce.

Inversement, lorsque l'intéressé exerce à titre principal une activité civile, il reste un civil même s'il accomplit accessoirement des actes de commerce. Ces actes de commerce peuvent aussi devenir des actes civils par application de la théorie de l'accessoire. Ex : un artisan qui est amené à acheter des matières premières qu'il revend incorporées dans un produit est un civil. Ces achats pour revendre qui sont des actes de commerce par nature deviennent des actes civils, sauf s'ils dépassent les besoins de la profession.

## **Paragraphe 2 - L'accomplissement des actes de manière indépendante et personnelle**

Même si le législateur ne l'a pas prévu expressément, on a toujours considéré que pour être commerçant, il faut jouir d'une certaine autonomie dans l'exercice de son activité ; c'est pourquoi les auxiliaires des commerçants qui ne justifient pas d'une indépendance suffisante ne sont pas considérés comme des commerçants, alors que les intermédiaires indépendants sont considérés comme commerçants.

### **I - Les auxiliaires non commerçants**

Ceux qui accomplissent des actes de commerce pour le compte d'autrui, n'ont pas la qualité de commerçant du fait de leur lien de dépendance vis à vis de leur commettant. C'est le cas des salariés des commerçants qui sont liés à leurs employeurs par un contrat de travail. Avant l'abrogation de certaines dispositions du COCC sur les intermédiaires, l'idée d'indépendance avait été mise en avant pour distinguer les V.R.P. qui étaient commerçants et ceux qui ne l'étaient pas.

Le COCC définissait le V.R.P. comme l'intermédiaire qui se chargeait de préparer et de conclure les opérations commerciales sous le nom d'un ou plusieurs commerçants en vertu d'un lien permanent sans s'engager personnellement.

Il y avait deux types de V.R.P. :

- d'une part, ceux dont la mission consistait à rechercher et à visiter une clientèle d'après les instructions reçues et dont le contrat précisait la marchandise à vendre, la clientèle à démarcher et le taux de rémunérations ; ces V.R.P. là, faute d'indépendance n'étaient pas considérés comme des commerçants ;

-d'autre part, ceux qui bénéficiaient d'une large autonomie dans l'exercice de leur activité ; ceux là étaient considérés comme des commerçants.

### **II - Les intermédiaires commerçants**

L'AU/DCG définit les intermédiaires de commerce comme ceux qui ont le pouvoir d'agir habituellement et professionnellement pour le compte d'autres personnes afin de conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial.

Trois types d'intermédiaire sont visés par l'Acte uniforme :

- ✓ **Les commissionnaires ;**
- ✓ **Les agents commerciaux ;**
- ✓ **Les courtiers.**

Ces intermédiaires sont soumis à deux types de règles : **des règles communes et des règles propres.**

#### **A. LES REGLES COMMUNES**

Les règles communes, qui constituent ce que l'on pourrait appeler le droit commun de l'intermédiation commerciale, sont fixées par les articles 137 à 159 de l'AU. Elles concernent le statut des intermédiaires, la constitution et l'étendue de leurs pouvoirs, les effets des actes qu'ils accomplissent et la fin de leur contrat.

##### **1. Le Statut des intermédiaires**

Ils sont tous commerçants (art 138 Al. 1<sup>er</sup>). Ils doivent, à ce titre, remplir toutes les conditions prévues par les articles 6 à 12 AU/DCG. Ils peuvent être personnes physiques ou personnes morales.

##### **2. La constitution et l'étendue des pouvoirs**

Les intermédiaires sont mandataires. C'est ce qui explique l'application des règles du mandat aux relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers. Ces règles sont complétées par les dispositions de l'AU. Ils tirent leurs pouvoirs d'un mandat qui peut être écrit ou verbal. En l'absence d'écrit le mandat peut être prouvé par tout moyen, y compris par témoignage.

En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs, elle est fixée, en l'absence de stipulations contractuelles, par la nature de l'affaire. Selon l'article 146 de l'AU, les intermédiaires peuvent notamment accomplir les actes juridiques nécessaires à l'exécution de leur mandat. Le mandat ne comporte pas cependant le pouvoir d'accomplir certains actes en l'absence de pouvoir spécial. Ils ne peuvent notamment, s'ils n'ont pas reçu de pouvoir spécial, engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, faire des donations.

##### **3. Les effets des actes accomplis par les intermédiaires**

Pour analyser ces effets, il faut distinguer trois situations :

- ✓ L'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de son pouvoir et dans les conditions où le tiers connaissait ou était censé connaître sa qualité d'intermédiaire. Dans ce cas, ces actes lient directement le représenté et le tiers. A moins qu'il ne résulte des circonstances de l'espèce que l'intermédiaire a entendu s'engager personnellement.
- ✓ L'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de ses pouvoirs, mais le tiers ignorait ou n'était pas censé connaître la qualité de l'intermédiaire. Dans ce cas, c'est l'intermédiaire qui est personnellement engagé.
- ✓ L'intermédiaire agit sans pouvoir ou excède ses pouvoirs. Dans ce cas, ses actes ne lient ni le représenté, ni le tiers. Il n'en serait autrement que si le comportement du représenté avait conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi que l'intermédiaire avait le pouvoir d'agir pour son compte. Dans cette dernière hypothèse, le représenté ne peut se prévaloir, à l'égard du tiers, du défaut de pouvoir de l'intermédiaire.

Lorsqu'il agit sans pouvoir ou en dehors des limites de ses pouvoirs, l'intermédiaire est tenu d'indemniser le tiers afin de le rétablir dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte avait été accompli avec les pouvoirs nécessaires.

Le représenté peut cependant ratifier l'acte accompli par l'intermédiaire qui agit sans pouvoir ou en dehors des limites de ses pouvoirs. Dans cette hypothèse, l'acte ratifié produit les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un pouvoir.

Le contrat d'intermédiation fait naître des obligations à la charge du représenté et de l'intermédiaire.

Le représenté doit rembourser à l'intermédiaire en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a engagés pour l'exécution régulière du mandat, il doit aussi le libérer des obligations contractées.

L'intermédiaire doit, en ce qui le concerne, rendre compte de sa gestion à toute époque lorsque le représenté en fait la demande.

Il doit verser les sommes perçues pour le compte du représenté ; en cas de retard, il paye les intérêts. Il doit enfin exécuter correctement son mandat ; en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, il doit indemniser le représenté pour le dommage subi.

#### **4. La Fin du mandat**

Les causes de cessation du mandat de l'intermédiation sont prévues par les articles 156 et 157.

L'article 156 vise les causes suivantes :

- ✓ L'accord entre le représenté et l'intermédiaire ;
- ✓ L'exécution complète des opérations pour lesquelles le pouvoir a été donné ;
- ✓ La révocation de l'intermédiaire par le représenté ;
- ✓ La renonciation par l'intermédiaire au mandat.

L'article 157 prévoit trois causes de cessation du mandat :

- ✓ Le décès de l'une des parties ;
- ✓ La survenance d'une incapacité de l'une des parties ;
- ✓ L'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre l'une des parties.

A côté des règles qui constituent le droit commun de l'intermédiation commerciale, il y a des règles propres à chaque type d'intermédiaire.

#### **B - LES REGLES PROPRES .**

1 Le commissionnaire :

**FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**  
**Du 26 mars au 06 avril 2007**

Selon l'article 160, le commissionnaire, en matière ou d'achat, est celui qui se charge de procéder, en son propre nom, mais pour le compte du commettant, à la vente ou à l'achat de marchandises moyennant une commission. Le contrat de commission fait naître des obligations à la charge du commissionnaire et du commettant.

- ✓ Les obligations du commissionnaire : Il doit exécuter, conformément aux directives du commettant, les opérations faisant l'objet du contrat. Il doit agir avec loyauté pour le compte du commettant. C'est pourquoi il lui est interdit d'acheter pour son propre compte les marchandises qu'il est chargé de vendre ou de vendre ses propres marchandises à son commettant. Il doit donner au commettant tout renseignement utile relatif à l'opération. Il doit sauvegarder les droits de recours contre le transporteur lorsque les marchandises expédiées pour être vendues se trouvent dans un état manifestement défectueux. Il doit faire vendre les marchandises lorsqu'il y a lieu de craindre une détérioration rapide. Il doit vendre au prix fixé par le commettant. S'il vend à un prix inférieur, il est tenu de la différence envers le commettant.
- ✓ Les obligations du commettant : Le commettant doit payer une rémunération ou une commission, et celle-ci est due lorsque le mandat est exécuté. Quel que soit le résultat donc, elle est due, même si l'opération est déficitaire. Il doit rembourser les frais et débours normaux exposés par le commissionnaire et qui se sont révélés nécessaires. Pour garantir le paiement des sommes auxquelles il a droit, le commissionnaire peut exercer un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient.

## **2 LE COURTIER:**

Le statut du courtier est fixé par les articles 176 à 183 de l'AU/DCG. Selon l'article 176, le courtier est «Celui qui fait habituellement profession de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir, la conclusion de conventions, d'opérations ou de transactions entre ces personnes ». Le contrat de courtage donne naissance à des obligations à la charge du courtier et des droits à son profit.

- ✓ Les obligations : le courtier doit demeurer indépendant à l'égard des parties et s'abstenir d'intervenir personnellement dans une transaction sans l'accord de celles-ci. Il doit faire tout ce qui est utile pour la conclusion du contrat. Il doit donner aux parties tout renseignement utile à la conclusion de l'accord. Il doit s'abstenir de réaliser des opérations de commerce pour son propre compte.
- ✓ Les droits : le courtier a droit à une rémunération constituée par un pourcentage du montant de l'opération. La rémunération est supportée par le donneur d'ordre. Si c'est le vendeur qui est donneur d'ordre, cette rémunération ne peut être supportée même partiellement par l'acquéreur. Elle vient dans ce cas en déduction du prix normal encaissé par le vendeur. Si l'acheteur est seul donneur d'ordre, il supporte la rémunération qui vient s'ajouter au prix. La rémunération est due dès que l'indication donnée par le courtier ou la négociation, qu'il a conduite, aboutit à la conclusion du contrat. La rémunération n'est pas due si le courtier a agit dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations à l'égard de son donneur d'ordre ou s'il s'est fait remettre à l'insu de ce dernier une rémunération par le tiers contractant.

En plus de la rémunération, le courtier a droit au remboursement des dépenses effectuées si cela avait été convenu. Le remboursement est dû, dans ce cas, même si le contrat n'est pas conclu.

### **3 LES AGENTS COMMERCIAUX :**

Le statut de l'agent commercial est fixé par les articles 184 à 201. Selon l'article 184 l'agent commercial est un mandataire, qui à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location, ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux sans être lié envers eux par un contrat de travail. Le contrat d'agence fait naître un certain nombre d'obligations et de droits à l'égard de l'agent commercial.

- ✓ Les obligations : l'agent commercial a une obligation de loyauté et un devoir d'information. Ces obligations pèsent également sur le mandant. Il a l'obligation de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat, soit par le mandant, soit par un tiers pour le compte du mandant. Cette obligation qui, au demeurant pèse aussi sur le mandant, ne fait obstacle à l'exercice du droit de rétention.

Il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente sans l'accord du mandant.

Il ne peut même pas après la fin du contrat utiliser ou révéler les informations qui présentent un caractère confidentiel.

- ✓ Les droits : l'agent commercial a droit à une rémunération qui, dans le silence du contrat, prend la forme d'une commission calculée conformément aux usages pratiqués dans le secteur d'activité couvert par le mandat. Il a droit au remboursement des frais et débours qu'il a assumés en vertu d'une instruction spéciale du mandat. Ce droit au remboursement ne couvre pas les frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité. En cas de cessation de ses relations avec le mandant, il a droit à une indemnité compensatrice. Cette indemnité n'est pas due lorsque l'agent commercial se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 198 :

- ◆ la cessation des relations provoquée par une faute grave de l'agent commercial ;
- ◆ la cessation du contrat résultant de son initiative ;
- ◆ la cession, à des tiers et avec l'accord du mandant, des droits et obligations résultant du contrat d'agence.

## **TITRE 2 - L'EXERCICE DE LA PROFESSION COMMERCIALE**

Le commerçant est dans une situation particulière, car il a des droits et il supporte des obligations inconnus du droit civil. C'est ce qui fait la particularité de sa condition juridique. Il exerce ses activités dans des conditions particulières..

## **Chapitre 1 - La condition juridique du commerçant**

Il est important de savoir qui est commerçant et qui ne l'est pas, car certains droits et certaines obligations n'existent que pour les commerçants.

### **Section 1 - Les droits des commerçants**

Ils sont de deux ordres. Parfois il s'agit de prérogatives qui leur sont reconnues pour faciliter l'exercice de leur activité, parfois il s'agit de prérogatives qui leur sont reconnues pour assurer leur protection.

#### **PARAGRAPHE 1 - LES PREROGATIVES RECONNUES AUX COMMERÇANTS POUR FACILITER L'EXERCICE DE LEUR ACTIVITE**

Les commerçants bénéficient de la liberté de la preuve. Le domaine de cette règle est d'autant plus étendu que tous les actes civils accomplis par le commerçant pour les besoins de son commerce, subissent l'attraction du droit commercial.

##### **I - La liberté de la preuve**

Deux systèmes sont concevables en matière de preuve.

D'une part le système de la preuve morale encore appelé système de l'intime conviction. Dans ce système le juge n'est pas tenu d'indiquer le cheminement intellectuel utilisé pour arriver à être convaincu. Tous les modes de preuve y sont admissibles, dès l'instant qu'ils ont été régulièrement obtenus. Il n'y a pas non plus de hiérarchisation des modes de preuve.

D'autre part, le système de la preuve légale ou le système de la légalité de la preuve. Dans ce système qui s'applique dans les matières non pénales, il y a trois règles fondamentales :

✓ 1<sup>ère</sup> règle : Les modes de preuve sont limitativement énumérés par la loi. Ces modes de preuves sont les suivants :

- ☞ L'écrit (Actes Sous Seing Prive, Actes Authentiques)
- ☞ Le serment décisoire
- ☞ Le serment supplétoire
- ☞ L'aveu judiciaire
- ☞ L'aveu extrajudiciaire
- ☞ Le témoignage
- ☞ Les présomptions judiciaires.

✓ 2<sup>ème</sup> règle : Dans chaque cas, il y a des modes de preuve qui sont admissibles. Ainsi en matière d'actes juridiques lorsque le montant de l'acte dépasse 20 000 F, il faut nécessairement une preuve pré-constituée ou à défaut le serment décisoire ou l'aveu judiciaire.

Il y a cependant des exceptions à l'obligation de recourir à une preuve parfaite : commencement de preuve par écrit, impossibilité matérielle ou morale de produire ou de pré constituer un écrit, preuve d'actes de commerce.

En matière de faits juridiques, tous les modes de preuves sont admissibles.

- ✓ 3<sup>ème</sup> règle : Les modes de preuve sont hiérarchisés. Il existe deux types de preuve si l'on s'en tient à l'efficacité. Les preuves parfaites lient le juge qui n'a aucun pouvoir d'appréciation. En revanche lorsqu'il s'agit de preuves imparfaites le juge garde son pouvoir d'appréciation.

Ce qui fait la particularité des litiges en matière commerciale, c'est que les règles qui viennent d'être indiquées ne sont pas applicables. En effet selon l'article 5 de l'AU/DCG : « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants ».

Ainsi les commerçants peuvent utiliser des modes de preuve qui ne figurent pas dans la liste établie. Ils peuvent par ex. produire leurs livres de commerce.

De même les commerçants ne sont pas obligés de produire une preuve parfaite (écrit, serment décisoire ou aveu judiciaire) pour les actes juridiques dont le montant dépasse 20 000 F.

Voilà pourquoi on parle de règle de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cette règle ne s'applique cependant que s'il s'agit de preuve **d'acte de commerce**.  
Que se passe-t-il lorsqu'il s'agit **d'acte mixte** ?

La réponse à cette question dépend de la qualité de celui qui a la charge de la preuve. Si c'est le commerçant qui a la charge de la preuve, on applique les règles du droit civil. En revanche lorsque la charge de la preuve pèse sur le civil, il peut être fait application de la règle de la liberté de la preuve.

## **II - L'attraction dans le domaine du droit commercial des actes civils accomplis par le commerçant**

La jurisprudence a toujours considéré que les actes civils accomplis par les commerçants pour les besoins de leur commerce deviennent des actes civils par application de la théorie de l'accessoire. Cette règle est reprise par l'AU/DCG. En effet l'article 3 de l'AU considère comme actes de commerce, les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et les actes effectués par les sociétés commerciales.

L'application de cette règle est cependant subordonnée à deux conditions :

- ✓ Conditions relatives à l'auteur de l'acte.
- ✓ Conditions liées au but de l'acte.

### **A - Conditions relatives à l'auteur de l'acte**

Pour que l'acte devienne un acte de commerce par application de la théorie de l'accessoire, il faut que son auteur ait la qualité de commerçant.

- ✓ Pour les commerçants personnes physiques, il n'y a pas tellement de problèmes ; la qualité de commerçant s'apprécie selon les règles du droit commun. Il suffit tout simplement de remarquer que celui qui veut invoquer la théorie de l'accessoire à son profit, doit être immatriculé au RCCM.

- ✓ Lorsque l'auteur de l'acte est une société commerciale la situation est plus délicate. Certes lorsque la société est commerciale par son objet, on peut appliquer, sans hésitation, la théorie de l'accessoire. Puisque l'activité principale de la personne morale est commerciale, les actes accomplis accessoirement à cette activité deviennent des actes de commerce.

Mais lorsque la commercialité résulte de la seule forme adoptée, l'application de la théorie de l'accessoire est plus délicate. En effet une telle société ayant une forme commerciale et un objet civil ( par exemple société anonyme ayant pour objet la location d'immeuble), la question qui se pose est de savoir s'il faut faire prévaloir la nature civile de l'activité ou le caractère commercial lié à la forme adoptée.

La jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, avait fini par admettre que la forme commerciale de telles sociétés devait l'emporter sur l'objet civil. Ce qui avait conduit à considérer que les actes accomplis par de telles sociétés sont des actes de commerce par accessoire.

L'Acte uniforme adopte la même position car lorsqu'il dit «les actes accomplis par les sociétés commerciales», il ne fait pas de distinction selon qu'il s'agit de sociétés commerciales par la forme ou de sociétés commerciales par objet. Etant donné qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, on doit retenir que les actes accomplis par les sociétés à forme commerciale et à objet civil sont des actes de commerce par accessoire.

## **II - Conditions liées au but de l'acte**

Il ne suffit pas que l'acte ait été accompli par un commerçant pour qu'on le considère comme un acte de commerce. Il faut aussi qu'il ait été accompli pour les besoins du commerce. La question qui se pose est : Comment savoir si l'acte est ou non accompli pour les besoins du commerce ? La jurisprudence avait établi une présomption, elle a toujours considéré que l'acte accompli par le commerçant est présumé l'être pour les besoins du commerce.

### **PARAGRAPHE 2 - LES DROITS RECONNUS AUX COMMERÇANTS POUR ASSURER LEUR PROTECTION**

Les commerçants doivent être protégés contre deux (2) catégories de personnes : d'une part leurs concurrents ; d'autre part leur bailleur.

#### **I - Protection contre leurs concurrents par l'interdiction de la concurrence déloyale:**

Pour protéger les commerçants contre le détournement de leur clientèle, on utilise les techniques de la responsabilité civile. Les pratiques déloyales sont considérées comme des délits civils dont on peut obtenir la sanction en introduisant une action qu'on appelle l'action en concurrence déloyale.

##### **A. Les conditions d'exercice de l'action.**

Il y en a trois (3) : La faute, le dommage et le lien de causalité.

### **1 – La Faute :**

Pour que l'action en concurrence déloyale puisse aboutir, il faut que le concurrent ait accompli un acte contraire aux usages professionnels et jugé déloyal. On considère généralement que le procédé est déloyal dans trois cas :

**1<sup>er</sup> : Il peut s'agir d'un dénigrement.** Le dénigrement consiste à jeter le discrédit soit sur la personne du concurrent ? soit sur les produits qu'il fabrique ou qu'il vend.

**2<sup>ème</sup> : Il peut s'agir aussi d'un acte qui crée la confusion dans l'esprit de la clientèle.** Il y a concurrence déloyale lorsque l'acte conduit les clients à confondre des établissements en raison de la similitude du nom commercial ou de l'enseigne ou à confondre des produits en raison de la similitude des marques.

**3<sup>ème</sup> : Enfin il peut s'agir d'actes ayant pour effet de désorganiser l'entreprise rivale.** Tel est le cas, lorsque le commerçant désorganise la production de son concurrent en révélant ses secrets de fabrication, en débauchant de manière irrégulière son personnel ou en poussant les employés à la grève.

### **2 – Le Dommage.**

Le dommage consiste en une perte de clientèle qui peut prendre deux formes :

- ☞ Soit une perte pure et simple ; il en est ainsi lorsque les entreprises sont dans des secteurs d'activité différents,
- ☞ Soit transfert de clientèle ; ici la clientèle passe de l'entreprise victime de la concurrence déloyale à l'entreprise dont le propriétaire est l'auteur de la concurrence déloyale.

### **3 – Le Lien de Causalité.**

Il faut démontrer que la perte pure et simple de clientèle ou le transfert de clientèle résulte directement de l'acte accompli par le concurrent.

L'appréciation de ce lien de causalité est difficile, car la perte pure et simple de clientèle peut être beaucoup de souplesse.

### **B - Le Dénouement de l'action.**

L'action en concurrence déloyale débouche le plus souvent sur la condamnation de l'auteur de l'acte au paiement de dommages et intérêts. Le tribunal peut aussi ordonner la publicité de la décision aux frais de l'auteur de l'acte. Il peut enfin ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure susceptible de faire cesser la concurrence déloyale.

### **II - Protection contre le bailleur : La reconnaissance du droit au renouvellement du bail commercial.**

Habituellement, le commerçant n'est pas propriétaire des locaux où il exploite son fonds de commerce, mais un simple locataire. A l'arrivée du terme, s'il n'y a pas renouvellement, il

risque de perdre une part appréciable de sa clientèle. Pour assurer sa protection, le législateur sénégalais avait adopté une série de dispositions d'ordre public contenue dans les articles 584 et suivants du COCC.

Cette législation a cessé de s'appliquer depuis l'entrée en vigueur de l'AU/DCG dont le titre 1<sup>er</sup> du livre 3 est consacré au bail commercial (article 69 à 102). C'est le chapitre 6 de ce titre 1<sup>er</sup> qui règle la question du droit au renouvellement du bail en précisant ses conditions et sa mise en œuvre.

## **A Conditions**

Certaines conditions sont liées à la nature des locaux, d'autres à la durée du bail.

### ***1- Conditions relatives aux locaux***

La législation régissant le bail commercial et donc le droit au renouvellement ne s'applique qu'aux baux portant sur des immeubles rentrant dans l'une des catégories visées à l'article 69 de l'AU. Il s'agit :

1<sup>ère</sup> : Des locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;

2<sup>ème</sup> : Des locaux accessoires dépendant d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal, professionnel ; toutefois dans ce cas, si les locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, il faut que la 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<sup>ème</sup> : Des terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou professionnel, à la condition que ces constructions aient été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire ou à sa connaissance.

Tous ces locaux doivent être situés dans une ville de plus de 5000 habitants.

### ***2 - Conditions relatives à la durée du bail.***

Selon l'article 91, le preneur a droit au renouvellement du bail s'il justifie d'une exploitation de son activité pendant une durée de deux (2) ans. Il y a là une innovation majeure par rapport au COCC qui distinguait selon le type de contrat. La durée n'était pas la même pour les contrats à durée déterminée et pour les contrats à durée indéterminée.

## ***B - Les rapports des parties à la fin du bail***

*Il y a des diligences que doit effectuer le locataire ; à partir de ce moment, tout dépendra de l'attitude du bailleur.*

### ***1- Les diligences que doit effectuer le locataire.***

Il faut faire une distinction selon le type de contrat.

S'il s'agit d'un bail à durée déterminée, le preneur doit faire une demande ; celle-ci doit être introduite sous forme d'acte extrajudiciaire au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail. A défaut, le preneur est déchu de son droit.

S'il s'agit d'un bail à durée indéterminée, le preneur qui a reçu congé du bailleur peut exiger le renouvellement en notifiant à celui-ci par acte extrajudiciaire sa contestation du congé.

C'est le lieu de souligner que chaque partie peut résilier le bail à durée indéterminée en donnant congé par acte extrajudiciaire au moins six (6) mois à l'avance. La contestation du congé doit être notifiée par le locataire au plus tard à la date d'effet de ce congé.

## **2 – L'attitude du bailleur.**

Le bailleur peut accepter le renouvellement. Cette acceptation peut être expresse. Elle peut aussi être implicite ; tel est le cas, lorsque le bailleur qui a reçu une demande de renouvellement d'un bail à durée déterminée n'a pas fait connaître sa réponse au plus tard un (1) mois avant l'expiration du bail.

En cas de renouvellement, la durée du nouveau bail est fixée à trois (3) ans, sauf convention contraire des parties, car cette règle n'est pas d'ordre public.

Le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du bail précédent, si celui-ci est à durée déterminée ou à compter de la date pour laquelle le congé a été donné si le bail précédent est à durée indéterminée.

Le bailleur peut aussi refuser le renouvellement. Dans ce cas, il doit payer une indemnité d'éviction. Contrairement au COCC qui interdisait un accord amiable, l'AU prévoit que c'est seulement à défaut d'accord des parties sur le montant de l'indemnité que le recours au tribunal est nécessaire.

Lorsqu'il est saisi, le tribunal tient compte, pour fixer l'indemnité, du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local.

Le bailleur n'est pas tenu de verser l'indemnité d'éviction dans les cas prévus par l'AU. Il en est ainsi :

1<sup>ère</sup> : Lorsque le bailleur justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire. Par ex : inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail ou cessation de l'exploitation du fonds de commerce.

2<sup>ème</sup> : Lorsque le bailleur envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et de le reconstruire. Toutefois même dans ce cas, il doit verser l'indemnité d'éviction si les nouveaux locaux ont une destination différente de celle des locaux objets du bail initial ou s'il n'est pas offert au preneur un bail dans les nouveaux locaux.

3<sup>ème</sup> : Lorsque le bailleur reprend les locaux d'habitation accessoires des locaux principaux pour y habiter lui-même ou pour y loger ses proches (conjoint, ascendants, descendants etc.).

Même s'il n'a pas droit à une indemnité d'éviction, le preneur peut obtenir remboursement du coût des aménagements et constructions qu'il a réalisés dans les locaux avec l'autorisation du bailleur.

Le montant est fixé d'accord partie ; à défaut d'accord, il est fixé par le tribunal à la demande du preneur.

## **Section 2 - LES OBLIGATIONS DU COMMERCANT**

Elles sont de deux sortes : il y a d'une part les obligations comptables ; il y a d'autre part l'obligation de se faire immatriculer au RCCM.

### **PARAGRAPHE1 - LES OBLIGATIONS COMPTABLES**

Certaines de ces obligations résultent de la loi 94 – 63 du 22 – 08 - 94 sur le prix, la concurrence et le contentieux. Les autres sont prévues par l'AU/DCG.

#### **I - Les Obligations Résultant de la Loi de 1994**

Les commerçants doivent réunir en liasse les originaux et les copies des factures revêtues des mentions obligatoires par ordre de date. Ils doivent les conserver pendant une période de trois (3) ans à compter de la transaction. Il convient à ce propos de signaler que l'art. 38 de cette loi impose, aux vendeurs et aux prestataires de services, la délivrance de factures dans certains cas.

Ainsi les achats de produits destinés à la vente en l'état ou après transformation et les achats pour le compte ou au profit d'un industriel ou d'un commerçant pour les besoins de l'exploitation doivent faire l'objet de facture comportant certaines mentions. De la même manière, les prestations de services effectuées par un professionnel pour les besoins d'un commerce ou d'une industrie doivent faire l'objet de facture.

Quant aux acheteurs professionnels ; ils sont astreints à l'obligation de réclamer ces factures. L'inexécution de telles obligations est sanctionnée par une amende de 10 000 à 3 millions de francs.

#### **II - Les Obligations résultant de l'AU**

Le commerçant a l'obligation de tenir des livres de commerce conformément aux dispositions de l'article 13. L'importance de ces livres n'est plus à démontrer. En effet, ils servent souvent de preuve en cas de contestation portant sur les opérations effectuées.

En dehors de cet intérêt strictement privé, il y a un intérêt fiscal. L'administration fiscale peut, en effet, vérifier les déclarations effectuées par les commerçants en consultant les livres de commerce.

##### **A. Les règles de tenue de livres**

Il y a des règles de tenue fixées par les articles 13 et 14 de l'AU. Mais ces règles ne s'appliquent qu'aux livres obligatoires.

### ***1 – Les Livres Obligatoires***

Il s'agit :

- ☞ Du journal qui enregistre au jour le jour les opérations commerciales effectuées par le commerçant.
- ☞ Du grand livre avec balance générale récapitulative
- ☞ Du livre d'inventaire

Tous ces livres doivent être tenus conformément à l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dans l'espace OHADA.

Des règles spécifiques s'appliquent au journal et au livre d'inventaire.

Ces documents doivent être cotés et paraphés par le président de la juridiction compétente ou le juge délégué à cet effet. Ils doivent être tenus sans blanc, ni altération. Ils doivent comporter la mention du numéro d'immatriculation au RCCM.

### ***2 – Les livres facultatifs***

Ils ne sont pas soumis aux règles fixées par les articles 13 et 14. Ils sont donc tenus à la convenance du commerçant. On peut citer, entre autres, le livre de caisse et le livre des effets à payer ou à recevoir où on indique les traites avec leurs échéances.

## **B. . L'utilisation des livres en Justice.**

### ***1 – La valeur des livres en tant que mode de preuve***

Selon l'article 15 de l'AU, les livres régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour constituer une preuve entre commerçants.

Il faut cependant un certain nombre de conditions.

Certaines de ces conditions résultent de l'article 15 lui-même. Elles sont de deux ordres. Il faut d'une part que les livres soient régulièrement tenus ; il s'ensuit qu'un livre tenu en violation des règles prévues ne peut pas servir de preuve. Il faut d'autre part que le litige à propos duquel on prétend se servir des livres oppose des commerçants.

Que se passe-t-il lorsqu'il s'agit d'une contestation opposant un commerçant et un civil ? Il ne fait pas de doute que le commerçant ne peut pas utiliser ses propres livres contre un civil. En revanche, on a toujours admis que le civil peut opposer au commerçant les livres que celui-ci a tenus.

Il y a d'autres conditions résultant d'autres dispositions de l'AU.

**FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**  
*Du 26 mars au 06 avril 2007*

Il s'agit des articles 39 et 5. Ainsi l'article 39 prévoit qu'une personne assujettie à l'immatriculation ne peut se prévaloir jusqu'à l'intervention de celle-ci de la qualité de commerçant. En application de cette règle, il faut être régulièrement immatriculé pour pouvoir produire ces livres comme mode de preuve.

Quant à l'article 5 qui pose le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale, il ne vise que les actes de commerce. La possibilité de produire les livres de commerce comme mode de preuve est une application particulière de la règle de la liberté de la preuve. Dès lors, même dans les rapports entre commerçants, il faut que l'acte que l'on doit prouver soit un acte de commerce.

***B – Les techniques d'utilisation des livres***

Deux techniques d'utilisation sont convenables. D'une part la représentation qui consiste à extraire du livre ce qui intéresse le litige. Ainsi le commerçant ne sera pas tenu de communiquer l'ensemble de ses livres à son adversaire. D'autre part, la communication qui consiste à communiquer l'ensemble des livres à l'adversaire qui pourra les consulter dans toutes leurs parties.

Dans le souci de préserver le secret des affaires, l'AU ne consacre que la 1<sup>ère</sup> technique : celle de la représentation. C'est ce qui résulte de l'art 16 aux termes duquel : « Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge même d'office à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige ».

**PARAGRAPHE 2 - L'OBLIGATION DE SE FAIRE IMMATICULER AU RCCM**

C'est le décret 76 – 70 du 23 – 01 – 76 qui organisait le RCCM.

Désormais, les textes applicables sont les articles 25 à 43 de l'AU. Le registre de commerce est un registre important, car c'est un instrument d'information pour les pouvoirs publics qui ont besoin de renseignements et de statistiques pour diriger l'économie.

C'est aussi un instrument d'information pour les tiers ; il est nécessaire en effet que les tiers appelés à faire crédit à des commerçants puissent obtenir rapidement les renseignements susceptibles de justifier l'octroi de ce crédit ou de légitimer une prudente réserve.

**I - L'organisation du RCCM**

Désormais il y a 3 éléments, le RCCM proprement dit que l'on appelait sous l'empire du décret de 76 le registre local, le fichier national qu'on appelait le registre central et le registre régional.

**A - Le RCCM**

Il est tenu au greffe du tribunal régional sous la surveillance du président du tribunal ou d'un juge délégué à cet effet.

Il comprend deux éléments : (le décret 76 en prévoyait 3).

- ✓ Un registre d'arrivée qui mentionne dans l'ordre chronologique la date et le numéro de chaque déclaration acceptée, les noms, prénoms, raison sociale ou dénomination sociale du déclarant ainsi que l'objet de la déclaration.

- ✓ Une collection des dossiers individuels tenue par ordre alphabétique. Ces dossiers doivent comporter les éléments énumérés par l'article 21 de l'AU.

### **B. Le Fichier National**

Il est prévu un fichier national dans chaque Etat Partie. L'AU ne contient cependant aucune disposition quant aux modalités de fonctionnement de ce fichier. Il prévoit simplement qu'il contient un extrait de chaque dossier individuel tenu par ordre alphabétique.

### **C. Le Fichier Régional**

Tenu auprès de la cour commune de justice et d'arbitrage. Il centralise les renseignements contenus dans chaque fichier national.

## **II - Le Fonctionnement du RCCM**

Il y a une opération initiale et des opérations postérieures.

### **A L'opération initiale : l'immatriculation au RCCM**

#### ***1 – Les personnes assujetties***

Sont concernées par l'immatriculation, les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens de l'AU/DCG. La requête en vue de l'immatriculation doit être introduite dans le 1<sup>er</sup> mois de l'exploitation.

Sont également concernées, les sociétés commerciales et les autres personnes morales visées à l'AU/DSC & GIE qui doivent requérir leur immatriculation dans le mois de leur constitution.

#### ***2 – Les Modalités***

La demande d'immatriculation est déposée au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le commerce (personne physique.) ou le siège social (personne morale). La demande doit comporter les indications prévues par l'article 2 pour les personnes physiques et l'article 29 pour les personnes morales.

L'immatriculation a un caractère personnel et il est interdit d'être immatriculé à titre principal dans plusieurs registres ou dans un même registre sous plusieurs numéros. Dès que la demande est en état, le greffier attribue un numéro qu'il mentionne sur le formulaire remis au déclarant.

Le greffier qui a en charge le RCCM doit s'assurer sous sa responsabilité que les demandes sont complètes. Il doit également vérifier la conformité de leurs énonciations aux pièces justificatives produites. S'il constate des inexactitudes, il saisit la juridiction compétente ; il en est de même s'il rencontre des difficultés.

## **B Les formalités postérieures**

L'inscription initiale doit être régulièrement mise à jour, c'est pourquoi le commerçant doit faire mention de tous les changements qui interviennent dans sa situation.

Il doit aussi se faire radier lorsqu'il cesse ses activités.

### **1 – Les inscriptions modificatives**

Une immatriculation secondaire doit être faite dans le délai d'un mois à compter du début de l'exploitation si l'assujetti exploite des établissements commerciaux secondaires ou des succursales dans le ressort d'autres juridictions.

De même certains événements qui marquent la vie du commerçant doivent être constatés par la rectification ou le complément des énonciations portées au RCCM. Il en est ainsi des modifications concernant l'état civil, le régime matrimonial ou la capacité de l'assujetti.

### **2 – La radiation**

En cas de cessation de l'activité, le commerçant doit demander sa radiation du RCCM dans le délai d'un mois. En cas de décès d'une personne, ses héritiers doivent dans le délai de 3 mois demander la radiation ou la modification s'ils doivent continuer l'exploitation.

En cas de dissolution d'une personne morale, c'est le liquidateur qui doit demander la radiation dans le délai d'un mois à compter de la clôture des opérations de liquidation.

A défaut, le greffe de la juridiction compétente procède à la radiation sur décision de cette juridiction rendue à la demande de tout intéressé.

## **III - Les Effets de l'accomplissement ou du défaut d'accomplissement de ces formalités.**

### **A. Les Effets de l'accomplissement ou du défaut d'accomplissement de la formalité initiale**

L'immatriculation qui est la formalité initiale produit des effets, le défaut d'immatriculation produit lui aussi des effets.

#### **1 – Effet de l'immatriculation**

L'effet principal que la loi attache à l'immatriculation c'est la présomption de commercialité. C'est ce qui résulte de l'article 38 de l'AU, aux termes duquel toute personne immatriculée au RCCM est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant.

Cette présomption est simple, aussi bien pour les personnes physiques. que pour les personnes morales puisque l'article 38 ne fait pas de distinction.

Le caractère simple de cette présomption signifie que l'on peut prouver par tout moyen que telle personne immatriculée l'a été à tort et que malgré cette immatriculation, elle n'a pas la qualité de commerçant.

L'immatriculation ne confère donc pas la qualité de commerçant.

Cette présomption de commercialité ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de GIE.

### ***2 – Effet du défaut d'immatriculation***

La personne assujettie à l'immatriculation et qui s'abstient d'y procéder ne peut pas se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers et de l'administration. Dans le même cas elle ne pourra pas invoquer le défaut d'immatriculation pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations qui découlent de la qualité de commerçant.

En somme cette personne qui ne peut pas bénéficier des droits des commerçants (droit au renouvellement du bail) est soumise à toutes les obligations des commerçants (soumission aux procédures collectives).

Il convient d'observer que si l'immatriculation n'est pas requise dans le délai, le tribunal peut, soit d'office, soit à la requête du greffe ou de tout intéressé rendre une décision ordonnant à l'intéressé d'y procéder.

## **B. Les effets du défaut d'accomplissement des formalités postérieures**

Le législateur ne se préoccupe pas des effets de l'accomplissement de ces formalités. Il ne se préoccupe que des effets du défaut d'accomplissement.

### ***1 – Les effets du défaut d'accomplissement des mentions modificatives***

Les faits ou actes qui auraient dû être mentionnés et qui ne l'ont pas été ne peuvent pas être opposés par l'assujetti aux tiers et à l'administration. Il n'en serait autrement que si l'assujetti prouvait que ceux-ci en avaient eu connaissance par d'autres moyens. Le défaut de mention n'empêche pas les tiers et l'administration de se prévaloir de l'acte ou du fait contre l'assujetti. Là aussi le tribunal a la possibilité d'ordonner l'inscription des faits ou actes qui intéressent le commerçant.

### ***2 – Les effets du défaut de radiation***

Le commerçant qui cesse ses activités doit se faire radier. Que se passe-t-il lorsqu'il ne se fait pas radier ? La jurisprudence avait toujours considéré que le défaut de radiation entraînait une présomption irréfragable d'inopposabilité de la perte de la qualité de commerçant. L'entrée en vigueur de l'AU ne devait pas remettre en cause cette jurisprudence ; en effet la règle sur laquelle s'appuyaient les tribunaux a été reprise dans l'AU/PCAP.

Il est prévu en effet que le commerçant qui cesse ses activités peut être déclaré en redressement judiciaire ou en liquidation des biens dans le délai d'un an à compter de sa radiation. Il ne s'agit pas d'une présomption de maintien de la qualité de commerçant, car le commerçant qui a cessé ses activités sans se faire radier ne peut pas se prévaloir de sa qualité de commerçant vis à vis des tiers.

## **Chapitre 2 L'activité du commerçant**

## **Sous Chapitre 1 - Le cadre dans lequel s'exerce l'activité commerciale : Le fonds de commerce**

Le droit commercial accorde une place prépondérante aux biens incorporels. Parmi ces biens le fonds de commerce occupe une place à part, puisqu'il constitue le cadre dans lequel s'exerce l'activité commerciale.

Contrairement à la législation antérieure, l'AU/DCG donne une définition du fonds de commerce. Selon l'article 103 «le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle. » Ce texte est complété par d'autres dispositions qui fixent les règles applicables aux éléments du fonds de commerce et aux opérations portant sur le fonds de commerce.

### **Section 1- Les éléments du fonds de commerce**

L'Acte uniforme distingue deux types d'éléments : les éléments obligatoires et les éléments facultatifs.

#### **PARAGRAPHE 1 - LES ELEMENTS OBLIGATOIRES**

Selon l'article 104 alinéa 1<sup>er</sup>, le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Sans ces éléments qui constituent ce que l'Acte uniforme appelle « le fonds commercial », le fonds de commerce n'existe pas.

#### **I - La clientèle**

Les auteurs distinguent généralement la clientèle et l'achalandage. La clientèle serait constituée par les personnes attirées par la personnalité du commerçant, alors que l'achalandage se rapporterait aux personnes attirées par l'emplacement.

L'Acte uniforme ne vise que la clientèle qu'il ne définit pas. On peut cependant emprunter à la doctrine la définition suivante : la clientèle est la valeur constituée par le courant d'affaires qu'il est probable ou possible d'espérer.

#### **II - Le nom commercial**

C'est l'appellation sous laquelle le commerçant exerce son activité. Le nom patronymique peut être utilisé comme nom commercial. Il constitue alors le support de ralliement de la clientèle et devient en tant que tel un bien patrimonial, susceptible de faire l'objet d'une cession.

Il est protégé par l'action en concurrence déloyale.

#### **III - L'enseigne**

Il n'y a pas de définition de l'enseigne dans l'Acte uniforme. On peut cependant, là aussi, s'inspirer de la doctrine qui la considère comme l'inscription, le nom, la dénomination de fantaisie, l'emblème qui individualise le fonds et qui sert à attirer et à retenir la clientèle.

L'enseigne ne doit pas être confondue avec le nom commercial mais cette distinction facile à réaliser sur le plan théorie est difficile à mettre en pratique car il est fréquent que l'enseigne reprenne le nom commercial.

## **PARAGRAPHE 2 - LES ELEMENTS FACULTATIFS**

A coté des éléments obligatoires, il y a des éléments qu'on peut qualifier de facultatifs. En effet l'article 105 de l'Acte uniforme donne une liste d'éléments et précise que ces éléments peuvent entrer dans la définition du fonds de commerce à condition d'être nommément désignés. Ces éléments peuvent être regroupés en 2 catégories : les éléments incorporels et les éléments corporels.

### **I - Les éléments incorporels**

Ce sont les monopoles d'exploitation, les autorisations et le droit au bail.

#### **A - Les monopoles d'exploitation**

Ils sont constitués par les brevets d'invention, les dessins et modèles et les marques de fabrique. Ces éléments ont pour point commun de conférer à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation.

Les brevets confèrent un droit exclusif d'exploitation d'une invention laquelle suppose une activité inventive débouchant sur une création susceptible d'application industrielle.

Les dessins et modèles confèrent à leur titulaire un droit d'exploitation sur les créations à caractère esthétique ou ornemental.

Les marques permettent de distinguer les produits ou les services d'une entreprise.

Les droits de propriété intellectuelle englobent le monopole d'exploitation découlant de la cession à un commerçant des droits d'exploitation d'une œuvre appartenant à un artiste ou à un écrivain.

L'AU ne vise pas les secrets de fabrique qui englobent toutes les innovations de taille qui relèvent de la technique industrielle courante sans révéler une activité inventive proprement dite. Ex : le dosage.

#### **B - Les licences d'exploitation**

Pour certains commerces, la création ou l'exploitation est subordonnée à l'obtention de licence ou d'autorisation. Si dans certains cas, ces licences ont un caractère personnel, dans d'autres, elles ont un caractère réel. Dans ces cas là, elles peuvent être un élément du fonds et être transmises à l'acquéreur en cas de cession du fonds.

#### **C - Le droit au bail**

La plupart des commerçants exploitent leur fonds dans des locaux qu'ils prennent à bail. Ce droit au bail, a pour le fonds de commerce, une importance capitale car la clientèle est souvent attachée à l'emplacement. Ce droit est incorporel, mobilier et cessible.

## **II - Les éléments corporels**

Ce sont les biens dont la matérialité s'appréhende par les sens. L'AU vise 2 éléments corporels, traditionnellement considérés comme faisant partie du fonds de commerce. Il s'agit du matériel et des marchandises.

Le matériel est constitué par des objets mobiliers qui servent à l'exploitation du fonds de commerce. Il s'agit de tous les biens se trouvant dans le local ou rattachés au local d'exploitation et qui ne sont pas destinés à la revente en l'état ou après transformation.

Les marchandises sont des objets mobiliers corporels destinés à la vente soit en l'état, soit après transformation. La finalité de la revente est, comme on peut le constater, le seul véritable critère de distinction du matériel et des marchandises puisque ces deux types d'éléments sont des meubles corporels affectés à l'exploitation du fonds.

L'AU vise aussi parmi les éléments corporels, les installations, les aménagements et agencements. Ces éléments n'appellent pas d'observations particulières ; il suffit tout simplement de signaler qu'ils ne font pas partie du fonds de commerce, lorsque le propriétaire du fonds est en même temps propriétaire de l'immeuble où il est exploité et lorsqu'il les destine à l'exploitation de l'immeuble. En effet dans une telle hypothèse c'est l'immeuble par destination qui les fait sortir du fonds de commerce.

### **Section 2 - Les opérations sur le fonds de commerce**

Le fonds de commerce a une valeur propre qui dépend essentiellement de la clientèle qui lui est attachée. Il fait partie du patrimoine du commerçant. A ce titre il peut faire l'objet d'un certain nombre d'opérations : **location gérance, vente et nantissement.**

#### **PARAGRAPHE 1 - LA LOCATION GERANCE**

Le fonds de commerce peut être exploité directement par le propriétaire commerçant personne physique. ou personne morale. Il peut être aussi exploité indirectement dans le cadre d'un contrat de location gérance. Selon l'Acte uniforme, la location -gérance est «la convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou personne morale, en concède la location à un gérant, personne. ou personne, qui l'exploite à ses risques et périls ».

#### **I - Condition de validité**

L'AU ne prévoit pas de conditions particulières pour le **locataire gérant**. Mais celui ci ayant la qualité de commerçant, on est obligé de considérer **qu'il doit réunir toutes les conditions d'accès à la profession commerciale.**

L'AU prévoit en revanche les conditions que doit remplir **celui qui concède la location gérance.**

**FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**  
*Du 26 mars au 06 avril 2007*

- ✓ Celui-ci doit avoir été commerçant pendant deux ans ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société.
- ✓ Il doit avoir exploité le fonds mis en gérance en qualité de commerçant pendant au moins un an.

Ces délais peuvent être réduits ou supprimés par le tribunal régional dans certains cas. Il en est ainsi lorsque l'intéressé établit qu'il a été dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de ses préposés.

Celui qui concède la location gérance ne doit pas être frappé d'interdiction ou de déchéance.

Ces 3 conditions, qui sont énumérées par l'article 109, ne sont pas exigées lorsque celui qui concède la location gérance fait partie de la liste dressée par l'article 111. Ce texte vise l'Etat, les collectivités publiques, les établissements publics, les incapables en ce qui concerne les fonds dont ils étaient propriétaires avant la survenance d'une incapacité et les héritiers ou légataires d'un commerçant décédé en ce qui concerne le fonds trouvé dans la succession.

Ces conditions ne sont pas, non plus, exigées lorsqu'il s'agit de location gérance concédée par un mandataire de justice chargé de l'administration d'un fonds de commerce.

## **II - Les mesures de publicité**

Le locataire gérant doit se conformer aux dispositions relatives à l'immatriculation au RCCM. Le propriétaire du fonds, s'il est commerçant, est tenu de requérir la mention modificative de son inscription. En plus des inscriptions, il faut une insertion du contrat sous forme d'extraits dans un journal d'annonces légales. **Le propriétaire du fonds a tout intérêt à ce que la publicité du contrat soit faite le plus rapidement possible, car jusqu'à l'intervention de cette mesure il est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées dans le cadre de l'exploitation du fonds.**

## **III - Les effets**

Le contrat de location-gérance fait naître une obligation à la charge du locataire gérant. Celui-ci doit en effet indiquer en tête de ses bons de commande, de ses factures et autres documents à caractère commercial ou financier sa qualité de locataire gérant. Selon l'article 112, le tribunal peut déclarer immédiatement exigibles les dettes du propriétaire lorsqu'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement. Le tribunal est saisi à la demande de tout intéressé dans le délai de trois mois à compter de la publicité.

## **PARAGRAPHE 2 - LA CESSION**

### **I - Les conditions de la cession**

Il y a les conditions de fond et les conditions de forme.

#### **A - Les conditions de fond**

La cession d'un fonds de commerce est, comme tout contrat de vente, soumise **aux règles générales sur la vente**. Elle obéit, en outre, aux règles spécifiques contenues dans l'AU. Ces règles concernent pour l'essentiel l'objet de la vente.

**Selon l'article 116 alinéa 1<sup>er</sup> la cession porte obligatoirement sur le fonds commercial.** Rien ne s'oppose cependant à ce que la cession porte aussi sur d'autres éléments du fonds de commerce.

Il existe d'autres règles applicables au prix. Les rédacteurs de l'AU veulent que le prix soit sincère ; c'est pourquoi ils condamnent les pratiques de la dissimulation d'une partie du prix en déclarant nulle toute contre-lettre ou convention ayant pour objet de dissimuler une partie du prix de cession.

## **B - Les conditions de forme**

Selon l'article 117 alinéa 1<sup>er</sup>, la vente d'un fonds de commerce peut être réalisée soit par acte sous seings privés, soit par acte authentique. Ce texte est complété par l'article 118 qui prévoit un certain nombre de mentions devant figurer dans l'écrit :

- ✓ Eléments d'identification du vendeur et de l'acquéreur ;
- ✓ Numéro d'immatriculation au RCCM ;
  
- ✓ Origine de la propriété du précédent vendeur, s'il y a lieu ;
  
- ✓ Etat des privilèges nantissements et inscriptions grevant le fonds ;
  
- ✓ Chiffre d'affaires réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation ou depuis l'acquisition du fonds si celui ci n'est pas exploité depuis trois ans ;
  
- ✓ Résultats commerciaux réalisés pendant la même période ;
  
- ✓ Date et durée du bail ;
  
- ✓ Prix convenu ;
  
- ✓ La situation et les éléments du fonds vendu ;
- ✓ Le nom et l'adresse de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre si la vente a eu lieu par acte sous seings privés.

L'omission ou l'inexactitude de ces mentions peut entraîner la nullité de la vente. On peut être tenté de soutenir, compte tenu de cette exigence et de cette sanction que la vente du fonds de commerce n'est pas un contrat consensuel, mais un contrat solennel.

Mais une telle analyse ne peut être retenue. En effet dans les contrats solennels l'absence d'écrit entraîne la nullité absolue. Or en matière de vente de fonds de commerce, la nullité est relative. Elle ne peut être prononcée que sur la demande de l'acquéreur qui doit agir dans le délai d'un an et prouver que l'omission ou l'inexactitude a substantiellement affecté la consistance du fonds et qu'il a subi un préjudice de ce fait.

## **II - La publicité de la cession**

La vente du fonds de commerce donne lieu à diverses formalités de publicité qui sont pour l'essentiel organisées par l'AU/DCG.

L'article 120 prévoit ainsi que l'acte de vente doit être déposé en 2 copies certifiées conformes par le vendeur et l'acquéreur au RCCM. Quant à l'article 121, il prévoit une formalité de publicité dans les 15 jours qui suivent la vente ; celle-ci doit être publiée sous forme d'avis dans un journal d'annonces légales paraissant au lieu où le vendeur est immatriculé. Le vendeur et l'acquéreur doivent procéder à la mention modificative correspondante au RCCM.

## **III - Les effets de la cession**

Il faut les examiner en analysant la situation des parties et celle des créanciers du vendeur.

### **A - La situation du vendeur**

La vente fait naître des obligations à la charge du vendeur et de l'acquéreur.

#### **1. Les obligations du vendeur**

Le vendeur a deux obligations : l'obligation de mettre le fonds à la disposition de l'acquéreur et l'obligation de garantie.

##### **a. L'obligation de mettre le fonds à la disposition de l'acquéreur**

C'est l'article 122 de l'AU qui est le siège de cette obligation. Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article, le vendeur est tenu de mettre le fonds à la disposition de l'acheteur à la date prévue par l'acte de cession. Le texte ne dit pas cependant ce qu'il faut entendre par l'expression «mettre le fonds à la disposition de l'acquéreur».

A notre avis, il s'agit de l'obligation pour le vendeur de mettre l'acquéreur en possession de tous les éléments du fonds.

L'exécution de cette obligation peut être différée ; en effet selon l'article 122 alinéa 2 «...si le paiement du prix a été prévu au comptant, le vendeur n'est tenu, sauf convention contraire entre les parties, de mettre l'acheteur en possession qu'à la date du complet paiement».

##### **b. L'obligation de garantie**

Cette obligation est prévue par les articles 123 et 124 qui se présentent sous 3 aspects.

**Il y a d'abord la garantie contre l'éviction** : le vendeur doit garantir l'acquéreur contre l'éviction totale. Ainsi selon l'article 123 alinéa 3, il doit assurer à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue et en particulier le garantir contre les droits que les tiers prétendraient faire valoir sur le fonds vendu. A côté de la garantie contre l'éviction totale, il y a la garantie contre l'éviction partielle c'est à dire l'éviction portant sur certains éléments. L'acquéreur peut selon l'article 124 demander la résolution du contrat s'il est évincé partiellement.

**Il y a ensuite la garantie des vices cachés :** Le vendeur doit garantir l'acquéreur en raison des défauts cachés et l'article 124 prévoit la possibilité pour l'acquéreur de demander la résolution de la vente si le fonds est affecté de vices cachés ou s'il découvre des charges non déclarées. Il faut cependant que la diminution de jouissance que subit cet acquéreur soit d'une importance telle qu'il n'aurait pas acheté le fonds s'il en avait eu connaissance.

**Il y a enfin la garantie du fait personnel.** Selon l'article 123 alinéa 1<sup>er</sup>, le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui serait de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation du fonds vendu. Il ne doit pas en quelque sorte se rétablir dans les conditions telles qu'il serait en mesure de conserver tout ou partie de la clientèle. D'ailleurs très souvent les parties insèrent dans leur contrat une clause de non-rétablissement précisant les obligations du vendeur. Ces clauses ne sont cependant valables que si elles sont limitées soit dans le temps, soit dans l'espace. L'article 123 alinéa 2 précise qu'une seule de ces limitations suffit pour rendre la clause valable.

## ***2. Les obligations de l'acquéreur***

Le paiement du prix constitue l'obligation essentielle de l'acquéreur. Ce paiement doit être fait au jour et lieu fixé dans l'acte de vente entre les mains du notaire ou d'un établissement bancaire désigné d'un commun accord entre les parties. L'intermédiaire désigné est tenu de conserver les sommes en qualité de séquestre pendant un délai de trente (30) jours à compter de la publicité de la vente dans un journal.

Si à l'expiration de ce délai, il n'y a pas d'opposition de la part des créanciers, il devra tenir le prix à la disposition du vendeur. S'il y a opposition dans ce délai, le prix sera indisponible jusqu'à la mainlevée de l'opposition.

Dans l'hypothèse où l'acquéreur n'exécute pas son obligation de payer le prix, le vendeur est en droit de demander la résolution du contrat. L'exercice de l'action résolutoire est subordonné à deux conditions :

- ✓ D'une part la notification de celle-ci aux créanciers inscrits sur le fonds ;
- ✓ D'autre part la pré-notation doit être faite conformément à l'article 75 de l'AU/Sûretés. Selon ce texte la pré-notation est autorisée par le Président du Tribunal du lieu où la vente a été inscrite. Lorsque la pré-notation est faite, la validité des inscriptions ultérieures est subordonnée à la décision à intervenir sur la résolution de la vente.

Selon l'article 136 alinéa 3, la juridiction compétente pour prononcer la résolution de la vente est la juridiction où est inscrit le vendeur du fonds.

Il convient de signaler que le vendeur dispose de privilège sur le fonds de commerce lorsque le prix n'est pas payé comptant. Ce privilège doit être inscrit au RCCM.

En plus de l'obligation de payer le prix, l'acquéreur a l'obligation d'accomplir les formalités de publicité.

## **B - La situation des créanciers du vendeur**

La cession du fonds de commerce présente des dangers à l'égard des créanciers. Ceux d'entre eux dont la créance n'est pas garantie par une sûreté spéciale, risquent de ne pas rentrer dans leur fonds, notamment lorsque après avoir touché le prix de vente, le vendeur organise son insolvabilité.

C'est pourquoi l'AU donne le droit de faire opposition dans le délai de 30 jours à compter de la publication de la vente dans un journal d'annonces légales. L'opposition a pour effet de rendre indisponible le prix de vente jusqu'à la mainlevée.

Le créancier qui entend faire opposition doit notifier celle-ci au notaire ou à l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre, à l'acquéreur et au greffe du tribunal dans lequel est tenu le RCCM où est inscrit le vendeur.

L'opposition a un effet conservatoire. Il appartient à l'opposant de saisir la juridiction compétente pour faire constater sa créance et recevoir le paiement de celle-ci. Si cette action n'est pas exercée dans le délai d'un mois à compter de l'opposition, le vendeur peut en obtenir la mainlevée en justice. Le vendeur peut aussi obtenir la mainlevée amiable de l'opposition.

A côté de l'opposition, il existe une autre institution permettant de sauvegarder les droits des créanciers : c'est la **Surenchère**. Selon l'article 131 de l'AU «tout créancier ayant inscrit un privilège ou un nantissement ou ayant régulièrement fait opposition peut, dans le délai d'un mois à compter de la publicité de la vente dans un journal d'annonces légales, former une surenchère du sixième (1/6) du prix global du fonds figurant à l'acte de vente ».

Le surenchérisseur doit consigner dans le même délai au greffe de la juridiction compétente le montant du prix augmenté du sixième (1/6). Lorsque la surenchère est régulièrement faite, la vente aura lieu à la barre de la juridiction dans la forme des criées.

### **PARAGRAPHE 3 - LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE**

Le nantissement conventionnel du fonds de commerce est un contrat par lequel un débiteur consent à son créancier une garantie dont l'assiette porte sur ledit fonds. C'est l'AU/Sûretés qui fixe les conditions, les règles de publicité et les effets du nantissement.

#### **I - Les conditions**

##### **A - Conditions de fond**

Le nantissement porte sur la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et les licences d'exploitation.

Il peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds et sur le matériel à la double condition qu'il y ait une clause spéciale les désignant et qu'il y ait une mention particulière au RCCM.

##### **B - Conditions de forme**

Le nantissement doit faire l'objet d'un écrit qui peut être soit un acte authentique, soit un acte sous seings privés dûment enregistré. Cet écrit doit à peine de nullité comporter les mentions énumérées dans l'article 70 de l'AU/Sûretés.

## **II - Les règles de publicité**

Le nantissement doit faire l'objet d'une inscription au RCCM. Lorsqu'il porte sur des brevets d'invention, des marques de fabrique, des dessins ou modèles ou sur le matériel, le créancier doit en plus de l'inscription de la sûreté effectuer la publicité prévue par les dispositions relatives à la propriété intellectuelle et les dispositions de l'AU sur le nantissement du matériel.

Le créancier doit enfin notifier, au bailleur de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, le bordereau d'inscription.

Selon l'article 83 de l'AU/Sûretés l'inscription conserve les droits du créancier pendant cinq ans à compter de sa date. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

## **III - Les effets**

Le nantissement confère au créancier inscrit un droit de surenchère qu'il peut exercer conformément aux dispositions prévues pour la vente du fonds de commerce, un droit de suite et un droit de préférence.

Le propriétaire du fonds qui entend déplacer celui ci doit au moins 15 jours à l'avance notifier au créancier inscrit son intention en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend choisir.

Le créancier inscrit qui a reçu notification a deux possibilités :

- soit il refuse de consentir au déplacement ; dans ce cas, il peut dans un délai de 15 jours suivant la notification demander la déchéance du terme s'il y a diminution de sa sûreté ;
- soit-il donne son consentement ; dans ce cas il conserve sa sûreté s'il fait mentionner son accord en marge de l'inscription initiale dans le délai de 15 jours après la notification.

Le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds doit notifier sa demande par acte extrajudiciaire aux créanciers inscrits.

La résiliation judiciaire ne peut intervenir, ni la résiliation amiable ou en vertu d'une clause résolutoire de plein droit produire effet qu'après l'expiration d'un délai de deux mois suivant la notification.

Il faut signaler pour terminer que l'inscription du nantissement produit des effets sur la situation des créanciers chirographaires. Ceux ci peuvent en effet obtenir en justice la déchéance du terme en cas d'inscription d'un nantissement postérieurement à leur créance ayant pour cause l'exploitation du fonds. Il en de même lorsque les éléments du fonds affectés à la sûreté du créancier nanti sont vendus.

## Sous chapitre 2 LA VENTE COMMERCIALE

Dans le Code des Obligations civiles et commerciales, il n'y a pas de dispositions propres à la vente commerciale. Le législateur sénégalais a certes minutieusement réglementé, dans les articles 264 à 371, le contrat de vente, mais aucun de ces textes n'a pour objet de réglementer spécifiquement et exclusivement la vente commerciale.

L'originalité de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général, c'est de renfermer un corps de règles destinées à régir la seule vente commerciale. Ces règles contenues dans les articles 202 à 288 dérogent sur bien des points au droit commun de la vente. C'est pourquoi les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont pris soin de délimiter avec précision leur domaine d'application.

Il résulte de l'article 202 que seuls les contrats de vente entre commerçants sont soumis à cette réglementation nouvelle.

Sont exclues de son champ d'application :

1. Les ventes aux consommateurs ; on entend par consommateur au sens de la loi, la personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ;
2. Les ventes sur saisie ou aux enchères ;
3. Les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaies ou devises et les cessions de créance.

A cette liste contenue dans l'article 203, il faut ajouter les contrats visés par l'article 204 ; ce texte prévoit en effet que les dispositions de l'Acte Uniforme régissant la vente commerciale ne s'appliquent pas aux contrats 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 règles fixées par les articles 202 et suivants de l'Acte Uniforme ne s'appliquent qu'aux ventes commerciales, mais elles ne sont pas les seules à s'y appliquer. En effet, l'article 205 prévoit aussi l'application des règles du droit commun en la matière. Il faut déduire de ce renvoi l'applicabilité des articles 264 à 371 du COCC.

Toutefois, s'il y a contrariété entre les dispositions de l'Acte Uniforme et celles du COCC ayant le même objet, les premières l'emporteront face aux secondes ; c'est ce qui résulte de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> et 2 de l'Acte Uniforme.

Il convient de signaler qu'à l'exception des articles 275 à 280, les textes de l'Acte Uniforme relatifs à la vente commerciale ont un caractère supplétif. Les parties peuvent donc en écarter l'application par convention contraire.

Les dispositions de l'Acte uniforme et les dispositions non contraires au COCC doivent être combinées avec les usages auxquels renvoie l'art. 203 pour analyser la formation et les effets de la vente commerciale.

## **SECTION I – LA FORMATION DU CONTRAT**

L'Acte Uniforme ne comporte pas moins de 9 articles consacrés au mécanisme de formation du contrat. En revanche, en ce qui concerne les conditions de validation, il ne prévoit pratiquement aucune règle, ce qui oblige l'analyste à se tourner vers le droit national.

### **Paragraphe 1 – Le mécanisme de formation du contrat**

L'examen des règles du Code des Obligations civiles et commerciales révèle qu'il n'y a aucune disposition spécifique applicable au seul mécanisme de formation de la vente. Il y a donc lieu de se référer aux règles régissant le mécanisme de formation des contrats en général (art. 78 et suivants qui figurent dans la 1<sup>ère</sup> partie intitulée Partie générale). Le mérite des rédacteurs de l'Acte Uniforme est d'avoir décrit le mécanisme de formation du contrat de vente commerciale en définissant avec précision l'offre et l'acceptation.

#### **I – L'offre**

C'est une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes. Une telle proposition ne produit cependant d'effet qu'à la double condition d'être suffisamment précise et d'indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Si la deuxième condition ne semble pas poser de problème particulier, il n'en est pas de même de la première. C'est pourquoi, les rédacteurs de l'Acte

Uniforme ont pris le soin de la définir en ces termes : une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer (art. 210 alinéa 2).

L'offre prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire.

Elle prend fin soit à l'initiative de l'offrant, soit à l'initiative du destinataire. On parlera alors de révocation ou de rejet selon le cas.

La révocation peut intervenir dans deux cas :

- si la volonté de l'offrant de se rétracter est connue du destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation ;
- si le délai prévu pour l'acceptation est expiré sans acceptation.

Il convient d'observer que l'offrant ne peut se rétracter si l'offre précise qu'elle est irrévocable ou si elle fixe un délai déterminé pour l'acceptation.

Le rejet qui est le fait du destinataire met fin à l'offre, même si celle-ci est irrévocable, lorsqu'il parvient à l'offrant.

## **II – L'acceptation**

Elle consiste en une déclaration ou en tout autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre (art. 212 alinéa 1<sup>er</sup>).

Le silence ou l'inaction, à eux seuls, ne peuvent valoir l'acceptation. (Comparer avec l'article 81 alinéa 3 COCC qui prévoit que le silence vaut acceptation lorsque les relations d'affaires existant entre les parties les dispensent de toute autre manifestation de volonté).

L'acceptation prend effet (forme le contrat selon l'article 217) au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre (art. 213 alinéa 1<sup>er</sup>).

Il faut toutefois, pour cela, qu'elle parvienne à son destinataire dans le délai fixé par l'offrant ; si aucun délai n'est fixé, elle doit parvenir dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction ou du moyen de communication utilisé. En tout état de cause, l'offre verbale doit être immédiatement acceptée à moins que les circonstances n'impliquent le contraire.

Le destinataire de l'offre doit veiller au contenu de sa réponse puisque le sort du contrat en dépend.

Si la réponse contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, elle vaut acceptation.

En revanche, si elle contient des additions, des limitations ou autres modifications, elle équivaut à un rejet de l'offre et constitue une contre offre.

Le destinataire qui se ravise peut rétracter son acceptation dans les conditions prévues par l'article 216.

## **Paragraphe 2 – Les conditions de validité**

### **I – Les conditions de fond**

L'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général prévoit très peu de conditions de fond particulières (par exemple fixation du prix des marchandises, article 235). Les règles du droit commun ont, dans ces conditions, vocation à s'appliquer.

Il convient cependant de signaler l'existence de l'article 206 qui fixe les règles d'interprétation de la volonté des parties.

Il résulte de ce texte que la volonté et le comportement d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. A défaut, ils doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie placée dans la même situation, leur aurait donnés.

Pour déterminer l'intention d'une partie ou celle d'une personne raisonnable, on doit tenir compte des circonstances de fait et notamment des négociations qui ont pu avoir lieu, des pratiques qui ont pu être établies entre elles, voire des usages en vigueur dans la profession concernée.

### **II – Les conditions de forme**

Aucune condition de forme particulière n'est exigée. Le contrat de vente de marchandises peut donc être verbal ou écrit. Le terme « écrit » doit s'entendre, selon l'article 203, de toute communication utilisant un support écrit, y compris le télégramme, le télex ou la télécopie.

L'écrit n'est pas exigé non plus pour la preuve du contrat. L'article 208 alinéa 2 est clair sur ce point : en l'absence d'écrit, il peut être prouvé par tous moyens y compris le témoignage.

## SECTION II – LES EFFETS DU CONTRAT

Lorsqu'elle est régulièrement formée, la vente commerciale produit des effets sur la situation des parties et le sort des marchandises.

### Paragraphe 1 La situation des parties

Chacune des parties supporte des obligations dont l'inexécution donne lieu à des sanctions.

#### I Les obligations des parties

##### A- Le vendeur

Le vendeur assume une obligation de livraison, une obligation de conformité et une obligation de garantie. L'Acte Uniforme, contrairement au COCC, ne prévoit pas à la charge du vendeur, l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue. Est-ce à dire que la propriété de la chose est transférée à l'acquéreur dès la formation du contrat ? Si une telle interprétation devait être retenue, la physionomie de la vente serait fondamentalement transformée.

- **L'obligation de livraison**

Le vendeur doit livrer les marchandises et remettre, s'il y a lieu, les documents s'y rapportant. Contrairement au COCC qui ne comporte qu'une seule disposition consacrée au lieu de la délivrance (article 278 selon lequel, à défaut d'usage ou de convention contraire, la délivrance s'opère chez l'acheteur), l'Acte Uniforme édicte une réglementation très détaillée en la matière.

Il est possible que le contrat ait prévu un lieu déterminé ; dans ce cas, la livraison doit y être effectuée (article 220). A défaut, le vendeur doit tenir les marchandises à la disposition de l'acquéreur au lieu de fabrication, de stockage ou de son principal établissement (celui du vendeur) sauf si le contrat prévoit un transport desdites marchandises.

Le moment de la livraison est fixé par l'article 222. Il résulte de ce texte que le vendeur doit livrer les marchandises à la date qui est fixée par le contrat ou à celle qui est déterminable par référence au contrat. Si une période de temps est fixée ou déterminable par référence au contrat, la livraison peut avoir lieu à un moment quelconque au cours de cette période. L'article 279 alinéa 3 du COCC prévoit, dans un tel cas de figure, le droit pour le vendeur de fixer la date exacte.

Dans tous les autres cas, la livraison doit être faite dans un délai raisonnable.

L'Acte Uniforme ne comporte aucune disposition interdisant au vendeur de demander un délai de grâce (contrairement au COCC – article 279 dernier alinéa).

- **L'obligation de conformité**

Le vendeur doit livrer les marchandises dans la quantité, la qualité, la spécification, le conditionnement et l'emballage correspondant à ceux prévus au contrat.

Les marchandises vendues doivent également permettre l'usage auquel servent les marchandises de même type.

Le vendeur est responsable de tout défaut de conformité existant au moment du transfert des risques, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement (article 225), mais il peut toujours réparer son manquement en cas de livraison anticipée (article 226).

L'acheteur, en ce qui le concerne, doit examiner les marchandises ou les faire examiner dans le délai prévu par l'article 227. Il est déchu de son droit de se prévaloir du défaut de conformité s'il n'accomplit pas certaines diligences prévues par l'Acte Uniforme (articles 228 et 229).

- **L'obligation de garantie**

Elle est double.

Le vendeur doit, d'une part, livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions.

Le vendeur doit, d'autre part, la garantie du vice caché de la chose vendue. Cette garantie profite à l'acheteur contre le vendeur mais aussi au sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire pour le vice caché affectant la chose dès sa fabrication. Une clause limitative de garantie peut être insérée dans le contrat.

## **B - L'acquéreur**

Il a deux obligations : payer le prix et prendre livraison des marchandises.

- **Le paiement du prix**

L'acquéreur doit non seulement payer le prix, mais aussi prendre toutes les mesures ou accomplir toutes les formalités destinées à permettre de le payer (article 234 à comparer avec l'article 303 COCC).

Cette obligation de payer le prix n'est pas subordonnée à l'introduction d'une demande ou à l'accomplissement d'une formalité de la part du vendeur.

Selon l'article 237, le lieu du paiement c'est, sauf stipulation contraire, l'établissement du vendeur ou, dans certains cas, au lieu de la livraison ou de la remise de la marchandise. Cette disposition est plus précise que celle de l'article 307 qui indique simplement que le prix est payé chez l'acquéreur à défaut de convention ou usage contraire.

Le prix est en principe payable au moment où le vendeur met à la disposition de l'acquéreur les marchandises ou les documents qui les représentent.

- La prise de livraison

Elle consiste à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison et à retirer les marchandises (comparer l'article 240 à l'article 312 dernier alinéa du COCC).

Si l'acquéreur tarde à prendre livraison des marchandises, le vendeur doit prendre les mesures nécessaires raisonnables pour en assurer la conservation ; il sera fondé alors à les retenir jusqu'au remboursement des frais de conservation (article 241 Acte Uniforme). Dans le COCC, le législateur distingue nettement l'inexécution (art. 314) et le retard dans l'exécution de cette obligation (art. 315) et prévoit deux types de sanctions.

## **II - L'inexécution des obligations**

Les rédacteurs de l'A.U. ont prévu deux types de règles pour sanctionner l'inexécution des obligations résultant du contrat : des règles générales et des règles spéciales.

### **A- Les règles générales**

Elles concernent les sanctions prévues et la mise en œuvre de ces sanctions.

- **Les sanctions prévues**

- Il y a d'abord « l'exception d'inexécution » : une partie peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses propres obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution, de son insolvabilité ou de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat.

Il est assez rare de constater une disposition législative subordonnant l'exception d'inexécution à l'autorisation préalable du juge. Cela s'explique ici certainement par son caractère préventif.

- Il y a ensuite la résolution. Selon l'article 246 de l'Acte Uniforme, « si avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra un manquement essentiel à ses obligations, l'autre partie peut demander à la juridiction compétente la résolution de ce contrat ».

Il y a lieu de souligner là aussi, le caractère préventif de cette mesure qui est assez inhabituelle.

Les conséquences de la résolution sont prévues par les articles 269 et 270.

- Il y a enfin les sanctions pécuniaires. Elles peuvent prendre deux formes :
  - . soit le paiement d'intérêts : lorsqu'une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts calculés au taux légal applicable en matière commerciale ;
  - . soit le paiement de dommages et intérêts : une partie peut être condamnée au paiement de dommages et intérêts lorsqu'il y a un manquement à ses obligations ; ceux-ci sont égaux à la perte subie ou au gain manqué par l'autre partie.

Une exonération de responsabilité est prévue par l'article 267 au profit de la partie qui prouve que l'inexécution de ses obligations est due au fait d'un tiers ou à un cas de force majeure.

- **La mise en œuvre de l'action**

L'article 274 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte Uniforme soumet les actions en matière de vente commerciale à une courte prescription. Celle-ci est de 2 ans ; son point de départ, c'est la date à laquelle l'action peut être exercée.

## **B - Les règles spéciales**

Venant s'ajouter aux règles générales, elles ont pour objet de régler les difficultés d'exécution de la vente commerciale, qu'elles soient le fait du vendeur ou de l'acquéreur.

L'inexécution des obligations du vendeur est prévue par les articles 249 à 255. Ces textes visent les manquements dans les livraisons successibles, le défaut de conformité, etc.

L'inexécution des obligations de l'acheteur est prévue par les articles 256 et suivants.

### **Paragraphe 2 - Le sort des marchandises**

Les rédacteurs de l'Acte Uniforme ne traitent que du transfert de propriété et du transfert des risques dans le Titre IV consacré aux effets du contrat, même si cette notion dépasse largement ces deux questions.

#### **I - Le transfert de propriété**

L'article 283 pose la règle selon laquelle le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison de la marchandise par l'acquéreur. Mais cette règle réserve la possibilité d'une convention contraire. Les parties peuvent par exemple, convenir de reporter le transfert

jusqu'au paiement complet du prix en insérant une clause de réserve de propriété dans le contrat.

Cette clause n'aura d'effet entre les parties que si l'acheteur en a eu connaissance par sa mention dans le contrat de vente, le bon de commande, le bon de livraison, et au plus tard le jour de cette livraison. Il convient de signaler que l'article 359 du COCC ne subordonne pas la validité de la clause de réserve de propriété à un tel formalisme.

Vis-à-vis des tiers, la clause de réserve de propriété ne sera opposable que si elle a été régulièrement publiée au R.C.C.M. conformément aux dispositions du Livre II de l'Acte Uniforme. Le vendeur qui accomplit cette formalité de publicité est particulièrement bien protégé car il pourra s'en prévaloir, à notre avis, même à l'égard du tiers de bonne foi. Il faut rappeler à cet égard que l'article 360 alinéa 1<sup>er</sup> du COCC déclare la clause de réserve de propriété inopposable aux tiers de bonne foi.

## **II - Le transfert des risques**

Malgré l'intitulé de l'article 345, le COCC ne comporte aucune disposition spécifique à la vente et traitant du transfert des risques. Il faut donc appliquer le droit commun et notamment l'article 109 selon lequel le transfert des risques de la chose est lié au transfert de propriété, qu'il se produise au moment de la délivrance ou à tout autre moment fixé par l'accord des parties.

Dans l'Acte Uniforme, on trouve une règle comparable à celle qui est contenue dans l'article 109 du COCC ; il s'agit de la règle prévue par l'article 285 alinéa 1<sup>er</sup> ; selon ce texte, le transfert de propriété entraîne le transfert des risques.

La conséquence logique que les rédacteurs de l'A.U. déduisent de ce texte, c'est qu'à partir du transfert de propriété, la perte ou la détérioration des marchandises ne dispense pas l'acheteur de payer le prix, sauf si ces événements sont dûs à un fait du vendeur.

L'article 285 est complété par d'autres dispositions destinées à régler les problèmes particuliers liés au transport des marchandises, au moment de la vente et à l'objet de la vente.

Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur (article 286 alinéa 1<sup>er</sup>).

Lorsque les marchandises sont vendues en cours de transport, les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu, sauf si le vendeur qui a eu connaissance ou qui aurait dû avoir connaissance de la détérioration, n'en a pas informé l'acheteur (article 287).

Lorsque la vente porte sur des marchandises non encore individualisées, le transfert des risques n'intervient qu'après leur identification, car elles ne sont réputées

**FORMATION DES MAGISTRATS DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**  
**Du 26 mars au 06 avril 2007**

avoir été mises à la disposition de l'acheteur que lorsqu'elles ont été clairement identifiées aux fins du contrat (article 288).