



FORMATION CONTINUE DES MAGISTRATS

Du 24 au 28 septembre 2001

ACTES DU SEMINAIRES

☞ *Programme*

☞ *Spécificités communes aux contrats commerciaux*

☞ *La vente commerciale*

☞ *Les paiements*

☞ *Les Baux commerciaux*

☞ *Liste des Participants*



Programme d'Appui à l'OHADA
(Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)
Programme Régional de Formation
Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA)



**SESSION DE FORMATION SPECIALISEE
DES MAGISTRATS**

Du 24 au 28 septembre 2001

LES CONTRATS

**Pr Filiga Michel SAWADOGO,
Agréé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire
Université de Ouagadougou**

AVANT-PROPOS

Le présent document a été élaboré en quelques jours pour faire face à une défaillance de dernière heure du formateur initialement désigné. Ces contraintes de temps expliquent les insuffisances, notamment d'approfondissement, que l'on pourrait relever. Néanmoins, le document essaie de répondre aux préoccupations de l'ERSUMA telles qu'elles ressortent du canevas que celle-ci a élaboré.

C'est ainsi en particulier que le découpage en cinq séquences est respecté et que les différents points répertoriés au titre de chacune de ces séquences sont traités. Pour le reste, les échanges avec les participants, les questions que ceux-ci seront amenés à poser permettront de répondre avec plus d'à propos à leurs attentes relativement au droit des contrats (théorie générale des contrats, contrats spéciaux) qui constitue incontestablement le noyau central du droit, le cœur de l'activité juridique (spécialement en ce qu'il intéresse le monde des affaires) et le pôle central d'intérêt de l'OHADA.

Il est utile de préciser d'entrée de jeu que les sources des contrats commerciaux sont variées :

- Certaines ont été récemment renouvelées avec l'adoption des actes uniformes de l'OHADA, notamment l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général, ou dans le cadre de l'UEMOA pour ce qui concerne les instruments de paiement ;
- D'autres sont anciennes et doivent être recherchées dans le code civil et le code de commerce tels qu'ils avaient été rendus applicables pendant la période coloniale ;
- Enfin, certains contrats spéciaux ont été l'objet de textes spécifiques adoptés par chaque Etat, chacun suivant sa procédure législative et les besoins de son économie nationale ou de ses commerçants ; il n'est pas étonnant, dans un tel cas, de constater une diversité des règles.

Pour l'ensemble des contrats commerciaux, il faut souligner l'importance du code civil dans ses articles 1101 à 1369 qui constituent la théorie générale des obligations (TGO) ou, pour ce qui nous intéresse, la théorie générale du contrat qui a vocation à s'appliquer à tous les contrats.

Première Séquence
**LES SPECIFICITES COMMUNES AUX CONTRATS
COMMERCIAUX**

Les contrats commerciaux revêtent certaines caractéristiques qui permettent de les qualifier comme tels et cette qualification entraîne des conséquences sur le régime juridique applicable. Toutefois, il est impossible ou difficile de s'en tenir à ces spécificités dans la mesure où elles peuvent être accessoires par rapport aux règles de base applicables à tous les contrats, qu'ils soient civils ou commerciaux. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que de nombreux ouvrages traitant des contrats s'intitulent "contrats (spéciaux) civils et commerciaux "⁽¹⁾.

Les règles communes aux contrats commerciaux peuvent être appréhendées en abordant successivement la nature et les caractères du contrat (A), la vie du contrat (B) ainsi que les atteintes au lien contractuel et la fin du contrat (C).

A - LA NATURE ET LES CARACTERES DU CONTRAT

Pour cerner ces questions, il convient de délimiter le champ contractuel et d'examiner la qualification du contrat, de distinguer le contrat commercial du contrat de droit commun (contrat civil) et de rappeler les principales classifications (ou caractéristiques) des contrats.

1 - Le champ contractuel : l'existence du contrat

Pour être dans le champ contractuel et appliquer les règles y afférentes, il faut que l'on soit en présence d'un contrat valide et non expiré ou non éteint et que le problème juridique posé soit en rapport avec celui-ci. Le code civil définit le contrat comme une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose (article 1101). En d'autres termes, c'est un accord de volonté en vue de produire des effets de droit.

L'accord des parties est essentiel : sans accord, on serait face à un fait juridique ou à un acte juridique unilatéral qui requiert une seule volonté. L'accord de volonté doit

⁽¹⁾ Voyons par exemple :

- Collart Dutilleul et Delebecque Philippe, contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 3^e éd. 1996 ;
- Barbiori J-J, contrats civils, contrats commerciaux, Masson/Armand Colin, 1995 ;
- Malaurie Philippe, Aynes Laurent, Gautier Pierre-Yves, Les contrats spéciaux civils et commerciaux (titre de la page intérieure et non de la couverture), cujas, 13^{ème} éd., 1999-2000.

exister et être exempt de vices du consentement (erreur, dol, violence) ; les parties doivent être capables. S'agissant de l'engagement, il doit porter sur un objet licite et reposer sur une cause existante et licite.

La question qui se pose à cet égard est de savoir quand est-ce qu'on est dans un cadre contractuel. Il n'y a pas de difficulté lorsqu'il n'existe pas de contrat ou que sa conclusion n'est pas envisagée.

La question se complique lorsque la conclusion d'un contrat est envisagée et que des négociations sont engagées. Si un problème de responsabilité se pose, sera -t-il contractuel ou extra-contractuel ?

Peut donner lieu à une responsabilité extracontractuelle (responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle) :

- **le fait de refuser de conclure le contrat** s'il est constitutif d'une faute qui cause un dommage à autrui : tel est le cas si celui qui refuse de conclure le contrat a trompé une confiance légitime, sérieuse et prévisible ; le dommage est constitué du préjudice matériel (rarement moral) subi par la victime de la faute ; le plus souvent, celui-ci sera constitué des dépenses engagées pour la négociation (frais de voyage, perte de temps) ; l'anticipation des suites d'un contrat paraissant certain peut-être indemnisée (par exemple la transformation d'un magasin, l'achat des moyens de transport, les frais de campagne de publicité) à la condition expresse de la certitude de la conclusion du contrat, s'il n'y avait pas eu précisément la faute précontractuelle ; mais le gain manqué, celui espéré de l'exécution du contrat, ne peut être réparé ; bien entendu il faut un lien de causalité entre la faute et le dommage, autrement dit, le dommage doit résulter directement de la faute, ce qui signifie que si la faute précontractuelle n'avait pas existé, le contrat aurait été conclu et le dommage évité ;
- **le fait de conclure le contrat en commettant une faute précontractuelle** : il est possible dans ce cas de demander l'annulation du contrat et des dommages-intérêts ou seulement des dommages-intérêts ; l'action en responsabilité pour faute précontractuelle peut d'ailleurs être dirigée contre un tiers, par exemple le notaire qui aurait rédigé un acte contenant un vice entraînant son annulation. Il y a lieu de souligner que sur le même fondement, on ne peut invoquer à la fois l'action contractuelle et l'action délictuelle ; lorsque les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies, c'est celle-ci qu'il faut invoquer.

2 - Eléments pour la résolution des cas concrets : le problème de la qualification du contrat

En pratique, lorsqu'une contestation s'élève au sujet de tel ou tel contrat individuel, sa résolution passe souvent par le recours à la qualification.

La qualification est définie par le lexique de termes juridiques¹ comme l'opération de l'intelligence consistant à rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe déjà existant (concept juridique, catégorie, institution).

La qualification, en toutes matières, permet de déterminer le régime juridique applicable.

Dans la matière des contrats, la qualification va consister à se demander si le contrat individuel entre dans le moule d'un des contrats nommés². La qualification juridique que les parties donnent de leurs conventions, sauf exceptions, ne lie pas le juge. Celui-ci doit tenir compte de ce qui a été réellement voulu³. L'opération de qualification des contrats fait apparaître sur le plan analytique quatre principales situations :

1^{ère} situation : le contrat nommé

C'est la situation la plus simple et la plus fréquente. Le contrat individuel correspond parfaitement à l'un des contrats réglementés : vente, échange, mandat, contrat d'entreprise, prêt, dépôt... On va lui appliquer les trois couches de règles que forment les stipulations contractuelles, les règles du contrat nommé et celles de la T.G.O.

2^{ème} situation : le contrat complexe

Les contrats complexes s'analysent comme étant des combinaisons, des amalgames ou des fusions de contrats nommés (et réglementés) mais **constituant un tout unitaire**.

Exemple 1 : Le contrat <<frontière>>. Il ressemble à deux contrats spéciaux. Ainsi la vente d'herbes ou de fruits ressemble à la vente et au bail ; la convention par laquelle une personne acquiert le droit d'extraire les produits du sol ou d'une chose

¹ De Raymond Guillien et Jean Vincent, DALLOZ, 10^e éd., 1995, P 445

² La qualification revêt une importance en droit pénal et en droit international privé.

³ De manière concrète, la qualification nécessite une double démarche : il faut, en effet, se demander :

- a) quels sont les éléments caractéristiques des contrats spéciaux en présence ?
- b) quels sont les éléments essentiels du contrat individuel, quelle est l'opération juridique soulue par les parties ?

D'après les professeurs Francis Collart Dutilleul et Philippe Delebecque (Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 3^e éd. 1996, n° 25) la qualification s'opère essentiellement en fonction des éléments objectifs du contrat, de sa manière, de son objet prédominant, de ses éléments caractéristiques, de sa cause catégorique mais également en considération de la volonté des parties et de leur qualité.

appartenant à autrui, moyennant un prix déterminé ou une redevance en argent ressemble à la vente et au louage de chose (location mobilière ou immobilière).

Exemple 2 : Le mélange de plusieurs contrats spéciaux c'est de loin l'hypothèse principale par rapport à celle du contrat <<frontière>>. Ainsi :

- la donation avec charge fait appel à la vente et à la donation ;
- l'échange avec soulte à l'échange et à la vente ;
- le contrat d'hôtellerie au bail (chambre) et au contrat d'entreprise (services du personnel) ;
- le contrat de déménagement au contrat de transport (déplacement) et au contrat d'entreprise (manutention) ;
- le contrat de wagons-lits fait appel à la fois au contrat de transport (déplacement) et au contrat d'hôtellerie (qui se décompose lui-même en bail et en contrat d'entreprise)...

Puisqu'il y a un ensemble unitaire, il faut retenir une qualification exclusive **et non une qualification distributive. Avec la qualification exclusive, on applique la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal (accessorium sequitur principale).**

C'est ainsi que :

- la vente d'herbes ou de fruits sera un bail rural (continuité d'exploitation) ou une vente (discontinuité d'exploitation) ;
- l'extraction des produits du sol (ou du charbon d'une mine) est une vente (parce que l'on épuise la substance de la chose) et pourrait être un bail (s'il y a une certaine périodicité du droit d'exploitation ...) ;
- la donation avec charge est une vente ou une donation suivant l'importance des charges ;
- l'échange avec soulte est une vente ou un échange en fonction de l'importance de la soulte¹ ;

- le contrat de déménagement est un contrat de transport ou un contrat d'entreprise en fonction de l'importance respective du déplacement et de la manutention¹ ;

On pourrait toutefois aboutir à la qualification de contrat sui generis, lequel contrat peut devenir avec le temps un contrat nommé. C'est l'exemple du crédit-bail en France

¹ <<Autrefois il fallait que la soulte fût extrêmement importante pour que le contrat cessât d'être un échange ... Aujourd'hui, l'opinion est contraire : en cas de doute, la vente l'emporte - elle est le contrat le plus usuel - : il est donc probable que c'est lui que les parties ont entendu conclure>> (Mauritanie et Aynès, op. cit, p.329 n°5

¹ L'objet du contrat consistant principalement en travaux spéciaux et coûteux de manipulation (démontage et chargement), la Cour d'appel a pu décider que ce contrat était un louage d'industrie>> (Com., 25 février 1963, Dalloz 1963, 422

3^{ème} situation : Le groupe de contrats

Il y a groupe de contrats ou complexe de contrats lorsque l'association de contrats distincts **n'aboutit pas à en faire un contrat unique. Il y a donc combinaison sans unité.** Il faut rapprocher du groupe de contrats la chaîne de contrats en raison de la similitude des solutions qui leur sont données².

Exemples :

- le prêt associé à une vente ;
- le prêt assorti d'une assurance-vie ;
- l'achat d'un véhicule neuf moyennant la reprise d'un véhicule usagé ;
- la vente d'immeuble à construire.

Ici, en raison de l'absence d'unité, il y a lieu de procéder à une qualification distributive qui va conduire à l'application de deux ou plusieurs corps de règles de contrats nommés, soit au même moment en fonction de l'aspect contractuel en cause³, soit successivement en fonction de l'évolution du contrat (si le contrat change de nature en cours d'exécution). C'est ainsi que la vente d'immeuble à construire relève du contrat d'entreprise tant que la construction est en cours et de la vente à la fin des travaux. La location-vente est une location ou un bail jusqu'au paiement du dernier loyer convenu qui transforme instantanément le contrat en une vente.

En pratique, il n'est pas aisé de savoir quand est-ce qu'il y a contrat complexe et groupe de contrats, autrement dit quand il y a qualification exclusive ou qualification distributive.

4^{ème} solution : le contrat innommé ou sui-generis

Si par combinaison d'obligations ou de contrats, il s'avère impossible de faire entrer le contrat individuel dans les catégories prévues ou de lui appliquer distributivement les règles de certains contrats, on reconnaîtra qu'il innommé ou sui-generis. Par exemple : contrat d'édition, le crédit-bail, le contrat de compte courant ou encore le contrat de révélation de succession.

Dans une telle hypothèse, outre la TGO, << le juge s'inspirera de l'économie du contrat, des usages, des nécessités des affaires, de l'intention des parties, explicite ou

² << Encore plus différente du contrat complexe est la <<chaîne de contrats>> courante en matière commerciale, faire des rapports contractuels achevés : par exemple, la vente commerciale n'est qu'un stade dans la circulation des marchandises, elle est précédée et suivie d'autres ventes...>> (Maurice et Aynès, op. cit., p 14).

³ Une qualification ne peut jamais être cumulative (mais elle peut être distributive) : un contrat ne peut constituer à la fois une vente et une donation, à la fois l'eau et le feu. Mais il peut appartenir à un type donné à l'égard de certaines règles (ex : une donation à l'égard des règles de forme) et être en même temps d'un autre type à l'égard d'autres règles (ex : une donation à l'égard des règles de fond). Ainsi la donation déguisée prend les formes de la vente et relève au fond des règles des donations.>> (Malaurie et Aynes, op. cit., p 160)

implicite, parfois aussi des règles appliquées dans les contrats voisins et invoqués par analogie, sans que l'analogie puisse être poussée jusqu'à détruire la spécificité du contrat dont la réglementation doit être établie³ >>.

De manière synthétique, on peut retenir avec les Professeurs Collart Dutilleul et Delebecque⁴ que la qualification peut parvenir à trois résultats.

Elle peut être, d'abord, exclusive, le contrat prenant la nature que lui imprime son élément principal.

Ainsi un contrat de déménagement est un contrat de transport lorsque l'essentiel de l'opération repose sur le déplacement ; il est un contrat d'entreprise lorsque le montage et le démontage des meubles prennent le pas sur leur transport d'un point à un autre.

Ensuite, la qualification peut être distributive, c'est-à-dire qu'elle combine les règles des différents contrats en cause en les appliquant dans des domaines séparés.

Une vente d'immeuble à construire est régie par les règles de l'entreprise tant que le transfert de propriété n'est pas réalisée et, une fois ce transfert accompli, par les dispositions du contrat de vente.

La qualification peut enfin ne déboucher sur aucune solution. Le contrat est si complexe ou si nouveau qu'il est impossible de le rattacher à une catégorie dûment répertoriée. On parle alors de contrat <<sui generis>> ou encore de contrat innommé, ce qui n'avance guère, sauf que l'on sait que le contrat en cause n'est pas un contrat de vente, un contrat de louage, un contrat de mandat ni un autre contrat nommé.

3 - Contrat de droit commun et contrat commercial

La distinction entre contrats de droit commun (contrats civils) et contrats commerciaux revêt une grande importance puisqu'elle détermine, au moins en partie, le droit applicable au contrat en cause. Les contrats commerciaux sont ceux conclu par les commerçants dans l'exercice, voire à l'occasion de l'exercice, de leur commerce. En principe, il n'y a pas de contrat spécial commercial en tant que tel c'est-à-dire par nature. En principe, tout contrat spécial peut, suivant les circonstances de la cause, être soit civil soit commercial. Bien entendu, il ne peut pas être à la fois civil et commercial. Le principe est le contrat civil malgré le nombre et l'importance économique des contrats commerciaux.

³ De page, par Dekkers, op. cit., p 21

⁴ Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 3^e éd. 1996, 883 p., n°25

Pour montrer qu'un même contrat peut être tantôt civil, tantôt commercial, on notera par exemple que la vente conclue :

- entre deux commerçants dans l'exercice de leur activité commerciale est commerciale pour les deux parties ; c'est seulement dans ce cas que s'appliquent les dispositions des articles 202 à 288 de l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général (AUDCG) traitant de la vente commerciale ; encore convient-il de préciser que ces dispositions n'excluent pas l'application des règles du droit commun (art. 205) ;
- entre un commerçant et un particulier (ou un consommateur) est mixte : commerciale pour le premier et civile pour le second ; les actes mixtes entraînent une complexité du régime juridique applicable qui en principe fait appel distributivement, suivant la partie en cause, au droit civil ou au droit commercial ;
- entre deux particuliers est civile pour les deux parties, en sorte qu'en principe le droit commercial n'interfère en aucune façon.

Toutefois, il faut noter que certains contrats sont toujours commerciaux, par exemple le contrat de société commerciale par la forme, et d'autres sont toujours civils comme les contrats à titre gratuit.

En principe, les règles des contrats spéciaux ne sont pas doubles, les unes civiles et les autres commerciales. Bien au contraire, elles sont généralement uniformes s'appliquant au contrat qu'il soit civil ou commercial. **Lorsque le contrat est commercial, outre les règles de la théorie générale des obligations et celles du contrat spécial en cause s'appliquent quelques règles particulières** comme :

- la mise en demeure simplifiée : on n'exige pas comme en matière civile, un acte d'huissier ; une lettre recommandée avec accusé de réception suffit ;
- la liberté de la preuve qui peut être apportée par tous les moyens, sauf cas particulier ; selon l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants (art. 5) ;
- la compétence juridictionnelle qui appartient aux tribunaux consulaires (tribunaux de commerce), lorsqu'il en existe ; tel n'est pas d'ailleurs le cas de la plupart des Etats parties au traité de l'OHADA, de telle sorte que c'est en général la même juridiction (tribunal de 1^{ère} instance, tribunal de grande instance, tribunal régional ...) qui connaît en première instance du contentieux civil et commercial ;
- la clause compromissoire qui n'était possible qu'en matière commerciale, les particuliers devant, dans un but de protection, se contenter du compromis que les parties en litige peuvent conclure une fois le litige né ; il faut souligner que l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage adopté à Ouagadougou le 11 mars 1999, ne fait aucune distinction entre clause compromissoire et compromis mais fait état seulement de convention d'arbitrage si bien que la clause compromissoire devrait pouvoir être incluse désormais aussi bien dans les contrats commerciaux que dans les contrats civils ;

- la solidarité est présumée en matière commerciale contrairement à l'article 1202 du code civil qui dispose : « la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vue d'une disposition de la loi. »

- la prescription en matière commerciale, qui était décennale et non trentenaire comme en matière civile, est devenue quinquennale avec l'AUDCG ; ainsi, selon l'article 18 de l'AUDCG, « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes » ; de cette disposition, on note la réserve de prescriptions plus courtes comme c'est le cas par exemple pour la vente (article 274 à 282, AUDCG) ainsi que l'assimilation des actes mixtes aux actes purement commerciaux en matière de prescription.

- Pour finir, il faut mentionner que si les règles des contrats spéciaux ne sont pas doubles dans le principe, il peut en aller différemment dans certains cas, ce qui d'ailleurs ne va pas sans difficulté. Ainsi pour la vente s'appliquent soit les dispositions des articles 1582 à 1701 du code civil pour les ventes civiles, soit les dispositions de l'AUDCG (articles 202 à 288) pour les ventes commerciales (précisément les ventes entre commerçants), étant rappelé dans ce dernier cas que les dispositions du droit commun demeurent applicables.

4 - Classification des contrats

En fonction de leurs caractéristiques, les contrats sont susceptibles d'être classés de multiples façons :

- contrats synallagmatiques (réciproques ou bilatéraux) et contrats unilatéraux ;
- contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit (ou contrat de bienfaisance)
- contrats commutatifs et contrats aléatoires ;
- contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive ;
- contrats consensuels et contrats formels ou formalistes (réels ou solennels) ;
- contrats entre professionnels et contrats entre non professionnels ;
- contrats conclus intuitu personae et contrats non conclus intuitu personae ;
- contrats négociés (ou de gré à gré ou de libre discussion) et contrats d'adhésion ;

- contrats individuels et contrats collectifs ;
- contrats de droit privé et contrats de droit public (ou contrats administratifs) ;
- contrats translatifs et contrats non translatifs ;
- contrats nommés et contrats innommés.

Cette dernière classification, à savoir celle entre contrats nommés et contrats innommés, dont la portée n'est pas bien souvent appréciée à sa juste valeur, mérite d'être explicitée.

Les rapports entre contrats nommés et contrats innommés

Les contrats innommés par opposition aux contrats nommés sont ceux qui n'ont ni nom ni réglementation. L'élément essentiel, c'est l'absence de réglementation. M Henri de Page, civiliste belge de grande renommée, les définit comme « des combinaisons d'obligations formées librement par les parties en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, combinaisons dont la physionomie d'ensemble dépend de la nature des obligations souscrites, envisagées tant en elles-mêmes que dans leur ensemble »⁵

L'autonomie de la volonté avec ses corollaires – liberté contractuelle, consensualisme, force obligatoire du contrat, malgré des critiques et des aménagements nombreux, continue d'animer la matière des contrats. Or en vertu de ce principe, les parties sont libres de « construire » leur contrat sur mesure. Ainsi les contrats innommés peuvent apparaître comme constituant la règle. Mais un examen pratique montre la primauté des contrats nommés. Une approche historique permettra de savoir si les rapports entre ces deux catégories ont connu des évolutions.

a) Approche théorique : le principe des contrats innommés

Les contrats nommés sont, et cela de manière nécessaire, en nombre limité. Or les parties sont toujours libres de faire les contrats qui leur plaisent, sous réserve, bien entendu du respect de certaines dispositions impératives. Pourquoi ? Parce que leur volonté est autonome. Parce que, en d'autres termes, prévaut le principe ou plutôt la doctrine de l'autonomie de la volonté.

De plus, les règles des contrats nommés sont pour la plupart des règles supplétives de volonté, qui ne jouent que si les parties ne se sont pas exprimées en sens contraire (ou tout au moins différent).

C'est dire donc avec Monsieur Henri De Page que c'est le contrat innomé qui est la règle, et non pas le contrat nommé, car en droit moderne les contrats ne sont plus

¹- Henri de Page : Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence, tome 4è les principaux contrats, 1 ère partie, 1972, 2ème édition par René Dekkers, p. 7

limités, classifiés, systématisés en sorte qu'il n'existerait qu'un certain nombre de contrats-types, auxquels tous les autres contrats se ramèneraient nécessairement.⁶

Toutefois une telle conclusion semble essentiellement théorique. En ce sens qu'elle dérive d'une vue logique de la doctrine et des principes qui animent le Code civil. Elle gagnerait donc à être étoffée par une vision pratique, laquelle conduit à une conclusion différente.

b) Approche pratique : la primauté des contrats nommés

Généralement, pour qu'un contrat acquière un nom et surtout une réglementation légale, il y a plusieurs étapes : le contrat est d'abord d'usage individuel, ensuite il fait l'objet d'une utilisation répétée, puis il acquiert un nom de la pratique qui permettra de dégager des usages qui lui sont applicables, ... enfin il deviendra un contrat nommé avec l'intervention du législateur.

Le tableau que présentent les Professeurs Malaurie et Aynes est à cet égard édifiant⁷.

La nécessité de la réglementation vient de l'utilisation fréquente avec comme objectif d'aider les parties dans leurs relations contractuelles ; en particulier, elles n'auront plus besoin de tout prévoir dans leur contrat. Au-delà il y a également les objectifs de promotion de l'activité économique, de protection de la partie économiquement la plus faible, ...

C'est dire qu'en pratique, la plupart des contrats qui se concluent sont des contrats nommés c'est-à-dire les contrats usuels : vente, louage des choses, mandat, louage, contrat d'entreprise, de transport, de prêt, de société, contrat de travail et d'assurance.

c- Approche historique : évolution des contrats spéciaux

L'évolution a été remarquable par rapport au droit romain lequel était procédurier et formaliste. Un contrat donné n'était valable que s'il entrait dans une catégorie à laquelle une action était reconnue par la loi ou le préteur. Ces contrats qui avaient un « nomen » dans l'édit du préteur⁸ furent qualifiés de contrats nommés.

Les contrats qui ne remplissaient pas les formes des contrats nommés étaient dépourvus d'efficacité. C'étaient des contrats innommés. Par la suite (VI^e siècle après J. C.), on a reconnu à la partie dans un contrat innommé, qui avait exécuté son obligation spontanément, la possibilité en justice, soit de répéter, soit de contraindre son contractant à s'exécuter.⁹

Les idées durent évoluer progressivement pour aboutir au moment de l'adoption du Code Civil à la consécration de la liberté contractuelle. Cette dernière entraîne que :

⁶ Op. Cit. , p. 10

⁷ Op. Cit., p 12. Le tableau es intitulé : <<Naissance, viet et agonie des contrats nommés>>.

⁸ Magistrat judiciaire qui avait pouvoir de faire exécuter et d'interpréter la loi (adj. Prétorien). Le préteur était spécialisé dans l'administration de la justice.

⁹ Voy. Dans ce sens De Page, par Dekkers, op. cit. , p. 8 et 9

- Malaurie P. et Aynes L. , op. cit. , p. 10

- tous les contrats sont obligatoires, même ceux qui ne correspondent pas à un type prévu et réglementé par la loi ;
- les parties se voient reconnaître la liberté de faire des contrats « sui generis ».

L'évolution récente¹⁰ depuis le Code civil de 1804 pourrait être brièvement caractérisée ainsi qu'il suit :

- d'abord la multiplication ou la démultiplication des contrats spéciaux avec comme corollaires la spécialisation et la complication ; la pratique et le législateur ont, en effet, créé de nouveaux contrats spéciaux, soit de manière spécifique, soit par spécialisation intervenant au sein d'un contrat spécial tel que le contrat d'entreprise ou le mandat.

Exemple :

De nouveaux contrats sont apparus : d'hôtellerie, de déménagement, de parking, de crédit-bail, de location-accessoire, de franchisage, de crédit spécialisé, variétés de garantie personnelle surtout dans les banques (letters of intent...) garanties autonomes.

Au titre de la démultiplication, on peut considérer que **le mandat** se décompose en commission, courtage, agent d'affaires, conseil juridique, avocat, leasing, prête-nom, promotion immobilière et que **l'agent d'affaires** se décompose à son tour en agent immobilier, agence matrimoniale, de voyage, de renseignement, de publicité, d'assurance, agent artistique, intermédiaire dans le prêt d'argent, agence de recouvrement de créances, agent commerciaux, ingénieurs-conseils (propriété industrielle) agence de recherche, généalogie.¹¹

- Ensuite, en sens inverse, la neutralisation : certains contrats spéciaux sont utilisés dans des hypothèses qui n'étaient pas envisagées par le législateur.¹²

- Puis le développement du caractère d'ordre public de la matière. De nombreuses règles des contrats spéciaux sont non plus supplétives mais impératives. Deux buts sont visés à savoir la protection (du consommateur ou de la partie économiquement la plus faible) et la direction (défense de la monnaie, promotion de l'économie).

- Enfin, il y a la tendance à distinguer le professionnel du non-professionnel, surtout dans les pays industrialisés comme en France mais également en Afrique. Ainsi les

¹⁰ Voy. Pour plus de développement :

- Brigitte Bertioz-Houin et Georges Berlioz : le droit des contrats face à l'évolution économique in Etudes offertes à Roger Houin, Problème d'actualité posés par les entreprises, Dalloz-Sirey, 1985 p. 3 à 33

- Philippe Le Tourneau : quelques aspects de l'évolution des contrats, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985 p. 349 à 380.

- Malaurie P. et Aynes L. , op. cit. , p. 26 et s.

¹¹ Voy. Dans ce sens : - Malaurie P. et Aynes L. , op. cit. , p. 31

¹² La vente, le mandat et le louage de choses peuvent servir de sûreté (crédit-bail), le dépôt bancaire n'est pas gratuit, ...

dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA relatives à la vente ne s'appliquent qu'aux ventes entre commerçants.

B - LA VIE DU CONTRAT

Pour que l'on puisse parler de vie du contrat, il faut que celui-ci naisse, ce qui implique sa conclusion. Le Contrat conclu doit être exécuté, c'est sa finalité, il se pose la question de savoir s'il peut être modifié.

1 - La conclusion du contrat

La conclusion du contrat peut être plus ou moins complexe suivant la nature, l'importance et la durée de l'opération à conclure. A ce propos, certains rappels ou précisions peuvent être utiles.

❖ La négociation

Elle n'est à proprement parler nécessaire pour les contrats spéciaux usuels où il n'est pas prévu un caractère répétitif. Le caractère répétitif, avec la possibilité que les circonstances entourant le contrat évoluent, peut transformer un contrat simple en contrat complexe.

En raison de la liberté contractuelle, les parties sont libres de conclure ou de ne pas conclure l'opération. Le fait d'engager des négociations ou des pourparlers n'oblige donc pas à contracter. Toutefois, si une faute caractérisée entraînant un dommage est commise au cours de la négociation, la responsabilité pré-contractuelle, qui est extra-contractuelle, de son auteur pourra être

Les personnes en pourparlers peuvent sécuriser leurs relations de pourparlers au-delà de ce que prévoit le régime légal ; elles peuvent à cet effet passer de véritables contrats qui encadrent leurs pourparlers. Ces contrats peuvent avoir trois objets essentiels.

En premier lieu, ils peuvent porter sur l'obligation même de négociation : soit, ils créent une véritable obligation de négociation ; c'est le cas avec le pacte de préférence que l'on peut définir comme la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion ; ici, seule la liberté dans le choix du contractant, s'il désire contracter, est limitée par le pacte de préférence ; soit ils ne créent pas une obligation de négocier mais altèrent pendant la liberté de choisir son contractant si celui qui s'oblige dans le cadre d'un tel contrat décide de contracter ; tel est le cas du contrat de négociation ou accord de principe qui est la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à

entreprendre ou à poursuivre la négociation d'un contrat déterminé en vue de sa conclusion ou à en organiser les modalités. Le contrat engendre une obligation ferme de négocier mais rien qu'une obligation de négocier. Les contrats de négociation peuvent être autonomes c'est-à-dire que l'obligation de négocier naît d'un contrat dont elle constitue l'objet principal. Cet accord peut intervenir à des stades différents des pourparlers par exemple dès l'entrée en relation des parties (et portant sur le type de contrat à conclure, la personne des contractants, ou des modalités de la négociation) ou un stade ultérieur en cours de pourparlers (les parties peuvent s'engager à préciser par une négociation ultérieure certains éléments même essentiels du contrat qui n'ont pas encore fait l'objet d'accord). les conventions de négociation peuvent également être des clauses d'un contrat (voy infra Modification du contrat).

Le refus d'entreprendre la négociation constitue toujours une faute ; il en est différemment du refus de conclure qui ne constitue pas forcément une faute. La faute dans ce cas consisterait à avoir provoqué l'échec de la négociation par un comportement de mauvaise foi par exemple le fait de formuler systématiquement des propositions déraisonnables (dérisoires ou disproportionnées). La preuve d'une telle faute ne sera pas facile à établir. De plus, le juge ou l'arbitre appelé à trancher l'affaire devra avoir une bonne connaissance des pratiques professionnelles propres à la branche d'activité dans laquelle intervient le contrat. En principe, la violation de l'obligation de négociation se résout en dommages-intérêts alloués au partenaire ayant subi un préjudice, par exemple du fait de l'engagement de frais importants pour la négociation. Cette responsabilité est de nature contractuelle.

En second lieu, il peut s'agir d'un contrat-cadre, d'un contrat partiel ou d'un contrat temporaire.

Le contrat cadre est un contrat tendant à préciser les principales règles auxquelles seront soumis des contrats à conclure dans le futur (contrats d'application ou d'exécution) auxquels de simples bons de commande ou ordres de service pourront servir de support. Le contrat-cadre est distinct des contrats d'exécution. en effet, la conclusion de chaque contrat d'exécution suppose un accord de volonté spécifique, distinct de l'accord de volontés ayant produit le contrat-cadre. Celui-ci vise simplement à faciliter la conclusion du contrat d'exécution.

Cela se réalise par la fixation dans le contrat-cadre des modalités plus ou moins nombreuses et plus ou moins importantes auxquelles devront se conformer les contrats d'exécution. si le contrat-cadre comporte en plus une véritable obligation de conclure des contrats d'exécution, il s'agira d'une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat. Le contrat-cadre qui peut générer des obligations variées, positives ou négatives, qui est généralement conclu pour une durée déterminée est soumis aux sanctions du droit commun des obligations (résolution judiciaire ou conventionnelle, éventuellement allocation de dommages-intérêts pouvant être fixés forfaitairement par une clause pénale).

Le contrat peut être partiel c'est-à-dire être conclu au cours de pourparlers pour fixer les points de la négociation sur lesquels les parties sont d'accord. Il peut aussi s'agir de contrats temporaires (ou intermédiaires ou encore provisoires) qui sont obligatoires entre les parties tout au long de la négociation comme les accords de secret, les contrats d'articles, la note de couverture (accordant une garantie provisoire à un assuré attendant que l'assureur prenne parti sur la proposition d'assurance qui lui est soumise). La sanction de la violation des contrats partiels intermédiaires est prévue par le contrat lui-même ou soumise au droit commun de la responsabilité contractuelle.

Enfin, les pourparlers peuvent aboutir à des contrats relatifs à la conclusion d'un deuxième contrat dit contrat définitif. Il peut s'agir d'une promesse unilatérale : c'est un contrat par lequel l'une des parties, le promettant, donne son consentement à un contrat définitif dont les conditions sont déterminées et qui sera formé lorsque l'autre partie, le bénéficiaire, décidera de le conclure en levant l'option. La promesse unilatérale est un contrat et non une offre qui est un acte unilatéral. Le contrat est souvent unilatéral ; il peut devenir synallagmatique cependant que la promesse reste unilatérale. Il peut s'agir d'une promesse synallagmatique ou réciproque : c'est un contrat par lequel les deux parties donnent leur consentement à un contrat futur dont elles subordonnent la formation ou l'exécution à la réalisation d'une formalité qu'elles s'obligent à accomplir. A la différence de la promesse unilatérale, le consentement au contrat définitif est réciproque. Le Code Civil décide dans un tel cas que "la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix" (article 1589). Les promesses, surtout les promesses unilatérales, particulièrement en ce qui concerne la vente, sont d'utilisation courante et font l'objet d'un contentieux abondant dans tous les pays européens.

❖ Le consentement

Il n'appelle pas beaucoup de développement même s'il peut faire l'objet d'un contentieux important. Le consentement doit exister. Il doit être exprimé. Il faut une offre acceptée. Pour les contrats entre absents, l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général retient la théorie de réception aussi bien pour l'offre que pour l'acceptation (articles 211 à 218).

Le consentement ne doit pas être vicié :

- ni par l'erreur (l'erreur-obstacle qui porte sur la nature de la convention, sur l'objet ou sur la cause ; l'erreur vice de consentement ; l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne) ;
- ni par le dol (l'un des contractants non seulement s'est trompé mais a été trompé : l'auteur du dol doit avoir agi sciemment ; le simple mensonge, voire même le silence volontaire, est constitutif de dol, sans qu'il soit exigé des manœuvres comme en droit romain ; le dol doit être déterminant) ;

- ni par la violence (la violence doit être illégitime, émaner du co-contractant ou d'un tiers, être déterminante) ; la Cour de cassation française a eu à assimiler à la violence émanant des hommes – co-contractant ou tiers – la contrainte résultant de circonstances extérieures, de l'état de nécessité dans un arrêt de Chambre des requêtes du 27 avril 1887).

La lésion n'est pas un vice du consentement et n'est admise que pour certains contrats dans des conditions strictes, à savoir principalement la vente d'immeubles où elle joue au profit du vendeur lorsque la lésion dépasse les 7/12^e et que le préjudice est contemporain du contrat. Il ne peut y avoir de lésion sans une erreur, un dol ou une violence mais la victime n'a pas à prouver le vice de consentement.

❖ La capacité

Les parties doivent être capables. On distingue les incapacités d'exercice (infans, dément, mineur, incapables majeurs – majeures sous tutelle ou sous curatelle) et l'incapacité de jouissance qui prive la personne, non seulement de l'exercice du droit, mais du droit lui-même. Les incapacités de jouissance sont fondées soit sur l'ordre public, soit sur un intérêt particulier. Par exemple, il est interdit aux administrateurs des biens d'autrui d'acquérir les biens de leurs administrés, aux magistrats et aux officiers ministériels d'acquérir des droits litigieux. Les incapacités d'exercice (civiles ou naturelles – déments, infans) sont sanctionnées par la nullité relative. Les incapacités de jouissance sont sanctionnées par la nullité absolue ou par la nullité relative selon qu'elles sont fondées sur l'ordre public ou la protection des intérêts privés.

❖ L'objet

L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée (vente, échange, dépôt...) tandis que l'objet de l'obligation est la prestation promise.

S'agissant de l'objet de l'obligation, si les prestations consistent dans le transfert d'un droit au créancier, le droit transféré ou la chose doit exister (même dans le futur), être dans le commerce, être déterminée (espèce et quotité) et en plus si l'objet de l'obligation consiste dans le transfert d'un droit réel, la personne qui transmet ce droit doit en être titulaire.

Pour les prestations consistant dans un fait personnel du débiteur, la prestation doit être possible (seule l'impossibilité absolue est prise en compte), licite, personnelle à celui qui s'oblige (la promesse de porte-fort est valable car le débiteur s'engage personnellement et seul à obtenir la ratification par le tiers qui, lui, n'est pas lié par la promesse) et présenter un intérêt pour le créancier.

Relativement à l'objet du contrat, les parties sont libres de créer des obligations par des opérations juridiques de leur choix, sous réserve du respect de l'ordre public et des

bonnes mœurs. La notion d'ordre public est mouvante : elle paraît de plus en plus exigeante dans certains domaines et cède dans d'autres. Les tribunaux ont admis la validité de l'assurance-vie, du courtage matrimonial, du contrat de révélation de succession passée par les généalogistes, de la cession de clientèle dans certaines professions libérales... Mais la jurisprudence, bridée par une disposition expresse du Code civil (article 1130), demeure sévère à l'égard des pactes sur succession qu'il s'agit de sa propre succession – on peut à tout moment revenir sur son testament – ou de la succession d'autrui).

❖ La cause

Comme pour l'objet, on distingue la cause du contrat de la cause de l'obligation

La cause de l'obligation

Pour les causalistes (Domat et Pothier par exemple), la cause est différente selon les catégories de contrats : dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties est la considération de l'engagement pris par le contractant ; dans les contrats unilatéraux, la cause est la remise de la chose ; dans les contrats à titre gratuit, la cause est l'intention libérale. De vives critiques ont été adressées à la théorie de la cause par les anticausalistes, notamment Planiol, qui ont estimé que la théorie de la cause est fautive et inutile. Mais la théorie classique exprime bien la réalité : le débiteur s'engage soit en considération d'une contre-prestation, soit dans une intention libérale. Du reste, cette thèse classique présente une utilité au moins pour les contrats synallagmatiques. En effet, la cause justifie l'interdépendance qui existe au moment de leur naissance, entre les obligations créées par le contrat synallagmatique.

Les droits étrangers (allemand, suisse, polonais par exemple) qui ont, dans une certaine mesure, répudié la théorie contractuelle de la cause de l'obligation, ont dû la remplacer par celle, extra-contractuelle, de l'enrichissement sans cause.

La cause du contrat

Tandis que la notion de cause de l'obligation est abstraite et technique, celle de cause du contrat est concrète et vivante, car il s'agit d'apprécier le mobile qui a poussé les parties à conclure le contrat. Mais afin de limiter la recherche de mobiles, la jurisprudence ne retient que la cause impulsive et déterminante. On exige, pour que le motif déterminant soit retenu comme cause du contrat, qu'il ait été connu de l'autre partie ; cette exigence ne vise que les contrats à titre onéreux.

La cause de l'obligation permet de "débusquer" les contrats sans cause ou sur une fautive cause tandis que la cause du contrat est à même de "traquer" les contrats immoraux.

L'établissement du contrat

En règle générale, l'écrit n'est pas exigé pour la validité des contrats et tout particulièrement pour les contrats commerciaux. En effet, pour les contrats consensuels qui sont les plus nombreux, l'écrit n'intervient que pour la preuve et l'on peut passer outre en cas d'impossibilité prouvée de se procurer un écrit. En matière commerciale, la preuve est libre.

Toutefois, certains contrats commerciaux se conçoivent difficilement sans écrit (société commerciale par exemple). En pratique, le recours à l'écrit semble aussi fréquent voire plus fréquent, en matière commerciale que dans les relations entre particuliers. Il faut souligner dans tous les cas l'utilité de l'écrit pour la preuve même en matière commerciale.

1 - L'exécution du contrat

L'exécution du contrat n'entraîne de développement qu'en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution. On peut néanmoins apporter quelques précisions.

Les parties à l'exécution sont celles qui ont participé au contrat. En effet, le contrat n'oblige que les parties elles-mêmes et non les tiers. Toutefois, on peut mentionner les hypothèses dérogatoires ou non de la promesse de porte-fort, de la stipulation pour autrui, de la déclaration de command, de la simulation par interposition de personne, des préposés agissant pour le compte du commettant ou employeur, de la cession de contrat, de la cession de créance...

Les obligations font l'objet des classifications ou de typologies variées :

- d'abord selon la source : obligations contractuelles, obligations délictuelles et quasi délictuelles et obligations quasi-contractuelles, importante pour les conditions de formation, elle n'a pas beaucoup d'influence sur la plupart des effets et sur la preuve des obligations ;
- ensuite selon l'objet de l'obligation : obligation de donner (transférer un droit réel), obligation de faire ou de ne pas faire ; obligations positives (ne pas faire) ; obligations déterminées ou de résultat et obligations générales de prudence ou de diligence ou de moyens (classification particulièrement importante pour la charge de la preuve) ; obligations réelles et obligations ordinaires (le débiteur d'une obligation ordinaire est tenu sur tout son patrimoine tandis que l'obligation réelle – tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, caution réelle portant sur un bien déterminé – ne lie pas le débiteur au-delà de la chose à laquelle elle est attachée) ; obligations patrimoniales et extrapatrimoniales ; obligations morales et

obligations juridiques ; obligations civiles et obligations naturelles (une dette existe mais on ne peut pas recourir à l'exécution forcée).

L'interprétation du contrat par le juge et les lignes de conduite de celui-ci se posent sensiblement dans les mêmes termes que pour la qualification du contrat (voy. supra A, 2).

Les délais d'exécution et les modalités d'exécution du contrat sont en principe fixés par les parties elles-mêmes dans leur contrat. A défaut, il faut recourir à la loi (Actes uniformes, Codes des Etats, usages). Bien entendu, les parties seront départagées en cas de désaccord persistant par le juge ou l'arbitre.

2- La modification du contrat

Le principe est celui de l'intangibilité du contrat c'est-à-dire de sa non-modification, sauf, bien entendu, avec l'accord des deux parties. La jurisprudence, notamment en France, se fonde sur la règle de la force obligatoire du contrat (article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles peuvent être révoquées de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi) pour refuser toute modification judiciaire pour imprévision. En conséquence, quels que soient les changements intervenus depuis la conclusion du contrat qui peuvent affecter son exécution, le contenu de celui-ci est intangible. Alors que le droit français et les droits africains qui en dérivent ou qui s'en inspirent rejettent la théorie de l'imprévision pour les contrats civils et commerciaux (et non pour les contrats administratifs), plusieurs droits européens ont consacré soit dans leurs lois (Italie, Grèce, Pays-Bas), soit dans leurs jurisprudences (Allemagne, Suisse, Grande-Bretagne) la révision des contrats pour imprévision. De même, certaines décisions arbitrales laissent penser que la révision du contrat pour imprévision pourrait faire partie des règles de la *lex mercatoria*.

Il peut arriver, rarement il est vrai, que le législateur assouplisse par une loi la force obligatoire du contrat. Tel était le cas avec le décret du 30 juin 1952 réglementant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal qui prévoyait que « nonobstant toutes dispositions ou conventions contraires, les loyers des baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal ... peuvent être révisés à la demande de l'une ou l'autre des parties à la double conditions que :

- a) la demande soit formée au moins deux ans après l'entrée en jouissance du locataire... ;
- b) les conditions économiques se soient modifiées au point d'entraîner une variation de plus du quart de la valeur locative des locaux ... ». A défaut d'accord entre les parties sur le montant de la révision du loyer, celui-ci peut être fixé par le juge (article 11 à 17 du décret).

Les aménagements conventionnels sont plus fréquents que les assouplissements légaux à la force obligatoire du contrat. Ils peuvent consister par exemple à définir la force majeure, à énumérer les éléments constitutifs de la force majeure, à prévoir une suspension du contrat pour cause de force majeure alors que dans le droit commun celle-ci a un effet extinctif et exonératoire de responsabilité pour le débiteur.

L'aménagement usuel dans le droit des affaires, inspiré du droit anglo-saxon, réside dans les clauses de hardship. Les clauses de hardship, également appelées en français clauses de sauvegarde, clauses de révision ou clauses d'adaptation du contrat ont pour objet d'engendrer une obligation de renégociation du contenu du contrat en cas de changement des circonstances économiques par rapport à celles qui prévalaient lors de la conclusion du contrat. Une telle clause organise l'adaptation du contrat en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel résultant d'une modification des circonstances essentiellement économiques dans lesquelles se déroule l'exécution du contrat.

Les clauses de hardship ou de sauvegarde se distinguent de la lésion (où la rupture de l'équilibre a lieu au moment de la conclusion du contrat), de l'indexation (qui organise dès le départ une adaptation en fonction des critères spécifiques), de la force majeure dans son acception classique (qui implique une impossibilité absolue d'exécution, ce qui n'est pas le cas du hardship).

Si l'hypothèse décrite par la clause est réalisée, la stipulation de hardship engendre une obligation de révision c'est-à-dire de renégociation du contrat (pour les effets de cette clause, voy. supra le contrat de renégociation).

La cession de créance et la cession de contrat

Concernant d'abord la cession de créance, c'est la convention par laquelle le créancier appelé cédant, transmet à une autre personne, appelée cessionnaire, son droit contre son débiteur, appelé cédé. La cession de créance et la cession de contrat sont des opérations à trois personnes comme la délégation (la délégation est une opération juridique par laquelle une personne, le délégué, sur l'ordre d'une autre, le délégant, s'engage envers une troisième, le délégataire, ce qui facilite les règlements en les simplifiant).

Dans la cession de créance, le débiteur cédé n'intervient pas dans l'opération par rapport à laquelle il est un tiers.

Toutes les créances sont en principe cessibles ; par exception, certaines créances sont incessibles pour des raisons d'humanité. La cession de créance doit, pour être valable, respecter les conditions de fond de tous les contrats. Aucune formalité particulière n'est en principe exigée entre les parties. Mais dans les rapports du cédant et du cessionnaire avec les tiers, des conditions doivent être remplies pour l'opposabilité du contrat. En effet, l'article 1690 du code civil exige, pour que la cession de créance

soit opposable aux tiers, certaines conditions de publicité : la cession doit être signifiée par exploit d'huissier au débiteur cédé ou celui-ci doit affirmer dans un acte authentique qu'il a connaissance de la cession.

La cession de créance a pour effet de transmettre au cessionnaire la créance même dont le cédant était titulaire avec tous ses accessoires. Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait eues contre le cédant.

La cession de dette, admise par certains droits modernes à la suite du Code civil allemand, n'est pas admise en droit français dans les transmissions à titre particulier. Au contraire, elle est admise si elle est incluse dans une transmission plus vaste.

Tel est le cas de la cession de contrat qui désigne l'opération par laquelle un contractant cède à un tiers sa qualité de contractant c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations qu'il tient du contrat.

Certaines cessions sont organisées ou imposées par la loi. D'autres relèvent de l'autonomie de la volonté. Au titre de la loi, on peut citer la cession de bail (cession de la qualité de bailleur et même de la qualité de locataire), la cession du contrat de travail (en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur). Au titre du contrat, on relève des cessions de la qualité de concessionnaire (ou d'une autre forme de distribution commerciale) au bénéfice de l'acquéreur d'un fonds de commerce. Cela implique que le commerçant concessionnaire cède à l'acquéreur de son fonds de commerce sa qualité de concessionnaire.

Si la cession est permise et est valablement conclue, l'effet principal est que le cessionnaire est substitué au cédant dans ses relations avec le cédé avec les droits et devoirs y afférents. Le cédant reste-t-il subsidiairement tenu à l'égard du cédé de la bonne exécution du contrat par le cessionnaire ?

Signalons qu'il peut exister des sous-contrats et des co-contrats. Le sous-contrat est une technique d'exécution d'un contrat principal par laquelle une partie au contrat principal, qui conserve la qualité de partie, fait appel pour l'exécution de tout ou partie de ses obligations à une tierce personne (sous-traitance – plus ou moins -, sous-location, sous-licence, sous-affrètement...). Il se pose surtout le problème de l'action directe entre les parties non directement liées.

Quant au co-contrat, il suppose une pluralité de contractants. Un contrat ayant un objet unique est donc conclu entre une personne et plusieurs co-contractants qui interviennent chacun dans la réalisation de l'objet. Chacun des co-contractants est ainsi lié directement avec le client. Il n'y a pas de substitution d'un contractant comme dans la cession et chacun des contractants est partie au contrat principal. Le domaine principal de ce contrat est celui de l'entreprise de construction immobilière ou plus généralement de réalisation d'ensembles industriels. Les co-contractants ou les

entreprises concernées peuvent être liées par un groupement contractuel ou par un groupement ayant une forme sociale (avec ou sans personnalité juridique). La responsabilité des membres peut être solidaire ou conjointe suivant le contenu des engagements contractés.

C - LES ATTEINTES AU LIEN CONTRACTUEL ET LA FIN DU CONTRAT

Pour s'en tenir à l'essentiel, on évoquera l'inexécution du contrat, la rupture du contrat et l'extinction du contrat.

1 - L'inexécution du contrat

D'abord, il y a lieu d'établir l'inexécution du contrat. S'il s'agit d'une obligation de résultat, la preuve de la non atteinte du résultat suffit : le créancier n'a pas à prouver une faute du débiteur qui est tenu de réparer le dommage qui découle de l'inexécution sauf s'il prouve que l'inexécution est due à la force majeure. S'il s'agit d'une obligation de moyens, la preuve de la non-atteinte du résultat par le créancier ne suffit pas : il doit en plus prouver une faute du débiteur.

Des mesures conservatoires doivent être prises par les parties, surtout en matière de vente commerciale.

La partie à qui l'inexécution cause un préjudice peut :

- soulever l'exception d'inexécution (exceptio non adimpleti contractus) ;
- recourir à l'exécution forcée en justice qui peut prononcer des astreintes ; l'exécution de la décision autorise le recours aux saisies ;
- demander la réparation du dommage subi en nature consistant à remettre les choses en l'état (elle ne peut en principe être refusée par la victime sauf si cela lui cause un dommage) ou plus souvent par équivalent lorsque la réparation en nature ou remise en l'état est impossible ; concernant l'étendue du dommage, le juge doit évaluer le préjudice et fixer l'indemnité de manière à "rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu " (civ. 2è, 28 octobre 1954, cité par Henri Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 8è éd., 1991, n°623).

En cas d'inexécution pour cause de force majeure, se pose la question des risques (théorie des risques et non théorie du risque) : il s'agit de savoir pour qui sera la perte. La perte sera pour le propriétaire (res perit domino) pour les contrats translatifs de propriété et pour le débiteur (res perit debitor ;) dans les autres.

2 - La rupture

Le contrat est rompu et même effacé en cas d'annulation tenant au non respect des conditions de formation du contrat (consentement, capacité, objet, cause, formalité, solennité ou tradition) requises à peine de nullité.

Le contrat régulièrement formé est rompu par la résolution pour les contrats instantanés où les choses peuvent être remises en l'état (tout se passe comme en matière d'annulation où il y a rétroactivité) ou par la résiliation pour les contrats successifs où l'effacement du passé est inconcevable (contrat de travail ou bail par exemple : comment effacer la jouissance du preneur ou locataire qui a occupé les lieux pendant plusieurs mois, voire plusieurs années ?)

En principe, la résolution et la résiliation sont judiciaires ; mais le contrat peut prévoir une résolution ou une résiliation de plein droit.

3- L'extinction du contrat

Les causes d'extinction du contrat sont variées. Il y a d'abord l'exécution du contrat qui est une cause normale d'extinction tout comme l'arrivée du terme pour les contrats successifs. Pour les contrats conclus intuitu personae, on note le décès ou l'incapacité de l'une ou des deux parties. Il y a également la disparition de l'objet, la confusion, la prescription, la novation, la délégation parfaite... qui, jouant plus sur les obligations, rejaillissent sur le contrat.

Les effets de l'extinction varient suivant la cause de l'extinction et selon le contrat en cause. Par exemple l'extinction du bail entraîne l'expulsion du locataire ou la poursuite tacite du contrat.



Programme d'Appui à l'OHADA
(Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)
Programme Régional de Formation
Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA)



**SESSION DE FORMATION SPECIALISEE
DES MAGISTRATS**

Du 24 au 28 septembre 2001

LA VENTE COMMERCIALE

**Pr Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire
Université de Ouagadougou**

DEUXIEME SEQUENCE : LA VENTE COMMERCIALE

La vente commerciale est d'abord une vente. La vente est assurément le contrat spécial le plus usuel. Historiquement, la vente était précédée par l'échange ou troc. Bien que le code civil renvoie à la vente en ce qui concerne l'échange, c'est plutôt la vente qui dérive de l'échange par le remplacement de l'une des choses par de l'argent.

La vente s'est démultipliée : on distingue ainsi les ventes civiles des ventes commerciales, les ventes internes et les ventes internationales, les ventes de meubles et les ventes d'immeubles, les ventes de biens corporels et de biens incorporels (fonds de commerce, clientèles, droits ou bail), les ventes de biens ordinaires et de biens protégés (objets d'arts, immeubles classés...).

Les ventes commerciales se décomposent en ventes internes et internationales, terrestres et maritimes.

Concernant les sources de la vente, particulièrement de la vente commerciale, on peut mentionner pour les Etats parties au Traités de l'OHADA :

- à titre principal, l'Actes Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG),

En ce qu'il régit la vente commerciale dans son livre V constituant les articles 202 à 288 ; ce sont ces dispositions qui feront l'objet pour l'essentiel des développements qui suivent ;

- Le code civil français tel qu'il a été déclaré applicable pendant la période coloniale (articles 1582 à 1701) ou les législations adoptées en remplacement de ce code par les Etats depuis leurs indépendances :

On peut citer à cet égard le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) . il faut souligner que les dispositions du Code civil ou les dispositions qui les remplacent demeurent applicables malgré l'adoption de l'AUDCG : en effet, « outre les dispositions du présent livre, la vente commerciale est soumise aux règles du Droit commun » (article 205). ;

- le Code de commerce français de 1807 tel qu'il avait été déclaré applicable pendant la période coloniale : l'article unique (article 109) du Titre VII, intitulé des achats et des ventes, du Livre I de ce code prévoyait que les achats et les ventes pouvaient se prouver par différents modes de preuve ; la jurisprudence en a déduit que la preuve est libre non seulement en matière de vente mais également pour tous les contrats commerciaux ;

- au titre des sources d'inspiration (le mot est trop faible), on ne peut manquer de relever la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises adoptée par la Conférence des Nations Unies le 11 avril 1980 (la conférence s'est tenue du 10 mars au 11 avril 1980) ; les rédacteurs ont avancé comme choix de cette source d'inspiration le fait que la convention à été ratifiée par la plupart des pays industrialisés, l'absence de législation spécifique aux ventes commerciales dans les Etats parties au Traité de l'OHADA et surtout le fait que la plupart de ces Etats si non tous n'avaient pas ratifié cette convention.
- Il faut aussi mentionner l'importance des usages en matière de vente commerciale ; l'AUDCG dans ses dispositions régissant la vente commerciale précise les conditions dans lesquelles les usages s'imposent aux parties ; de plus, il codifie de nombreux usages comme par exemple le remplacement des marchandises (article 250). par ailleurs, les usages interviennent dans l'interprétation de la volonté des parties ;
- Enfin, l'on notera le rôle essentiel de la volonté dans la vente commerciale ; comme pour les autres contrats spéciaux, les règles applicables à un contrat donné sont les règles de la théorie générale des obligations (TGO), les règles spécifiques du contrat spécial en cause et, bien entendu, les stipulations contractuelles du contrat individuel ; la primauté de la volonté des parties – la commune volonté – est cependant limitée par la prise en compte des circonstances de fait (article 206, alinéa 3) et par la protection minimale obligatoire accordée aux parties par l'article 281 qui répute non écrite toute convention contraire aux dispositions relatives à la prescription (article 281).

Pour appréhender, le contenu de l'Acte uniforme¹, il convient, en mettant l'accent sur les spécificités de cette nouvelle législation, d'aborder successivement.

- Le champ d'application, les dispositions générales et la formation du contrat de la vente commerciale ;
- Les obligations des parties dans la vente commerciale ;
- Les sanctions de l'inexécution des obligations des parties ;
- Les effets et la prescription de la vente commerciale.

I - LE CHAMP D'APPLICATION, LES DISPOSITIONS GENERALES ET LA FORMATION DU CONTRAT

Ces questions bien qu'importantes, n'appellent que de sommaires précisions concernant d'une part le champ d'application et les dispositions générales, d'autre part la formation du contrat.

A- LE CHAMP D'APPLICATION ET LES DISPOSITIONS GENERALES

¹ Le livre V de L'AUDCG relatif à la vente traite :du champ d'application et des dispositions générales (titre I) ; de la formation du contrat (titre II) ; des obligations des parties (titres III) ; des effets du contrats (Titre IV).

E.R.SU.MA. 02 BP 353 PORTO-NOVO Rép. du Bénin Tél./Fax 22 43 67 Tél. : 22 58 04

E-mail : ersuma@syfed.bi.refer.org ou E-mail : jcueto@syfed.bi.refer.org

Le champ d'application tel qu'il ressort de l'Acte uniforme apparaît restreint tandis que les dispositions générales sont classiques.

1- Le champ d'application restreint

Sur le plan positif, les dispositions du livre V de l'Acte Uniforme s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants personnes physiques ou personnes morales. IL n'est pas distingué, et c'est habituel, selon qu'il s'agit d'une personne morale. Bien qu'il ne soit pas précisé que ce sont les contrats conclus dans l'exercice de leur profession, il est fort probable que seul ces contrats sont visés. Il reste à se demander si le terme marchandises, comme c'est le cas du terme chose, englobe ou non les biens incorporels. Aucune règle de l'Acte uniforme ne permet de trancher la question, sauf que le sens commun du terme incite à l'exclusion.

S'agissant des exclusions, l'article 203 précise que le livre V ne régit pas :

- Les ventes aux consommateurs, c'est à dire à toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ; les actes mixtes sont ainsi fort logiquement exclus, encore que l'on aurait pu permettre à la partie non commerçante d'invoquer ces dispositions si tel est son intérêt ; la solution différente à été adoptée pour la prescription en matière commerciale qui concerne même les actes conclus avec des non commerçants (article 18) ;
- Les ventes sur saisie, par autorité de justice et aux ventes aux enchères ; cette exclusion est reprise de l'article 2 de la Convention de Vienne ;
- les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaie ou devises et les cessions de créances.

La convention de Vienne a crû utile d'exclure expressément les ventes navire, de bateaux, d'aéroglisseurs, d'aéronefs et d'électricité (article 2).

Dans le sens également de l'exclusion, l'article 204 précise que les dispositions du livre V ne s'appliquent pas non plus 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.¹ Pour l'essentiel, l'exclusion vise le contrat d'entreprise. La Jurisprudence, pour distinguer le contrat d'entreprise de la vente, s'était fondée pendant longtemps sur l'importance respective du travail et des fournitures mais depuis quelque temps, elle retient le critère du travail spécifique.

2- Le caractère classique des dispositions générales

Elles concernent le rôle de la volonté des parties, la place des usagers et celle de l'écrit sur le premier point, l'article 206 dispose qu'en matière de vente commerciale : la volonté et le comportement d'une partie doivent être appréciés suivant l'intention de celles-ci, lorsque l'autre partie connaissait ou ne

¹ Outre cette exclusion, la Convention de Vienne, par souci de clarté, a retenu une approche positive qui considère que « sont réputés ventes les contrats de fournitures de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celle – ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments nécessaires à cette fabrication ou production (article 3).

pouvait ignorer cette intention ; les auteurs ont souvent relevé le caractère quelque peu divinatoire de la recherche de l'intention des parties par le juge ;

- La volonté et le comportement d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné, il n'aurait pas été raisonnable de faire une interprétation de la volonté de l'une des parties sans se référer à l'autre mais elle se fait in abstracto ;
- Pour déterminer l'intention d'une partie, ou celle d'une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances de fait, et notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire encore des usages en vigueur dans la profession ; c'est ici essentiellement la prise en compte des circonstances de fait.

Le second point est relatif aux usages. Deux types d'usage pourront s'imposer aux parties de manière logique d'une part ceux auxquels elles consentent, d'autre part ceux qui sont en quelque sorte objectivement applicables parce qu'ils sont connus des parties et régulièrement observées par elles dans les contrats de même nature dans la branche commerciale considérée (article 207).

Le troisième point à trait à la place de l'écrit : l'écrit n'est pas indispensable. En effet, le contrat de vente commerciale n'est soumis à aucune condition de forme : il peut de ce fait être écrit ou verbal. En l'absence d'écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins. Il faut préciser que l'écrit est extrêmement utile pour la preuve, même en matière commerciale et en pratique, les contrats commerciaux importants se font par écrit. L'Acte uniforme innove en élargissant la notion d'écrit : il doit s'entendre de toute communication utilisant un support écrit, y compris le télex ou la télécopie. Cela englobe t – il l'écrit électronique ? On peut en discuter.¹

B - LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA FORMATION

Les dispositions relatives à la formation de la vente commerciale traitent des notions d'offre et l'acceptation des conditions auxquelles elles sont soumises pour leur validité ainsi de celles à respecter pour leur rétraction ou révocation.

1 - L'offre

L'offre ou la proposition de conclure un contrat adressé à une ou plusieurs personnes déterminées doit être suffisamment précise et indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Elle doit désigner les marchandises concernées et fixer la quantité et le prix ou tout au moins, donner les indications permettant de les déterminer.

Le cas de l'offre ou proposition faite au public n'est pas examiné, ce qui bien entendu, ne revient pas à l'exclure.¹

L'offre ne prend effet que si elle parvient à son destinataire, ce qui consacre non pas le système de l'émission mais celui de la réception.

¹ En France, l'écrit sous forme électronique est désormais admis comme preuve au même titre que l'écrit sur support papier « sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » ; mais pour ce faire, il a fallu que soient adoptés la loi du 13 mai 2000 et son décret d'application du 30 mars 2001 (Massé F., la signature électronique, la Revue Judiciaire RF Comptable, Mensuel n° 276, septembre 2001, p. 16 et s.).

¹ Mais bien souvent, l'offre faite au public concernera des consommateurs si bien que le contrat ne relèvera pas de l'AUDCG

L'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation. L'offre n'est pas révocable si elle précise qu'elle est irrévocable ou si elle détermine un délai pour son acceptation. Dans ce dernier cas, l'auteur de l'offre doit simplement attendre l'écoulement du délai.

Finalemment le système retenu – la réception pour l'offre et l'émission pour l'acceptation bien que la logique paraît complexe d'autant qu'il comporte des nuances perceptibles dans l'acceptation.

2 – L'acceptation

L'acceptation ne requiert aucune formalité : une déclaration ou tout autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Toutefois « le silence ou l'inaction, à eux seuls, ne peuvent valoir. L'acceptation prend effet et forme le contrat au moment où elle parvient à l'auteur de l'offre, sauf si elle parvient hors délai. La Convention de Vienne prévoit que l'acceptation tardive produit néanmoins effet en tant qu'acceptation si sans retard, l'auteur de l'offre en informe verbalement le destinataire ou lui adresse un avis à cet effet ainsi que l'hypothèse où l'acceptation, expédiée dans les délais, n'est pas parvenue à temps pour transmission irrégulière indépendante de sa volonté (article 21 de la Convention). En ce qui concerne l'offre verbale, elle doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire. Lorsque l'acceptation n'est pas pure et simple (elle comporte des altérations) elle devient une contreproposition insusceptible de former le contrat. Mais l'Acte uniforme n'indique pas, contrairement à la Convention de Vienne (article 21) quelles sont les altérations revêtant un caractère substantiel.

Le point de départ du délai donné pour l'acceptation est fonction du moyen de communication utilisé : pour l'offre faite dans un télégramme ou une lettre, le délai court du jour de l'émission, le cachet de la poste faisant foi, si elle est faite par téléphone, fax, télex ou tout autre moyen de communication instantané, le délai d'acceptation cours au moment où l'offre parvient au destinataire.

Le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet. Toutefois, l'acceptation peut être retardée à condition que la rétractation parvienne à l'auteur de l'offre avant la prise d'effet de l'acceptation.

Pour éviter ou limiter les difficultés, l'article 218 détermine les circonstances susceptibles de réaliser la réception : aussi l'offre, une déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention est considérée comme parvenue à son destinataire lorsqu'elle lui a été faite verbalement, ou lorsqu'elle a été délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son principal établissement ou à son adresse postale.

S'il y a eu rencontre de l'offre et de l'acceptation, cela forme le contrat de vente commerciale qui va produire des obligations à la charge des parties.

II – LES OBLIGATIONS DES PARTIES

L'acte uniforme n'apporte pas de grandes innovations concernant les obligations des parties que sont le vendeur et l'acheteur. Les innovations résident davantage dans les dispositions relatives aux sanctions de l'inexécution des obligations des parties.¹

A - LES OBLIGATIONS DU VENDEUR

Le vendeur a trois obligations : livrer les marchandises, s'assurer de leur conformité à la commande qui lui a été faite et accorder sa garantie. Ce n'est donc pas un système moniste qui a été retenu comme dans la convention de la Haye concernant la vente internationale des objets mobiliers corporels du 1^{er} juillet 1964 qui prévoit que le vendeur a une seule obligation à savoir délivrer une chose conforme (et non viciée).

¹ La Convention de Vienne traite successivement des obligations du vendeur et des moyens dont dispose l'acheteur, puis des obligations de l'acheteur et des moyens dont dispose le vendeur ce qui a priori paraît plus aisé à cerner.

la faculté de parfaire l'exécution de son obligation de conformité jusqu'à la date prévue de livraison et à charge, le cas échéant, de réparer le dommage que subirait l'acheteur.

Du côté de l'acheteur, l'AU D.C.G. met à sa charge une obligation d'examiner ou de faire examiner la marchandise. Cette obligation, qui n'est qu'implicite en droit français, doit s'exécuter dans un bref délai apprécié selon les circonstances⁽¹⁾. L'acheteur doit, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a constaté, ou aurait dû le constater, le défaut de conformité, le dénoncer sous peine de déchéance. Dans tous les cas, la déchéance intervient dans un délai préfix d'un an sauf si ce délai incompatible avec la durée d'une garantie conventionnelle.

3) L'obligation de garantie

Elle est traitée par trois dispositions qui abordent successivement la garantie d'éviction, la garantie contre les vices cachés et les clauses limitatives de garantie.

D'abord, le vendeur doit 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. Il s'agit là de la garantie du fait des tiers qui concerne les troubles de droit et non les troubles de fait. Celle du fait personnel, qui concerne aussi bien les troubles de droit que les troubles de fait, n'est pas évoquée sans doute parce que cela va de soi : « qui garantie ne peut évincer ».

Ensuite, le vendeur est tenu d'une garantie contre les vices cachés transmissibles aux acquéreurs successifs de la marchandise. La garantie est due "lorsque le défaut caché de la chose vendue diminue tellement son usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un moindre prix s'il l'avait connu" (article 231, alinéa 1). La formule de l'Acte uniforme doit être rapprochée de celle du Code civil (article 1641) selon laquelle « le vendeur est tenu de la garantie des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

Ce rapprochement conduit au questionnement suivant. Est-ce à dire que désormais on doit rattacher le cas où "la marchandise est impropre à l'usage auquel on la destine" à la conformité (qui dans le système du Code civil fait partie de la délivrance incluant la livraison) ? Ou bien est-ce que son inclusion dans les vices cachés va de soi dans la mesure où si la garantie concerne expressément le cas de la diminution de l'usage, il paraît logique qu'elle inclut a fortiori le cas où la marchandise est impropre à l'usage auquel on la destine ?

En pratique sera-t-il aisé de distinguer entre obligation de conformité et garantie contre les vices cachés ? En s'en tenant au contenu de l'Acte uniforme, la première solution semble préférable mais il faut attendre que la Cour commune de justice et d'arbitrage se prononce pour être définitivement fixé.

Les conditions de la garantie ressortant de l'article 231 exigent que :

⁽¹⁾ L'article 227, alinéa 1^{er}, utilise l'expression « un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances »
E.R.SU.MA. 02 BP 353 PORTO-NOVO Rép. du Bénin Tél./Fax 22 43 67 Tél. : 22 58 04
E-mail : ersuma@syfed.bi.refer.org ou E-mail : jcueto@syfed.bi.refer.org

- le vice diminue tellement l'usage de la chose ; qu'en est-il si la chose est impropre à l'usage auquel on le destine ?
- le vice doit être occulté ou caché et non apparent, sinon on considèrera que la victime l'a accepté ou a eu tort de ne l'avoir pas constaté ;
- le vice doit être antérieur ou concomitant à la vente ou plus précisément au transfert des risques car le défaut doit être imputable au vendeur et non à l'acheteur.

La garantie des vices cachés bénéficie tant à l'acheteur contre le vendeur qu'au sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication. En droit commun, cette solution, qui est jurisprudentielle a été adoptée depuis 1820⁽¹⁾.

B – Les obligations de l'acheteur

En matière commerciale, comme d'ailleurs en matière civile, l'acheteur a toujours eu deux obligations ayant trait au paiement du prix et à la prise de livraison de la chose.

1) Le paiement du prix

C'est l'obligation principale de l'acheteur, celle en fonction de laquelle le vendeur est engagé. L'A. U D.C.G. prévoit dans ses articles 234 à 239 que l'acheteur doit prendre toutes les mesures et toutes les formalités tendant au paiement découlant du contrat ou des lois ; payé le prix fixé ou celui habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables (article 235) ; c'est ici le rejet de la vente sans prix qui confirme l'exigence de l'article 210 relatif aux conditions de l'offre ; malgré son avancée, la solution de l'A. U D.C.G. semble en retrait par rapport à l'évolution récente ⁽²⁾ ou payer le prix fixé d'après le poids net en cas de doute si le prix est fixé d'après le poids des marchandises.

Le lieu du paiement est celui convenu ou celui de la remise des documents, le cas échéant, ou l'établissement du vendeur, ce qui indique que, comme dans le Code civil, le paiement est portable.

Le moment du paiement est celui prévu par le contrat ou à défaut le moment où le vendeur met à sa disposition les marchandises ou les documents représentatifs. La mise à disposition des marchandises et des documents représentatifs peut être conditionnée par le paiement du prix¹ mais les parties peuvent faire dépendre le paiement du prix de la possibilité pour l'acheteur d'examiner les marchandises.

La date du paiement est celle fixée par le contrat ou résultant de celui-ci sans formalité.

2) La prise de livraison

La prise de livraison, également appelée retirement, consiste pour l'acheteur d'une part

⁽¹⁾ C Cas. fr, 25 janvier 1820, Sirey 1820, I, 1213

⁽²⁾ Par rapport à l'épineux problème de fixation du prix, des auteurs écrivent : "Une autre solution était de laisser le fournisseur à même de fixer unilatéralement le prix, quitte à ce que sa décision fût, en cas d'abus, contrôlée par le juge. C'est précisément cette dernière solution que quatre arrêts d'assemblée plénière ont consacré (Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, D. 1996, 13, Concl. Jéol, note Aynès ...) (Delebecque P. et Germain M., op. cit., n°2504).

¹ Si le contrat implique un transport des marchandises, le vendeur peut en faire l'expédition sous condition que celles-ci ou le document représentatif ne soient remis à l'acheteur que contre paiement du prix (article 238, al.3).

à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison (devoir de coopération pesant sur l'acheteur), d'autre part à retirer effectivement les marchandises.

Des obligations et des droits similaires sont prévus pour le vendeur à l'absence de retraitement des marchandises ou pour l'acheteur qui entend les refuser :

- d'abord l'obligation de conservation jusqu'au remboursement des frais de conservation (et/ou du pris pour le vendeur) ;
- le droit de rétention sur les marchandises dans les magasins d'un tiers ;
- la possibilité de vendre les marchandises et de retenir un montant égal à ses frais, le surplus revenant à l'autre partie, en cas de retard dans l'exécution par celle-ci de ces obligations, à condition de lui notifier préalablement son intention de les vendre.

Outre les dispositions ci-dessus, l'inexécution fait l'objet de sanctions pesant sur les parties.

III – LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS DES PARTIES

En dehors du changement de la règle relative au transfert de la propriété et des risques, les dispositions relatives aux sanctions en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties sont assurément celles qui présentent le plus d'innovations par rapport au droit commun.

L'économie des nombreuses dispositions y afférentes (articles 245 à 273) peut être succinctement abordée en distinguant les dispositions générales, les sanctions de l'exécution des obligations du vendeur, les sanctions de l'inexécution des obligations de l'acheteur et les autres dispositions.

A – Les dispositions générales

Elles ont trait à l'exception d'inexécution, à la résolution et à la notion de manquement essentiel. Chacune des parties peut après la conclusion du contrat demander en justice à différer l'exécution de ses obligations s'il apparaît que l'autre l'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait soit d'une grave insuffisance dans sa capacité d'exécution, soit de son insolvabilité, soit de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat (article 245). Il y a ici une adaptation de l'exception d'inexécution (exemptis non adimpleti contractus) qui devient judiciaire, préventive et limitée aux faits énoncés apparus après la conclusion du contrat. Cela ne devrait pas empêcher le recours à l'exception d'inexécution de droit commun qui existe pour tous les contrats synallagmatiques.

La résolution peut être également demander en justice s'il apparaît que l'autre partie va commettre ou a commis un manquement essentiel à ses obligations. La résolution peut concerner les livraisons futures s'il y a un lien de connexité empêchant l'utilisation des livraisons aux fins envisagées (article 247)

Quant au manquement essentiel, il se définit par rapport à l'importance du préjudice et sa prévisibilité. En effet, "un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que ce manquement n'ait été causé par le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure" (article 248).

B – Les sanctions de l'inexécution des obligations du vendeur

En cas d'inexécution par le vendeur de ses obligations, l'acheteur peut :

exiger du vendeur qu'il exécute ses obligations par le remplacement des marchandises ou la réparation du défaut de conformité, le tout dans un délai raisonnable ;
accorder un délai supplémentaire à l'acheteur pour s'exécuter pendant lequel il ne peut se prévaloir des moyens dont il dispose en cas de manquement, sauf la possibilité de demander des dommages-intérêts ;

demander des dommages-intérêts si le vendeur comme le lui reconnaît l'article 252, répare à ses frais son manquement, même après la date de la livraison.

Le vendeur peut demander à l'acheteur de lui faire savoir s'il accepte l'exécution, et si l'acheteur ne lui répond pas dans un délai raisonnable, le vendeur peut exécuter ses obligations dans le délai qu'il a indiqué dans sa demande. Avant l'expiration de ce délai, l'acheteur ne peut se prévaloir d'un moyen incompatible avec l'exécution par le vendeur de ses obligations.

L'acheteur peut demander la résolution du contrat en justice :

si l'inexécution du vendeur constitue un manquement essentiel ;

en cas de défaut de livraison, éventuellement après un délai supplémentaire accordé au vendeur.

L'acheteur perd le droit de considérer le contrat résolu, en cas de livraison par le vendeur s'il n'a pas demandé la résolution dans un délai raisonnable par exemple en cas de livraison tardive, à partir du moment où il a su que la livraison avait été effectuée.

Si l'inexécution est partielle (seulement une partie des marchandises n'est pas conforme ou 'a pas été livrée), la sanction, par exemple la résolution sera partielle et la réparation également (article 255).

Finalement, les dispositions ci-dessus se caractérisent par une forte volonté de préserver le contrat en procédant au remplacement ou à la mise en conformité des marchandises en prévoyant des délais supplémentaires ou la résolution partielle.

En cela, l'Acte uniforme est resté conforme à sa source d'inspiration, en l'occurrence la Convention de Vienne. Il a, en effet, été souligné que l'«une des idées fondamentales de la convention est le souci de sauver autant que possible le contrat qui a souvent demandé des démarches et des négociations coûteuses»⁽¹⁾. La même volonté de sauver le contrat se retrouve en cas d'inexécution de l'acheteur.

C – Les sanctions de l'inexécution des obligations de l'acheteur

L'Acte uniforme a prévu la possibilité d'octroi d'un délai supplémentaire, de réparation, de réfaction du contrat et la résolution de celui-ci. D'abord, le vendeur peut accorder à l'acheteur un délai supplémentaire d'une durée raisonnable pour s'exécuter, auquel cas il perd pendant ce délai le droit d'invoquer les moyens dont il dispose en cas de manquement, sauf la possibilité de demander des dommages-intérêt.

Ensuite, l'acheteur peut, même après la date de livraison, réparer à ses frais tout manquement à ses obligations, à condition que cela n'entraîne pas un retard déraisonnable, ni un inconvénient déraisonnable pour le vendeur, ni une incertitude quant au paiement du prix. Le vendeur conserve dans ce cas la possibilité de demander des dommages-intérêts. Si l'acheteur demande au vendeur de lui faire savoir s'il accepte l'exécution, et si le vendeur ne lui répond pas dans un délai raisonnable, l'acheteur peut exécuter ses obligations dans le délai qu'il a indiqué dans sa demande et le vendeur ne peut, avant l'expiration de ce délai, se prévaloir d'un moyen incompatible avec l'exécution de ses obligations par l'acheteur (article 258). Cette règle à son pendant en ce qui concerne le vendeur (article 252 et 253).

Puis le vendeur peut demander en justice la résolution en cas d'inexécution par l'acheteur constituant un manquement essentiel ou de non prise de livraison après le délai supplémentaire que lui aurait le vendeur.

⁽¹⁾ Delebecque P. et Germain M., op. cit., n°2546

Par ailleurs, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement, en cas de défaut de conformité, à la différence entre la valeur que les marchandises livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eu à ce moment (article 260). C'est la réfaction du contrat qui s'effectue sans recours au juge. Elle n'est envisageable que si le défaut de conformité n'est pas telle que la marchandise devient impropre à l'usage auquel on la destine.

Enfin, en cas de livraison anticipée ou excédentaire, le contrat n'est pas résolu : un choix est laissé à l'acheteur entre le refus et l'acceptation de la livraison.

L'A. U D. C.G. prévoient d'autres dispositions ayant également trait à l'hypothèse de l'inexécution de ses obligations par l'une des parties.

D – Les autres dispositions

Elles sont relatives aux intérêts et dommages et intérêts, à l'exonération de responsabilité et aux effets de la résolution.

Concernant les intérêts et les dommages et intérêts, chaque partie a droit à un intérêt, au taux d'intérêt légal applicable en matière commerciale, sur toute somme qui lui est due en exécution du contrat à compter de la mise en demeure (qui peut être simplifiée), et cela en dehors de tout préjudice. Les dommages et intérêts fondés sur un préjudice prouvé causé par un manquement au contrat incombant à l'autre partie, sont égaux à la perte subie ou au gain manqué. En cas de résolution du contrat, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur qui a procédé à une revente peut demander des dommages et intérêts égaux à la différence entre le prix de l'achat de remplacement ou de la revente, ainsi que tous autres dommages et intérêts qui peuvent être dus. Ce texte fixe un mode objectif d'évaluation du préjudice subi du fait du remplacement ou de la revente. L'AU D.C.G. pose une règle innovatrice : la victime d'un préjudice, dans le cadre d'un contrat de vente commerciale, a l'obligation de tout mettre en œuvre pour limiter la perte que lui cause l'inexécution de son co-contractant car "si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée" (article 266).

Une partie qui n'a pas exécuté son obligation n'est pas responsable si l'inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou la force majeure. Tel n'est pas le cas si l'inexécution par l'une des parties résulte du fait d'un tiers chargé par elle d'exécuter tout ou partie du contrat, ce qui correspond au recours à un mandataire.

Quant à la résolution :

elle libère les deux parties de leurs obligations, sauf les stipulations relatives au règlement des différends ou aux obligations des parties en cas de résolution ;

- elle implique la restitution à chacune des parties de ce qu'elle a fourni ou payé.

L'impossibilité de restituer la marchandise reçue paralyse le droit à sa résolution, sauf si elle est indépendante de la volonté de l'acheteur. LE fait de ne pas pouvoir invoquer la résolution n'empêche pas la réduction du prix et éventuellement la mise en conformité.

Le paiement des intérêts s'impose aux parties dans les conditions suivantes : le vendeur tenu de restituer doit les intérêts sur le prix à compter du jugement ; l'acheteur tenu de restituer les marchandises doit également au vendeur l'équivalent de tout profit qu'il a tiré des marchandises ou d'une partie de celles-ci.

En supposant que le contrat de vente commerciale est régulièrement formé et exécuté, il va produire les effets que l'Acte uniforme y attache. Dans tous les cas, qu'il y ait exécution ou non, se pose la question de la prescription.

IV – Les effets et la prescription de la vente

Les effets et la prescription de la vente ne sont pas étroitement liés : les effets font l'objet du titre IV tandis que la prescription constitue l'une des sections du chapitre III (sanctions de l'inexécution des obligations des parties) du titre III (Obligations des parties). Il convient donc de les traiter successivement.

A – Les effets

La vente commerciale entraîne, comme toute vente, le transfert de propriété de la chose vendue, qui a son tour entraîne celle des risques.

1)- Le transfert de propriété

En droit commun, le transfert de propriété découle du consentement ou de l'accord de volonté : c'est le transfert solo consensu. Ainsi, pour l'article 1583, la vente " est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

L'article 1583 n'est qu'une application particulière à la vente d'un texte d'une portée générale applicable à tous les contrats translatifs de propriété. Il s'agit de l'article 1138 qui dispose que "l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes".

L'AUDCG prend le contre-pied de ces dispositions du code civil en disposant que "le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue" (article 283).

La convention de Vienne fait du transfert de propriété une obligation pesant sur le vendeur : " le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant" (article 30). Dans les deux cas et particulièrement dans l'AUDCG, le transfert de propriété est détaché du consentement.

Cette règle de principe reçoit une dérogation si la convention en dispose autrement. Ainsi les parties peuvent librement convenir de reporter ce transfert de propriété au jour du complet paiement du prix. C'est la reconnaissance de la clause de réserve de propriété. Celle-ci n'a 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 celle-ci. Pour être opposable aux tiers, la clause de réserve de propriété doit être publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux dispositions des articles 50 et 60 de l'AUDCG.

2/ Le transfert des risques

Le transfert de propriété produit une conséquence essentielle : le transfert des risques de la marchandise du vendeur à l'acheteur. Ainsi, si la chose périt ou est détériorée pour des événements qui ne sont pas dus à un fait du vendeur, l'acheteur qui n'a pas encore payé reste tenu du paiement du prix. Des précisions ou des dérogations sont précises : ainsi le transfert des risques a lieu :

- à partir de la remise des marchandises au premier transporteur si la vente implique un transport ;
- à partir du moment où le contrat est conclu pour les marchandises vendues en cours de transport ;
- à l'identification des marchandises pour celles qui ne sont pas encore individualisées.

B - LA PRESCRIPTION

La prescription en matière de vente commerciale contrat instantané, déroge à la prescription de droit commun en matière commerciale qui est de cinq ans et court à compter de la date à laquelle l'octroi peut être exercé. Mais cette règle reçoit des précisions en ce qui concerne son point de départ et les courses d'interruption.

1/ Le point de départ du délai

La prescription court à compter du jour où l'action peut être exercée, l'AUDCG qui est constitué de la dote :

- du manquement au contrat ;
- à laquelle le défaut a été découvert ou aurait dû raisonnablement être découvert par l'acheteur, ou de l'offre de remise de la chose refusée par lui ;
- à laquelle le dol ou les agissements frauduleux auraient dû être découverts ;
- d'expiration de la garantie contractuelle.

Ces solutions semblent conformes à celles dégagées par la jurisprudence.

La prescription qui a commencé à couvrir, tant qu'elle n'est pas acquise, peut être interrompue.

2/ Les causes d'interruption

Sont considérés comme interruptifs de la prescription :

- tout acte accompli par le créancier de l'obligation qui est considéré comme interruptif de prescription par la loi de la juridiction saisie ; tel est le cas de la citation en justice, du commandement de payer et de la saisie significatives ;
- l'engagement de la procédure d'arbitrage s'il y a une convention d'arbitrage ;
- une demande reconventionnelle ; pour la faire échapper à la prescription, l'AUDCG la fait rétroagir à la date de l'acte relatif au droit auquel elle est opposée, à condition que tant la demande principale que la demande reconventionnelle dérivent du même contrat.

Par ailleurs, une procédure introduite contre un débiteur fait cesser le cours de la prescription à l'égard du codébiteur solidaire sur information de ce dernier par écrit de l'introduction de la procédure. Si la procédure est introduite par un sous-acquéreur contre l'acheteur, le délai de prescription cesse de courir quant au recours de l'acheteur contre le vendeur si l'acheteur informe le vendeur par écrit avant l'expiration dudit délai de l'introduction de la procédure.

Les dispositions régissant la prescription sont d'ordre public mais la prescription ne peut être prise en considération que si elle est invoquée par la partie intéressée.

En conclusion, la réglementation de la vente commerciale, s'inspirant largement de la convention de Vienne mais aussi de la jurisprudence en matière de contrats commerciaux, surtout internationaux, est l'ensemble satisfaisant quant à son contenu, particulièrement pour les contrats internationaux. La question qui se pose est celle de son utilité pour les simples contrats commerciaux internes puisque l'AUDCG fait partie du droit interne de chacun des Etats parties au Traité de l'OHADA. On peut en douter quand on sait que les Etats parties n'avaient pas observé de difficultés ni d'insuffisances majeures dans leurs législations concernant les ventes internes et que des Etats comme la France ne semblent pas envisager de réforme profonde des articles 1582 à 1701 relatives à la vente¹³.

Sur le plan interne, il résultera nécessairement une complexité du droit applicable lorsqu'il faudra se poser devant chaque vente la question du droit applicable - Code civil ou AUDCG et si c'est l'AUDCG, le combiner avec le Code civil en raison de ce que l'application des dispositions du livre V de l'AUDCG relatives à la vente commerciale n'exclut pas les règles du droit commun.

**Pr Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire
Université de Ouagadougou**

¹³ Des auteurs rappellent que "les règles générales du droit civil sur la conclusion du contrat et les obligations des contractants ... reçoivent une large application dans le domaine commercial" (Delebecque P et Germain M., op. cit., n° 2490)

TROISIEME SEQUENCE : LE PAIEMENT

Le présent document tient compte du canevas élaboré par l'ERSUMA, canevas qui, de manière plutôt curieuse, rassemble des éléments épars relevant pour les uns de la théorie générale des obligation (il en est ainsi pour les points intitulés conditions générales du paiement et incidents de paiement) et pour les autres du droit bancaire (le virement) ou droit des effets de commerce (lettre de change, billet à ordre, chèque ...).

Le paiement, en droit, c'est l'exécution (volontaire d'une obligation, quel qu'en soit l'objet. Payer pour tout débiteur, c'est exécuter la prestation à laquelle il est tenu. Dans les obligation de donner, le débiteur d'un corps certain se libère en livrant la chose dans l'état où elle se trouve au moment du paiement, à moins, s'il s'agit d'une obligation contractuelle, qu'il ne soit mis en demeure. Au contraire, les risques sont à la charge du débiteur d'une chose de genre. Dans les obligations de faire, le débiteur va accomplir une prestation positive comme celle de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise, du salarié dans le contrat de travail, du mandataire dans le contrat de mandat du bailleur dans le bail... Payer dans ces différents cas, c'est exécuter la prestation précise à laquelle on s'est engagé ou dont on s'est tenu. Dans les obligations de ne pas faire, la prestation du débiteur ou le paiement qu'il doit effectuer est une obtention : il ne doit pas faire ce que le contrat ou la loi lui interdit de faire. Tel est le cas par exemple de l'obligation de non-concurrence qui pèse sur un cocontractant comme le vendeur d'un fonds de commerce, ou qui pèse sur un cadre par rapport à son employeur et qui peut prendre la forme d'une clause de non-rétablissement. Les sanctions de l'inexécution seront l'exécution en nature, quand elle est possible, au besoin sous astreinte ou l'allocation de dommages-intérêts.

En raison de l'importance prise par la monnaie - on parle de monétisation de l'économie, y compris dans les campagnes africaines - il est usuel que, la prestation de l'une des parties consiste dans la remise d'une somme d'argent : par exemple celle de l'acheteur dans la vente, du locataire dans le bail, du maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise, du déposant dans le dépôt salarié, du client dans le contrat de transport... Il est même possible que les prestations des deux parties consistent dans la remise d'une somme d'argent (ou de ce qui la représente) à son cocontractant : tel est le cas du prêt d'argent (à intérêts ou non), du dépôt en banque, du contrat d'assurance, souvent des contrats de jeu et de pari...

Cette évolution a conduit au fait que le terme paiement semble réservé au paiement d'une somme d'argent. C'est pourquoi, c'est davantage cette hypothèse, qui d'ailleurs semble soulever plus de difficultés, qui sera principalement envisagée.

Au regard du canevas soumis, la question du paiement peut être traitée en abordant successivement l'opération de paiement et ses incidents d'une part, les moyens de paiement d'autre part.

I - L'OPERATION DE PAIEMENT ET SES INCIDENTS

Le paiement sur un plan général soulève la question des parties au paiement et des modalités du paiement qui constituent l'opération de paiement stricto sensus. Mais le paiement peut entraîner des incidents.

A - L'opération de paiement

Il y a lieu d'évoquer les parties au paiement et les modalités du paiement.

1 - Les parties au paiement

Qui est créancier ou débiteur ? Quelles qualités doivent-ils réunir ? quid en cas de pénalité de créanciers ou de débiteurs ?

a) Le créancier du paiement : l'accipiens

Pour que le paiement soit valable, il faut que :

- l'accipiens ou créancier (ou encore celui qui reçoit le paiement) soit vraiment créancier ; il en est autrement lorsque le créancier ratifie un paiement fait à un tiers ou lorsqu'il a profité de ce paiement ou encore lorsque le paiement a été fait de bonne foi au possesseur de la créance. Il faut souligner que le paiement, bien que fait au créancier, ne libère pas le débiteur lorsque la créance a été l'objet d'une saisie-arrêt ou plutôt d'une saisie-attribution selon la nouvelle terminologie de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (articles 153 et suivants).

- l'accipiens soit capable. Le paiement fait à un incapable est nul de nullité relative, ce qui oblige le solvens à effectuer un nouveau paiement au représentant de l'incapable, sous déduction toutefois de ce dont l'incapable s'est enrichi.

Dans différentes hypothèses, le paiement peut être fait à une personne autre que le créancier : en cas de décès aux héritiers, en cas de cession au cessionnaire, en de subrogation au subrogé...

2 - Le débiteur du paiement : le solvens

Les qualités que le solvens, celui qui paye, doit réunir pour que le paiement soit valide tiennent dans la capacité. En effet, il n'est pas nécessaire qu'en plus il soit le débiteur, sauf si le contrat a été conclu intuitu personnae.

Le solvens peut contraindre le créancier à recevoir le paiement en respectant la procédure compliquée des offres réelles prévues par les articles 1257 à 1264 du Code civil. A ce sujet, l'article 1257 dispose : lorsque le créancier refuse de recevoir son

paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; celles-ci tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose consignée demeure aux risques du créancier.

Celui qui paye la dette d'autrui bénéficie dans tous les cas d'une action propre (fondée par exemple sur le mandat, le prêt, etc.) contre le débiteur. De plus, il peut parfois être subrogé dans les droits du créancier s'il y a subrogation conventionnelle ou légale.

2) La situation en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs

Les obligations peuvent être conjointes ou solidaires. L'obligation conjointe se divise entre les différents sujets actifs et passifs. C'est le droit commun des obligations. Mais la règle est souvent écartée du côté passif : d'abord, en droit commercial par une coutume contraire reconnue par la jurisprudence ; ensuite en droit commun par la convention des parties et par la jurisprudence en matière de délit et de quasi-délict (obligations in solidum).

En cas de solidarité active, les créanciers se donnent mutuellement mandat de se représenter. Chacun d'eux est alors en droit de réclamer la totalité de la créance au débiteur, qui se trouve libéré, à l'égard de tous par le paiement effectué à un seul. Dans leurs rapports entre eux, les créanciers se doivent compte de leur mandat mutuel.

La solidarité passive peut être parfaite ou consister dans l'obligation in solidum.

La solidarité parfaite résulte de la volonté (convention, testament) ou de la loi. Sauf pour les obligations commerciales, elle ne se présume pas (article 1202 du Code civil). Dans les rapports du créancier et des codébiteurs, le codébiteur est considéré comme le représentant nécessaire de ses coobligés. En conséquence, le créancier est en droit de réclamer le paiement à l'un quelconque des débiteurs et le paiement fait par l'un libère les autres à l'égard du créancier. Les actes accomplis à l'encontre de l'un des codébiteurs solidaires sont opposables aux autres. La représentation est limitée : d'une part elle n'a pas pour effet de nuire à la condition des autres ; d'autre part, les codébiteurs ne sont représentés que s'ils sont débiteurs, les exceptions purement personnelles et les modalités dont bénéficie l'un des codébiteurs ne peuvent pas être opposées au créancier par les coobligés.

Dans les rapports entre codébiteurs, celui qui a payé dispose d'un recours dans les droits du créancier désintéressé (subrogation). Mais il doit diviser ses recours et l'éventuelle part du ou des insolubles se répartit proportionnellement entre les codébiteurs.

Enfin, il y a obligation in solidum entre les coauteurs d'un dommage délictuellement ou quasi délictuellement responsables . Chacun est tenu à la réparation intégrale. A la différence de la solidarité parfaite, les codébiteurs d'une obligation in solidum ne se représentent pas mutuellement.

Il faut rapprocher de la solidarité l'indivisibilité (naturelle ou volontaire) de l'obligation autorisant l'un quelconque des créanciers à se faire payer le tout (indivisibilité active) ou permettre que l'un quelconque des codébiteurs soit contraint à payer le tout (solidarité passive). Seule l'indivisibilité passive présente un intérêt pratique. Elle permet d'éviter la division de la dette envers les cohéritiers d'un débiteur. C'est pourquoi, elle est souvent stipulée en même temps que la solidarité.

2 - Le montant et les modalités du paiement

Ces questions appellent des précisions sommaires relativement à quelques notions.

- Le montant et la monnaie du paiement

Le débiteur n'est tenu qu'au paiement de la somme numérique énoncée au contrat, quelles que soient les fluctuations de la monnaie : c'est le cours légal (obligation d'accepter la monnaie en cours dans le pays) et le cours forcé (absence d'obligation d'échanger les billets de banque contre des pièces d'or).

D'une manière générale, ces différentes limitations sautent lorsqu'il s'agit d'un contrat international. Dans ce cas, la monnaie de paiement peut être une devise étrangère et les éventuelles clauses d'indexation ne devront pas nécessairement être liées à l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties. Le contrat international est celui qui comporte un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières et pas seulement, comme en droit international privé, celui qui comporte un élément d'extranéité, l'élément ou les éléments pouvant dans ce dernier cas être subjectifs (nationalité des parties par exemple).

- La date du paiement

C'est celle prévue au contrat ou la date de la livraison. L'AUDCG prévoit la possibilité pour le débiteur de demander un délai au créancier pour le paiement ou pour celui-ci d'accorder un délai même en l'absence de demande.

- Le délai de grâce

Sur le plan du droit positif, la solution est à rechercher dans l'article 39 de l'AUPSRVE qui dispose :

Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible.

Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes

cambiaires, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette" (art 39).

- Le lieu du paiement

c'est le lieu indiqué par le contrat. A défaut d'une telle indication, le paiement doit se faire au lieu de la délivrance ou de la livraison, ou de l'établissement du vendeur (AUDCG, art. 237), ce qui indique que le paiement est portable et non quérable.

- L'imputation du paiement

Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts (Code civil, article 1254). Ces règles s'appliquent en l'absence d'accord des parties sur l'imputation.

- La preuve du paiement

Sauf en matière commerciale où la preuve est libre, il faut un écrit. La preuve par tous moyens est recevable s'il y a un commencement de preuve par écrit.

L'écrit qui constate le paiement ou quittance est dressé et signé par le créancier qui a reçu paiement et remis dans les mains du débiteur. Dans les ventes mobilières, la remise de la chose entre les mains de l'acheteur vaut présomption simple de paiement (sans qu'il soit besoin de présenter une quittance).

- L'obligation et la contribution au paiement

Il peut arriver que plusieurs personnes soient obligées de payer une dette (obligation au paiement) alors que l'une d'elles ou quelques personnes seulement doivent la supporter (contribution au paiement).

Exemples : solidarité passive, droits d'enregistrement (enregistrement des contrats).

B - Les incidents de paiement

Les incidents de paiement sont susceptibles d'être nombreux. Ils peuvent conduire :

- au paiement en retard avec des intérêts moratoires ;
- à l'action oblique ;

- à l'action paulienne ;
- à la déconfiture du débiteur ;
- au paiement de l'indu ;

A ceux-là peuvent s'ajouter le compensation, la subrogation, l'affacturage, le crédit documentaire, la dation en paiement...

1) Le paiement en retard et les intérêts moratoires

Possible variation suivant les législations. Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme d'argent, les dommages-intérêts pour retard dans le paiement sont dus au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Il n'est pas nécessaire que le créancier justifie d'une perte. Ces intérêts ne sont dus qu'à compter de la sommation de payer ou d'un acte équivalent. S'il y a un préjudice indépendant de ce retard, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts moratoires de la créance (article 1153 du Code civil).

En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement, à moins que le juge n'en dispose autrement.

En cas de condamnation pure et simple en appel, les intérêts moratoires sont dus à compter du jour du jugement de première instance (article 1153 -1, loi 85-677 du 5 juillet 1985, article 36).

2) L'action oblique

On appelle action oblique, non une action particulièrement donnée au créancier, mais toute action appartenant au débiteur lorsqu'elle est exercée en son nom par le créancier.

a) Domaine de l'action oblique

L'article 1166 C. civ. permet au créancier d'exercer les <<droits et actions>> de son débiteur ; mais il semble que la portée de la formule doive être limitée aux seules actions et voies d'exécution. Parmi les actions se trouvent exceptées celles qui sont exclusivement attachées à la personne, c'est-à-dire les actions extrapatrimoniales, notamment les actions d'état, et les actions patrimoniales impliquant, de la part de celui qui les exerce, une appréciation d'ordre moral ; ainsi en est-il des actions en réparation d'un préjudice moral ; la solution doit être différente, malgré les hésitations de la jurisprudence, pour les actions tendant à la réparation du dommage d'ordre pécuniaire causé à l'intégrité physique. En outre, on refuse au créancier le droit d'intenter les actions qui visent des droits insaisissables.

b) Conditions de l'action oblique

✧ Condition relative au débiteur

Le créancier ne peut agir par la voie oblique que si son débiteur refuse d'intenter l'action, se montre négligeant.

✧ Condition relative au créancier

Le créancier doit avoir un intérêt personnel. Il n'a aucun intérêt à agir si le débiteur est solvable. Lorsque l'insolvabilité est démontrée, le créancier peut agir pour faire entrer dans le patrimoine du débiteur des biens d'une valeur même supérieure à sa créance.

✧ Conditions relatives à la créance

La jurisprudence exige que le créancier qui intente l'action oblique, ait une créance certaine, liquide et exigible. En revanche, il peut recourir à l'action oblique, même si sa créance n'est pas constatée dans un titre exécutoire (grosse d'une acte notarié ou d'un jugement). La date de la créance est indifférente.

✧ Condition de forme

Bien que la jurisprudence admette l'exercice de l'action sans la mise en cause du débiteur, en pratique celui-ci est toujours appelé dans l'instance par le créancier ou par le tiers assigné.

c) Nature de l'action oblique

La jurisprudence a fait de l'action oblique, une mesure mixte. Elle est, avant tout, une mesure de conservation du patrimoine ; voilà pourquoi un titre exécutoire n'est pas nécessaire. Mais, parce qu'elle rend possible et prépare les saisies, l'action oblique se rapproche d'une mesure d'exécution : ce dernier caractère explique que les tribunaux interdisent d'agir par la voie oblique pour le recouvrement des biens insaisissables, et exigent une créance certaine, liquide et exigible.

d) Effets de l'action oblique

Le créancier, parce qu'il agit au nom de son débiteur, peut se voir opposer toutes les exceptions susceptibles d'être opposées à celui-ci, notamment celle qui résulterait d'une transaction.

Parce que le créancier agit non pas pour lui, mais pour son débiteur, son action bénéficie au patrimoine du débiteur, et par conséquent à tous les créanciers. C'est pour cette raison que l'action oblique ne présente, pour le créancier qui l'exerce, qu'un faible intérêt, sauf en matière de partage (les créanciers sont dans la nécessité d'intenter l'action en partage que n'exerce pas leur débiteur, car la saisie de biens indivis est interdite). La saisie-arrêt

ou saisie-attribution a remplacé, en pratique, l'action oblique dans le domaine des créances.

Il serait souhaitable qu'une procédure collective soit créée en matière civile (faillite civile) pour assurer la protection des créanciers afin que le paiement ne soit plus le prix de la course.

3 - L'action paulienne

L'action paulienne est donnée au créancier pour le protéger contre la fraude d'un débiteur qui diminue son patrimoine ou remplace des biens aisément saisissables par des biens faciles à faire échapper aux poursuites.

A la différence de l'action oblique, l'action paulienne est exercée par le créancier en son nom personnel.

L'action paulienne a été créée à Rome vers la fin de la République, avec les caractères d'une action pénale : mais le défendeur pouvait éviter la condamnation en remettant les choses dans leur état antérieur à l'acte frauduleux. La poursuite était exercée par le curator bonorum pour le compte de tous les créanciers. L'ancien droit conserva l'action paulienne, qui perdit son caractère collectif. Le Code civil (art. 1167) trace très succinctement les règles de cette action.

a) Domaine de l'action paulienne

La fraude suppose la volonté ; le domaine de l'action paulienne est donc limité aux actes juridiques. Pour attaquer les jugements obtenus frauduleusement, les créanciers disposent d'une voie de recours spéciale : la tierce opposition.

Tous les actes juridiques sont susceptibles d'être attaqués par l'action paulienne. Exceptionnellement, cependant, les actes relatifs à des droits exclusivement attachés à la personne, ou à des droits insaisissables, les partages et les paiements - mais non les datations en paiement - échappent à l'action paulienne.

b) Conditions de l'action paulienne

- le créancier doit avoir un intérêt ; aussi ne peut-il agir lorsque son débiteur est solvable.

- l'acte doit avoir causé au créancier un préjudice, en provoquant ou aggravant l'insolvabilité du débiteur.

- la créance doit donc être antérieure à l'acte attaqué ; le créancier a la charge de la preuve de cette antériorité.

- **le préjudice causé au créancier** doit résulter d'un appauvrissement du débiteur. L'acte par lequel le débiteur refuse seulement de s'enrichir est inattaquable. Cependant, les créanciers de l'héritier qui renonce à la succession sont autorisés à attaquer cette renonciation ; de même, les créanciers peuvent attaquer la renonciation faite par leur débiteur au bénéfice d'une prescription acquisitive ou extinctive.

- L'acte doit être frauduleux :

Le débiteur doit avoir commis une fraude. Lorsque l'acte attaqué a diminué le patrimoine du débiteur, il y a fraude dès que le débiteur a conscience qu'il est insolvable et qu'il augmente cette insolvabilité par l'acte qu'il accomplit. Il faut la volonté de nuire aux créanciers lorsque l'acte, économiquement correct, n'a eu pour but que de remplacer des biens faciles à saisir, par des biens dont la dissimulation est aisée.

Le tiers avec lequel le débiteur a traité doit être complice de la fraude; mais cette condition n'est exigée que s'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

- La créance doit être certaine, liquide et exigible ; mais ces conditions sont très atténuées par la jurisprudence moderne. Un titre exécutoire n'est pas nécessaire.

c) Effets de l'action paulienne

L'action a pour but de remettre les choses dans l'état antérieur à l'acte, mais seulement à l'égard du créancier agissant. L'action ne produit aucun effet sur le débiteur qui reste tenu à l'égard du tiers, ni sur les autres créanciers, sauf s'ils interviennent à l'instance ; par suite, le créancier qui intente l'action bénéficie d'un privilège sur le bien qu'il fait rentrer dans le patrimoine du débiteur ; c'est une grande différence avec le créancier qui agit par la voie oblique. L'effet de l'action est donc le suivant : dans les rapports du créancier et du tiers qui a passé avec le débiteur l'acte attaqué, cet acte est inopposable au créancier ; dans les rapports du débiteur et du tiers, l'acte demeure.

4 - La déconfiture du débiteur

La déconfiture civile ne fait l'objet d'une réglementation en tant que telle. Elle est évoquée ponctuellement par le Code civil : cautionnement (article 2032), délégation (article 1276), mandat (article 2003), rente constituée (article 1913), déchéance du terme (article 1188), vente (délivrance, article 1613). La déconfiture est la situation où le passif total du débiteur est supérieur à son actif total.

La déconfiture met fin aux contrats conclus intuitu personae. Elle entraîne la déchéance du terme parce qu'elle met fin à la confiance. Si elle est judiciairement prononcée, elle pourrait entraîner le paiement des créances au marc le franc. Mais la déconfiture en matière civile qui correspond à l'insolvabilité en matière commerciale (et dans une mesure moindre à la cessation des paiements) n'est en pratique jamais prononcée si bien qu'en droit civil le paiement est le prix de la course : les premiers seront intégralement payés, les derniers ne recevront rien, ce qui est injuste.

En matière commerciale, la déconfiture qui est encore plus grave que la cessation des paiements entraîne l'ouverture d'une procédure collective.

5/ Le paiement de l'indu

Le paiement de l'indu est réglementé par le Code civil (articles 1376 à 1381) dans le même chapitre que la gestion d'affaire au titre des quasi-contrats. La jurisprudence y ajoute l'enrichissement sans cause. Il semble que rien ne réunit ces trois sources d'obligation, sauf la commodité d'approche des obligations.

Selon l'article 1376, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. Ainsi, payer l'indu, c'est effectuer une prestation qui n'est pas due. Le paiement de l'indû fait naître une obligation : celui qui reçoit l'indu, l'accipiens, est le débiteur de la restitution à l'égard de celui qui a payé, le solvens.

Pour que l'accipiens soit tenu du paiement de l'indu, il faut :

- l'inexistence de la dette. Il faut que la dette qui a été payée n'existe pas. Payer une obligation naturelle n'est donc pas payer l'indû puisque si elle n'est pas susceptible d'exécution forcée, elle n'en existe pas moins. Cependant, le Code civil autorise la répétition si le solvens avait payé en se croyant par erreur tenu d'une obligation civile.

Lorsque l'obligation qui a été exécutée est annulée, le solvens a l'action en répétition pour le montant de sa prestation. Cette règle comporte cependant deux exceptions : 1° l'incapable n'est tenu de restituer que ce dont il s'est enrichi ; 2° par application de la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, les tribunaux refusent d'ordonner la restitution des prestations effectuées en vertu d'un contrat immoral.

- l'erreur du solvens : Le solvens doit avoir cru à l'existence de la dette. A l'erreur du solvens on assimile la contrainte qu'il aurait subie.

Par exemple, l'erreur du solvens n'est pas nécessaire lorsque la répétition de la prestation est la conséquence d'un contrat nul. Cette condition est également écartée par plusieurs arrêts en cas <<d'indu objectif>>, c'est-à-dire lorsque l'accipiens n'était pas créancier.

- En cas de paiement de la dette d'autrui, l'accipiens ne doit pas avoir détruit son titre de créance à la suite du paiement. Si, croyant le paiement régulier, il a détruit ce titre, il ne peut plus, faute de preuve, exercer l'action contre son véritable débiteur ; c'est pour cette raison qu'on dénie, dans ce cas, l'action en répétition au solvens, à qui on réserve seulement un recours contre le débiteur. Cette règle ne doit bénéficier qu'à l'accipiens de bonne foi.

Le paiement de l'indu entraîne des obligations sur l'accipiens et sur le solvens.

- Obligations de l'accipiens :

L'accipiens est tenu d'une obligation qui est plus ou moins lourde selon qu'il était de mauvaise foi ou de bonne foi.

Si l'accipiens était de mauvaise foi, il doit restituer la chose et les fruits. Lorsqu'il a vendu la chose, il en doit la valeur au jour du remboursement. Lorsque la chose a péri, même par cas fortuit, il en doit la valeur.

Si l'accipiens était de bonne foi, il conserve les fruits. Il doit restituer la chose ; mais, s'il l'a vendue, il n'en doit que le prix qu'il a reçu ; et, si elle a péri par cas fortuit, il est libéré.

Quand l'accipiens est un incapable, il n'est tenu de restituer que <<ce qui a tourné à son profit>>.

L'action en répétition de l'indu se prescrit en principe par 30 ans.

- Obligations du solvens :

Le solvens doit rembourser le montant des dépenses effectuées par l'accipiens pour la conservation de la chose.

Conclusion : nature juridique du paiement de l'indu :

Le paiement de l'indu est une opération juridique autonome qui obéit à des règles particulières. Il ne peut être analysé ni comme un contrat, ni comme une application pure et simple des règles de la responsabilité civile ou de l'enrichissement sans cause.

6) Le paiement avec subrogation

C'est une question classique en droit des obligations, qui intéresse toutes les obligations.

La subrogation du solvens dans les droits du créancier présente les intérêts suivants : pour le solvens, de bénéficier de toutes les garanties attachées à la créance qu'il paie ; pour le débiteur, de trouver plus facilement un prêteur qui se substituera au créancier ; pour le créancier d'être payé.

a) Cas de subrogation

La subrogation est conventionnelle ou légale :

Subrogation conventionnelle :

Elle peut être consentie soit par le créancier lorsque le tiers paie directement le créancier, soit par le débiteur lorsque le tiers remet les fonds au débiteur qui paie lui-même le créancier.

Subrogation consentie par le créancier

Elle est soumise aux conditions suivantes : le créancier doit consentir à la subrogation ; la subrogation doit être expresse ; elle doit être consentie au moment du paiement et avoir date certaine. Cette dernière condition a pour but d'éviter les fraudes ; aussi l'acte qui constate la subrogation doit-il avoir date certaine.

Subrogation consentie par le débiteur. Elle a son origine dans un édit de Henri IV de 1609, qui avait pour but de faciliter le remboursement de dettes contractées à des conditions trop onéreuses. Le débiteur eut le droit, afin de trouver plus facilement du crédit, de subroger lui-même le tiers solvens, au besoin contre la volonté du créancier. Pour éviter les fraudes, cette subrogation est entourée d'un étroit formalisme hérité de l'ancien droit : l'acte d'emprunt et la quittance donnée par le créancier doivent être passés devant notaires ; il doit être déclaré dans l'acte d'emprunt que le prêt a eu pour but de payer le créancier ; il doit être précisé dans la quittance que le paiement a été fait avec la somme prêtée par le subrogé.

Subrogation légale

L'article 1251 C. civ. énumère quatre cas de subrogation légale : lorsqu'un créancier paie un autre créancier qui lui est préférable en raison de ses privilèges et hypothèques ; lorsque le solvens était tenu à la dette <<avec d'autres ou pour d'autres>> ; lorsque l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, paie de ses propres deniers les dettes de la succession.

Plusieurs dispositions postérieures au Code civil ont ajouté à cette liste : la personne qui paie une lettre de change par intervention ; l'assureur de dommages pour son recours contre le responsable ; l'Etat pour son recours contre l'auteur d'un accident qui a ouvert droit à pension à l'un de ses agents ; et la Sécurité sociale pour son recours contre le responsable d'un accident de droit commun survenu à un assuré social.

b) Les effets de la subrogation

C'est de placer le solvens aussi exactement que possible dans la position même de l'accipiens. Le solvens va pouvoir bénéficier de toutes les sûretés qui garantissaient le paiement de la dette. En contrepartie, on va pouvoir lui opposer toutes les exceptions qui auraient pu être opposées au créancier.

II- Les moyens de paiement

Le canevas de l'ERSUMA prévoit le traitement du virement, de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque. Il convient toutefois de noter que les paiements les plus nombreux, se font en espèces c'est-à-dire :

- en monnaie fiduciaire (billets de banque) ;

- en monnaie scripturale (chèque) ;
- en monnaie divisionnaire (en pièces de monnaie qui ont un pouvoir libératoire limité) ;
- et plus récemment en monnaie électronique, autrement dit au moyen des cartes de paiement.

Il conviendra d'examiner successivement les instruments retenus par le canevas en insistant sur leurs rapports avec le paiement.

A – Le virement

Le virement est ici abordé en ce qu'il constitue un moyen ou un instrument de paiement. Dans certains cas cependant, le virement ne contribue en aucune façon au paiement.

Le virement se définit comme l'opération bancaire qui consiste pour le banquier à débiter le compte d'une personne, le donneur d'ordre, d'une certaine somme pour créditer de la même somme le compte d'une autre, le crédité ou bénéficiaire. Le banquier par cette opération ne modifie pas sa position ou son obligation sauf qu'il y a un changement de créancier : désormais, il doit non plus au donneur d'ordre mais plutôt au bénéficiaire.

Le virement en banque est d'une grande utilité. Il permet le paiement sans emploi de la monnaie. Il est plus utile que le chèque puisque le porteur du chèque peut se faire payer en espèces. Pour le virement, même lorsque le bénéficiaire se fait payer, il effectue plutôt un retrait qui ne concerne pas nécessairement cette somme, laquelle a perdu son individualité juridique par son inscription au compte. Pour cette grande utilité, beaucoup d'Etats imposent ou encouragent l'utilisation du virement. Souvent l'Etat et les personnes morales de droit public ne peuvent payer que par virement ou par chèques et non en espèces, au moins pour les sommes importantes. En France, depuis le 30 janvier 1987 est entrée en vigueur le virement à échéance qui permet à l'émetteur de connaître de façon précise la date du crédit du compte du bénéficiaire et de connaître réciproquement la date du débit de son propre compte. Une recommandation de la Commission des Communautés européennes du 14 février 1990 encourage les virements entre particuliers ou des entreprises situées dans des Etats membres différents. Il y a aussi dans cette matière la loi type de la CNUDCI du 15 mai 1988.

Le virement est une opération simple quand il est fait par le même banquier : il débite un compte et crédite l'autre. L'opération est plus complexe quand les comptes sont tenus par des banquiers différents.

Pour s'en tenir à l'hypothèse courante du virement fait par un seul banquier, il apparaît que le virement de compte est une opération bancaire réalisée par des inscriptions matérielles portées sur des comptes tenus par le banquier. Le banquier, sur

l'ordre de virement qui lui est adressé, opère la double passation en compte. L'opération a un caractère formaliste : c'est la nécessité d'une opération matérielle destinée à réaliser des effets juridiques.

L'ordre de virement, qui est le point de départ de l'opération de virement, n'a pas de forme sacramentelle : "Aucune disposition n'impose qu'un ordre de virement, même émanant d'un non-commerçant, soit rédigé par écrit" (Cas. 1^{ère} civi., 1^{er} juillet 1997, Bull. civ. I, n° 218). Mais rien n'empêche que l'on convienne que les ordres seront donnés sur un imprimé spécial. Sur l'exécution du virement, l'ordre de virement ne constitue que la préparation du virement. Tant que la banque n'a pas réalisé le virement, la personne dont le compte doit être crédité ne peut pas recevoir le paiement. La banque doit vérifier l'ordre de virement, notamment la signature du donneur d'ordre, sous peine d'engager sa responsabilité : "Doit être partagée par moitié entre la banque et son client, en raison de leurs fautes respectives, la responsabilité du préjudice subi par le client titulaire d'un compte courant, à l'occasion de l'exécution d'un ordre de virement revêtu d'une fausse signature et assorti de l'utilisation du cachet commercial du client, bien que cet ordre de virement, qui présentait les apparences d'une régularité formelle, ne puisse être qualifié de faux dès l'origine" ⁽¹⁾. En tant que mandataire, le banquier doit interroger son mandant si sa mission se heurte à une difficulté grave ⁽²⁾. Il ne peut refuser de satisfaire un ordre de virement donné par un client dont le compte est créditeur, pas plus qu'il ne pourrait refuser le retrait des fonds déposés et il est responsable du retard anormal de l'opération ⁽³⁾. En revanche, il n'a pas à se demander quelle est la cause juridique de cet ordre. L'opération juridique est une opération abstraite selon les analyses des spécialistes. L'ordre de virement a une cause qui est en général un paiement à faire, un prêt ou une donation de somme d'argent. Le banquier ne connaît pas cette cause et la validité du virement ne dépend pas de la validité de l'opération juridique réalisée par ce procédé.

Relativement à la nature juridique de l'opération de virement, les juristes ont proposé d'analyser le virement comme une délégation (comme d'ailleurs la lettre de change). Mais il faut savoir que la cause juridique de la créance du bénéficiaire n'est pas l'ordre de virement mais l'inscription au crédit de son compte. Le caractère véritable de l'opération de virement est nettement plus visible lorsqu'un virement est opéré entre deux comptes du même donneur d'ordre dans une même banque mais ne jouissant pas des mêmes garanties : il est évident dans une telle hypothèse qu'il ne peut être question ni de paiement ni de délégation. On pourrait avancer une explication plus simple et plus rationnelle en se fondant sur le dépôt. En effet, l'article 1937 prévoit que la restitution doit être faite au déposant ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir, ce qui rend compte parfaitement de la technique du virement.

(1) Paris, 12 janvier 1996, Dalloz, 1996, 507, note Vray

(2) Cas. com., 27 février 1996, RTD Com., 1996, 307 obs., Cabrillac

(3) Paris, 10 novembre 1962, JCP, 1963.2.13016

Les effets et la date du virement sont des questions importantes. Le virement a pour effet de faire naître au profit du bénéficiaire une créance contre le banquier, tandis que la créance (éventuelle) du donneur d'ordre contre le banquier est éteinte. Il n'existe aucun lien entre ces deux créances, de sorte que le banquier devenu dépositaire du bénéficiaire ne peut opposer à celui-ci aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au donneur d'ordre.

Concernant la question de date, dans l'hypothèse normale où les deux opérations de débit et de crédit sont portées simultanément, le virement est réalisé à une seule date qui est celle de ces opérations. Mais pour le donneur d'ordre dès que son compte est débité, il perd la possibilité de revenir sur l'opération parce qu'il perd la disponibilité des fonds, de sorte que pour lui, c'est cette date qui compte. Mais le transfert de monnaie scripturale n'est achevé et le paiement par virement n'est réalisé, que par l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire ⁽¹⁾ Si le banquier réalise un virement pour une somme supérieure à la somme à virer, il dispose d'une action en répétition de l'indu contre le titulaire du compte qui a été crédité à tort ⁽¹⁾ sans qu'il ait à prouver son erreur ⁽²⁾. Mais la faute commise par la banque peut sinon priver celle-ci de l'action en répétition, du moins l'exposer à des dommages-intérêts qui viendront diminuer la créance de restitution.

Le virement par le concours de deux banques est théoriquement, voire pratiquement, plus complexe : en effet, le donneur d'ordre invite son banquier à débiter son compte ; ce banquier met à la disposition du banquier du bénéficiaire un crédit qui permet à ce second banquier de créditer le compte de son propre client. Il y aura ensuite entre les banquiers un règlement de comptes qui s'effectuera en chambre de compensation. L'opération exige donc l'intervention des deux banquiers : chacun d'eux joue un double rôle puisqu'il est à la fois exécutant et mandataire de son client pour l'exécution. L'intervention de deux banquiers confirme la vanité des analyses civilistes, spécialement de l'analyse du virement comme une délégation.

En conclusion, malgré les nuances, le virement joue une fonction essentielle de paiement. Tel est également le cas de chèque, de la lettre de change et du billet à ordre, étant souligné que ces deux derniers instruments jouent aussi un rôle, peut-être principal, de crédit.

B – La lettre de change

La lettre de change est un écrit par lequel une personne, le tireur donne l'ordre à un autre, le tiré, de payer une somme donnée, à une certaine date à une troisième personne, le bénéficiaire ou porteur ou à son ordre.

(1) Cas. civ. 23 juin 1993, Bull. Cas., 1, n°229

(1)

(2) Cas. com., 10 janvier 1995, RTD Com. 1995, 821, obs. Cabrillac

Plusieurs points appellent de brefs développements :

- les fonctions et la nature de la lettre de change ;
- la création ou émission de la lettre de change ;
- la provision et la valeur fournie ;
- l'acceptation, l'aval et les autres garanties de paiement ;
- la circulation de la lettre de change ou endossement ;
- le paiement de la lettre de change, les recours et la prescription.

1) Les fonctions et la nature juridique de la lettre de change

Ces questions seront brièvement abordées

a) Les fonctions de la lettre de change

Historiquement, la lettre de change a d'abord été un instrument de transport d'argent.

Un commerçant qui se déplace d'un pays à un autre, par exemple de France en Italie, se faisait remettre une lettre de change par son banquier (en l'occurrence le banquier français). Une fois en Italie, il en touchait le montant auprès du banquier italien, correspondant du banquier français.

Par la suite, la lettre de change va devenir un instrument de paiement simplifié. Par exemple A doit 1000 F à B et B doit 1000 F à C. B va tirer une traite de 1000 F sur A (tiré) au bénéfice de C et toutes les créances se trouveront ainsi réglées. Il faut signaler que le tireur peut être en même temps bénéficiaire. La lettre de change devient alors, de fait, un mécanisme à 2 personnes comme le billet à ordre.

En plus de sa fonction de paiement, la lettre de change est devenue également et essentiellement un instrument de crédit. D'une part, la lettre de change est généralement payable dans un certain délai, 3 mois par exemple, ce qui est déjà un crédit. D'autre part, le bénéficiaire, qui a souvent besoin de liquidités, va faire escompter la traite par un banquier, qui en quelque sorte la lui achète. Le banquier va en effet payer le montant de la traite sous la déduction d'un escompte c'est-à-dire des intérêts à courir jusqu'à l'échéance et de sa commission.

b) la nature juridique de la lettre de change

On a pendant longtemps, tenté de faire entrer la lettre de change dans le mécanisme classique des obligations. C'est ainsi que l'on la rapproché de :

- la cession de créance, par la cession de la créance du tireur sur le tiré au bénéficiaire ;
- la délégation imparfaite (le bénéficiaire ou délégataire devient créancier du tiré ou délégué tout en restant créancier du tireur ou délégant).

Mais seule la théorie de l'engagement unilatéral, non reconnue en droit français, permet d'appliquer l'engagement personnel des différents signataires de la lettre de change et l'inopposabilité des exceptions

2) Création ou émission de la lettre de change

Pour être valablement créée, une lettre de change doit obéir, en tant que titre formel, à certaines conditions de forme.

Elle doit être établie à l'aide d'un écrit qui est généralement un acte sous seing privé créé par des procédés mécanographiques.

Des mentions doivent y figurer. Elles sont relatives :

1- à l'ordre du tireur

- ordre ou mandat pur et simple de payer un somme déterminée ;
- dénomination « lettre de change » ;
- indication de la date et du lieu d'émission ;
- signature (du tireur).

2- au paiement

- indication de l'échéance ;
- désignation du bénéficiaire (celui auquel ou l'ordre duquel le paiement doit être fait)
- désignation du tiré et du lieu où le tiré doit effectuer le paiement.

Lorsque certaines mentions font défaut, on distingue selon qu'elles sont obligatoires ou facultatives. L'omission ou l'inactivité d'une mention obligatoire entraînera généralement comme sanction la nullité de la lettre.

Il faut la capacité commerciale pour signer, à quelque titre que soit, une lettre de change. Une lettre de change souscrite par un mineur est nulle à son égard, et l'exception d'incapacité peut être opposée au porteur de bonne foi, mais le mineur reste tenu dans la mesure de son enrichissement ou de sa fraude.

3- Provision et valeur fournie

a) La provision

La provision est la créance du tireur vendeur sur le tiré acheteur née du rapport fondamental contractuel initial qui sert de support matériel à l'émission de la lettre de change. Pour qu'il y ait provision, il suffit que le tiré soit redevable vis-à-vis du tireur, au moment de l'échéance de la lettre de change d'une somme au moins égale au montant de cette lettre. La provision n'est donc pas indispensable au jour de l'émission mais elle est utile au moment du paiement. Elle est toujours une somme d'argent.

L'acceptation par le tiré suppose la provision ; en absence d'acceptation, c'est au tireur d'apporter la preuve qu'il a fourni la provision.

La provision n'est pas indispensable à la validité de la lettre de change, mais son défaut pose le problème des effets de complaisance. Ils ne sont pas nuls en soi, mais lorsqu'ils sont le résultat d'une entente frauduleuse entre tireur et tiré, et lorsqu'ils prennent la forme d'effets de « cavalerie » ⁽¹⁾, des sanctions civiles et pénales ⁽²⁾ sont prévues à l'égard de ceux qui ont participé à la fraude.

Ces derniers sont privés de tous droits et de tous recours, en cas de manœuvres frauduleuses ; ils peuvent en courir le peines de l'escroquerie.

Cependant, la provision peut jouer en faveur du porteur de la lettre de change un rôle de garantie supplémentaire de paiement qui repose sur ce qu'on appelle traditionnellement <<la propriété de la provision >>et qui prend tout son sens en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens du tireur.

b) La valeur fournie

La valeur fournie est la créance du bénéficiaire ou porteur sur le tireur. C'est aussi la créance de l'endossataire à l'égard de l'endosseur.

La valeur fournie comme la provision n'est pas une condition de validité de la lettre de change et c'est ce qui explique que la mention valeur fournie a été supprimée comme mention obligatoire.

4- L'acceptation, l'aval et autres garanties conventionnelles de paiement

L'acceptation, c'est l'engagement du tiré de payer la lettre de change à l'échéance lorsque le porteur la lui présentera. Cet engagement résulte de la signature apposée sur le titre, mais le tiré n'apposera sa signature que s'il est débiteur du tireur, que s'il a reçu provision de ce dernier. Sinon, il pourra opposer au porteur l'exception de défaut de provision. L'utilité de l'acceptation est certaine. Si le tiré se reconnaît débiteur du tireur, il y aura un débiteur de plus sur la lettre, le tiré, le débiteur principal restant le tireur.

Dès lorsqu'il a apposé sa signature sur la lettre, le tiré, qu'il soit ou non réellement débiteur du tireur, est tenu d'une obligation cambiaire abstraite détachée de la créance originaire ou provision : il est tenu envers le porteur (inopposabilité des exceptions).

L'aval est la garantie donnée par une personne, donneur d'aval, avaliseur ou avaliste, que la lettre sera payée à l'échéance, l'aval est donnée par la mention « bon pour aval » suivie de la signature. Il est présumé donné pour le tireur sauf stipulation contraire⁽¹⁾. C'est une caution solidaire qui a un recours contre celui qu'il a garanti.

La lettre de change peut également être garantie par des surétés réelles. Il est possible, mais pratiquement rare, de constituer une hypothèque sur un immeuble en garantie du paiement d'une lettre de change. Il est en revanche, plus fréquent de conférer au porteur d'une lettre de change un droit de gage sur des objets mobiliers, des marchandises par exemple. C'est le cas des traites documentaires.

5) Circulation de la lettre de change ou endossement

On distingue deux sortes d'endossements : les endossements translatifs et les endossements non translatifs.

a) L'endossement translatif

L'endossement translatif ou à titre de propriété est destiné à transférer tous les droits attachés à la lettre, de l'endosseur à l'endossataire.

Cette transmission consiste en une mention inscrite au dos du titre, d'où son nom, qui comprend essentiellement la signature de celui qui endosse (endosseur), suivie de la remise du titre à celui qui en bénéficie qui est désormais nouveau porteur ou endossataire. Le titre est par sa forme et sa nature même susceptible d'endossement par la simple signature de celui qui remet le titre ou endosseur. Depuis le décret-loi de 1935, il n'est plus nécessaire d'insérer la clause à ordre dans la lettre.

Toute personne qui endosse une lettre de change doit avoir la capacité commerciale puisque la lettre de change est un acte de commerce par la forme.

L'endossement est une formule simplifiée de cession de créance avec des effets plus complets :

- transmission de la propriété de la lettre de change et de tous les droits qui y sont attachés ;
- transmission de la provision ;
- garantie solidaire des endosseurs ;
- inopposabilités des exceptions.

b) Les endossements non translatifs

Il y a d'une part l'endossement à titre de procuration qui a pour but de donner à l'endossataire, généralement un banquier, le simple mandat d'obtenir paiement de la lettre pour le compte de l'endosseur et d'autre part l'endossement à titre de garantie ou endossement pignoratif qui a pour but de donner la lettre en gage à un créancier.

6) Paiement de la lettre de change, recours et prescription

Le porteur a l'obligation de présenter la lettre de change à l'échéance au tiré, qu'elle ait circulé ou non, qu'elle ait été acceptée ou non. Le paiement fait par le tiré de bonne foi, en espèces ou par chèque, est libératoire. En principe, personne ne peut faire opposition à ce paiement sauf dans les cas de faillite du porteur ou de perte au vol de la lettre de change.

Si le tiré refuse de payer, le porteur a un recours contre chacun des signataire de la lettre, qui lui-même a un recours contre chacun des signataire antérieurs, en remontant ainsi jusqu'au tireur. Mais ce recours n'est ouvert au porteur que s'il a fait dresser protêt en temps utile.

L'action en paiement de la lettre se prescrit par : 3 ans contre le tiré accepteur à compter de l'échéance :

- 1 an contre les endosseurs et le tireur à compter de l'expiration du délai pour dresser protêt (à condition qu'il n'y ait pas déchéance ou négligence) ;
- 6 mois contre le tireur et les endosseurs à compter du paiement effectué.

C – LE BILLET A ORDRE

Le billet à ordre est un titre par lequel une personne s'engage à payer une somme déterminée à un bénéficiaire ou à l'ordre de celui-ci. Il n'y a pas, comme dans la lettre de change, trois personnes engagées dans l'opération mais seulement deux en ce sens que le souscripteur du billet est à la fois tireur et tiré. Le billet à ordre s'analyse comme une reconnaissance de dette.

Comme la lettre de change, le billet à ordre est à la fois un instrument de paiement et un instrument de crédit. Il lui ressemble beaucoup et les textes qui le réglementent renvoient sur la plupart des points aux dispositions régissant la lettre de change⁽¹⁾. Mais le souscripteur du billet à ordre est en même temps le tireur et le tiré. De ce fait, les questions concernant les rapports du tireur et du tiré sont sans objet : pas d'acceptation, pas de problème de provision.

Alors que le billet à ordre n'était pas commercial par la forme avant l'adoption de l'AU DCG⁽²⁾, il l'est devenu depuis l'entrée en vigueur de cet acte (article 4).

Pour le reste, il convient de recourir aux dispositions régissant la lettre de change.

D – Le chèque

Bien que comportant trois personnes comme la lettre de change, à savoir le tireur, le tiré et le bénéficiaire, le chèque diffère fondamentalement de la lettre de change en ce qu'il n'est pas un effet de commerce. L'effet de commerce est toujours un instrument de crédit alors que le chèque est un instrument de paiement dont la provision ou la contrevaletur doit toujours être existante au moment où l'on émet le chèque ; puisqu'il n'y a pas de délai pour présenter le chèque au paiement, sauf à le postdater, il n'y a pas

⁽¹⁾ Cela explique que les dispositions concernant le billet à ordre ne soient pas nombreuses : ce sont les articles 189 à 195, soit 7 articles, contre près de 80 pour la lettre de change (articles 110 à 188).

⁽²⁾ Paris, 22 décembre 1958, Dalloz 1959, Som.54.

de garantie que le chèque ne sera pas présenté à l'encaissement dès sa remise au bénéficiaire. Il faut signaler que la pratique africaine a tendance à utiliser le chèque comme un instrument de crédit avec la posdate ou même comme une sûreté que l'on n'exhibera seulement si le paiement n'est pas intervenu dans les délais.

Par le chèque ou avec le chèque, une personne, tireur, donne l'ordre à une autre, le tiré, qui est toujours un banquier ou un organisme assimilé (chèques postaux, Trésor public), de payer à vue, c'est-à-dire à présentation, une somme d'argent à une troisième personne, le bénéficiaire.

Le chèque est présentement régi, dans les 8 Etats de l'UEMOA ou dans la plupart d'entre eux par la loi uniforme de l'UMOA sur les instruments de paiement : chèque, carte de paiement, lettre de change, billet à ordre adopté par les Etats membres suivant leurs procédures législatives en 1997 ou en 1998 ⁽³⁾. Cette nouvelle législation n'innove pas beaucoup, par rapport aux législations des Etats qui étaient uniforme ni par rapport au droit français.

On ne fera qu'évoquer quelques points de cette nouvelle législation et les grandes caractéristiques du chèque.

Le chèque contient :

- 1° - la dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ;
- 2° - le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- 3° - le nom de celui qui doit payer (tiré) ;
- 4° - l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
- 5° - l'indication de la date et du lieu où le chèque est créé ;
- 6° - la signature manuscrite de celui qui émet le chèque (tireur).

Si l'une des mentions fait défaut, le titre ne peut valoir comme chèque que dans des conditions restrictives (article 8 de la loi uniforme).

Des garanties du paiement du chèque ou des différentes sortes de chèque

⁽³⁾ Pour le Burkina Faso, c'est la loi n°037-97-II-AN du 17 décembre 1997 portant loi uniforme sur les instruments de paiement dans l'UMOA : chèque, carte de paiement, lettre de change, billet à ordre, loi promulguée par le décret n°986020. PRES du 2 février 1998

- le chèque barré dont l'encaissement ne peut se faire que par l'intermédiaire d'une banque. Le banquier est autorisé à ne délivrer à certains clients que des chèques barrés ou des chèques de retrait.
- le chèque certifié a pour effet de bloquer la provision sous la responsabilité du tiré.
- Le chèque simplement certifié ne doit pas être confondu avec le chèque visé pour lequel le tiré ne fait qu'attester qu'au montant du visa la provision existe. Le banquier ne peut refuser d'opposer le visa s'il y a provision (article 36)⁽¹⁾
- Le chèque de voyage ou traveller's check ne peut être payé au porteur dans toutes les succursales ou agréés d'une banque ou chez les correspondants de cette banque.

Il faut relever l'importance de la provision du chèque. Elle est indispensable lors de l'émission : elle doit, suivant une formule ancienne, être préalable et disponible".

En pratique, il suffira que la provision existe lors du paiement et non de l'émission pour que l'on se fasse plus état de chèque sans provision. D'ailleurs, la loi uniforme se contente de parler de chèque sans provision sans faire état des caractères de la provision.

Le délit de chèque sans provision et certains délits assimilés sont punis d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 100 000 F à 2 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Dans tous les cas de sanctions pénales, tout au moins pour celles prévues aux articles 83 et 84, le tribunal doit interdire au condamné, pour une durée d'un à cinq ans, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiée. Cette interdiction peut être déclarée exécutoire par provision. Elle est assortie d'une injonction au condamné d'avoir à restituer aux banquiers qui les avaient délivrées les formules en sa possession et celle de ses mandataires. La publication de la décision peut être ordonnée dans les journaux selon les modalités fixées par la décision de justice.

Sur un plan général, on peut noter, au titre des dispositions et des objectifs poursuivis par la loi uniforme :

- l'accroissement du crédit et de la fiabilité de ces différents instruments, en particulier du chèque, conformément aux fonctions qui leur sont légalement fixées ;
- l'obligation pour le banquier, le cas échéant après le contrôle de l'identité et de l'adresse du futur client, de :
 - refuser l'ouverture d'un compte ;
 - si le compte est ouvert, de m'accorder que des chèques de retrait ou des chèques barrés.

⁽¹⁾ Sur la distinction du chèque certifié et du chèque visé. De Jaglart Michel et Ippolito Benjamin, Droit commercial, 1^{er} volume, 2^{ème} partie ; Effets de commerce et chèque Ed. Montchrestien, 1977, p 195

Dans tous les cas, les chèques ordinaires sont soumis au droit de timbre.

- le banquier lui-même peut inviter son client indélicat à lui restituer ses formules de chèque.

La BCEAO tient un registre des incidents de paiement répertoriés à partir des déclarations des banques relativement aux violations de la réglementation constatées dans leurs agences. Les banques sont tenues de s'y référer pour les décisions à prendre concernant leurs clients ou leur futurs clients. Si la réglementation est respectée, la situation devrait être notablement améliorée.



Programme d'Appui à l'OHADA
(Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)
Programme Régional de Formation
Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA)



**SESSION DE FORMATION SPECIALISEE
DES MAGISTRATS**

Du 24 au 28 septembre 2001

LES BAUX COMMERCIAUX

**Pr Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire
Université de Ouagadougou**

Quatrième séquence

E.R.SU.MA. 02 BP 353 PORTO-NOVO Rép. du Bénin Tél./Fax 22 43 67 Tél. : 22 58 04

E-mail : ersuma@syfed.bj.refer.org ou E-mail : jcueto@syfed.bj.refer.org

Les baux commerciaux

Historiquement, la réglementation du bail commercial est apparue comme un complément nécessaire de celle qui régissait le fonds de commerce. Le décret n° 52-765 du 30 juin 1952 réglementant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal¹ était symptomatique à cet égard, puisque, comme l'indique son intitulé, il se bornait à réglementer le renouvellement des baux commerciaux, c'est-à-dire à protéger le fonds le commerce, sans se préoccuper du bail commercial en tant que tel. La nouvelle réglementation contenue dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) rompt avec cet esprit et, ce faisant, procède à une sorte de déconnexion du bail commercial du fonds de commerce. Ainsi, dans l'AUDCG, la réglementation du bail précède celle du fonds de commerce, ce qui peut sembler incohérent. C'est que le bail régi par l'AUDCG (articles 69 à 102), comme on le verra, est beaucoup plus un bail professionnel qu'un bail commercial stricto sensu.¹⁴

L'intérêt d'une réglementation spécifique du bail commercial par rapport aux autres baux, notamment les baux à usage d'habitation, est assez aisé à montrer, même si la protection effectivement accordée au preneur peut sous certains angles paraître excessive au regard de l'intérêt général.

La localisation géographique d'un commerce présente un grand intérêt pour l'entreprise en ce que, bien souvent, elle est déterminante pour ses performances économiques et

¹⁴ . Promulgué en A.O.F. par arrêté n° 5101 S.ET. du 20 août 1952 et publié au J.O.AOF du 23 août 1952, p. 1166.

financières. Les motivations du choix d'un site pour implanter une entreprise sont différentes suivant que l'objet de l'exploitation est une industrie, une prestation de services ou la vente au public d'un produit, d'autant plus que dans ce dernier cas, le produit peut être de grande consommation ou au contraire n'intéresser qu'un public restreint. En raison de l'ampleur et de la valeur de leurs installations matérielles, les entreprises industrielles et les grands magasins sont généralement propriétaires de celles-ci. Lorsqu'il n'est que locataire des lieux où il exploite son fonds, le commerçant court le risque des augmentations intempestives de loyer, voire de congédiement, alors que l'emplacement du fonds est souvent un élément essentiel en ce qu'il lui assure la clientèle. En outre, l'installation matérielle participe du crédit du commerçant et permet l'organisation des sûretés. C'est cette importance de la localisation de l'entreprise qui fait que la législation sur les baux commerciaux assure une protection particulière au commerçant lorsqu'il n'est que locataire des lieux où il exploite son fonds ⁽¹⁾. Cette protection est assurée, d'une part, à travers les conditions mêmes du bail (Section I) et, d'autre part, par le droit au renouvellement du bail reconnu au locataire (Section II) mais il se pose aussi la question de la désécialisation.

Section I. – Les conditions du bail commercial

La nouvelle réglementation sur les baux commerciaux ne se réfère pas expressément au droit commun du bail, de sorte que l'on peut se poser la question de l'application de ce droit commun. Mais ne pas se référer ne signifie pas exclure. Par ailleurs, il est de principe que les contrats s'interprètent conformément aux principes généraux du droit des obligations, notamment ceux énoncés aux articles 1156 et suivants du code civil. Il en résulte que les insuffisances de la réglementation doivent être comblées par les dispositions pertinentes du code civil.¹⁵ En pratique, le besoin de recourir au Code civil en raison du caractère relativement complet de l'AUDCG en la matière.

§ 1. – Les domaines d'application et les destinataires du bail commercial

La réglementation sur les baux commerciaux était antérieurement fixée par le décret du 30 juin 1952. Usant d'une terminologie peu accessible à ses destinataires, elle était très précise, voire pointilleuse, ne laissant que peu de place à l'autonomie de la volonté. Cela explique sans doute qu'elle est restée très largement ineffective : dans certains pays comme le Burkina Faso, les locataires qu'elle était censée protéger ne l'invoquaient presque jamais. Dans le cadre de l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats membres de l'O.H.A.D.A., une nouvelle législation des baux commerciaux a été édictée et forme

1) Voy. sur les baux commerciaux :

Guyon Y. Droit des affaires tome I Droit commercial général et sociétés, Economica, 10^{éed} ; 1998, n°646 et s. L'auteur avisé considère la législation française trop protectrice par rapport à celles des autres Etats européens (n° 648) ;

Ripert et Roblet, Traité de droit commercial, Tome I, 17^e édition, par Germain M. et Vogel, L.G.D.J., 1998, n°416

et s. ; Et leurs bibliographies.

le Titre I du Livre III de l'acte uniforme relatif au droit commercial général (articles 69 à 102). Ce nouveau droit se démarque du droit antérieur issu du décret du 30 juin 1952. Ses traits plus marquants sont la clarté du langage, une plus large place laissée à l'autonomie de la volonté et la simplification des procédures de fixation des loyers et de renouvellement du bail en cas de désaccord entre les parties.

– Le champ d'application de la réglementation du bail commercial

Du point de vue territorial, l'évolution de la législation s'est faite dans le sens contraire du mouvement d'urbanisation qui caractérise les Etats africains depuis leur accession à la souveraineté internationale. En effet, la nouvelle législation sur le bail commercial s'applique dans les villes de plus de 5.000 habitants, rabaisant ainsi considérablement le plancher qui était antérieurement fixé à 25.000 habitants. Ce faisant, elle prend sans doute en compte le niveau d'alphabétisation des commerçants actuellement plus élevé qu'en 1952. Une autre explication qui peut être avancée est une meilleure administration des espaces nationaux. Dans la plupart des Etats, l'administration s'est considérablement rapprochée des administrés avec la multiplication des entités administratives et la création de structures socio-économiques, toutes choses qui font des villes moyennes et petites de potentiels pôles économiques dont il convient de protéger les animateurs.

Du point de vue matériel, la législation s'applique aux baux de locaux ou d'immeubles (terrains par exemple) à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel. Elle s'applique également aux locaux accessoires dépendant d'un immeuble destiné à un tel usage, à la condition, s'ils appartiennent à des propriétaires différents, que la location de ces locaux accessoires ait été faite en vue de l'utilisation conjointe que leur destinait le preneur et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la location. Elle s'applique a fortiori si les locaux accessoires appartiennent au même propriétaire que le local ou l'immeuble principal.

Elle s'applique encore aux baux de terrains sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire, ou à sa connaissance. Il s'agit, dans ce dernier cas, de l'hypothèse de la concession immobilière prévue en France par la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, et qui vise à encourager les installations coûteuses qu'exigent les structures commerciales modernes. Enfin, bien qu'elle ne le dise pas expressément, la législation sur le bail commercial s'applique aussi aux baux consentis par les emphytéotes (à l'exclusion du bail emphytéotique lui-même) à la condition, cependant, que la durée du renouvellement de ces baux ne dépasse pas celle du bail emphytéotique lui-même¹.

1 Voy. Pour le droit comparé, DERRUPPE (J.), BRIERE de L'ISLE (G.), MAUS (R.) et LAFARGE (P.), Baux commerciaux, Dalloz, Paris, 1979, n°47.

– Les destinataires du bail commercial

L'article 71 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général répute bail commercial « *toute convention ... existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble ... et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle* ».

Le bail commercial est par conséquent un contrat synallagmatique en ce qu'il oblige deux parties : le bailleur et le preneur. Les parties doivent être considérées ès qualité, sans référence à leur qualité propre, celle de propriétaire ou de commerçant par exemple. En effet, il a été admis de tout temps que la personnalité des parties au bail commercial importe peu¹. L'emploi par l'article 71 de l'acte uniforme du terme « *propriétaire* » semble procéder davantage d'une maladresse rédactionnelle que d'une volonté de ses rédacteurs de revenir sur ce principe, puisque les articles 86 à 90 traitent de la cession et de la sous-location, c'est-à-dire de la possibilité de conclusion d'un bail commercial entre un cédant et un cessionnaire de bail, ou entre un locataire principal et un sous-locataire mais il faut d'ores et déjà relever que la cession et la sous location ne sont admises que dans des conditions strictes.

Le bail commercial est donc un contrat synallagmatique. Mais ce qui en constitue la prestation caractéristique, c'est la mise à la disposition d'un locataire d'un local, d'un immeuble ou d'un terrain pour un usage industriel, commercial, artisanal ou professionnel. Il s'ensuit qu'il profite à des personnes déterminées et obéit à des conditions particulières d'application.¹⁶

-
1. DERRUPPE (J.) et autres, op.cit., n°101.
 2. La réglementation de 1952 sur les baux commerciaux profitait à quatre catégories de bénéficiaires : 1°) les locataires commerçants industriels ou artisans exploitant leurs fonds dans les locaux ou immeubles loués, en vertu d'un ou de plusieurs baux écrits successifs, depuis au moins trois ans au moment de l'expiration du bail ou de la dernière prolongation ; 2°) les locataires commerçants, industriels ou artisans exploitant leurs fonds dans les locaux ou immeubles loués, en vertu soit d'un ou plusieurs baux verbaux successifs, soit de baux verbaux ou écrits successifs, depuis au moins quatre ans au moment de l'expiration du bail ou de la dernière prolongation ; 3°) les ayants cause du locataire, les cessionnaires du bail ou leurs ayants cause ; 4°) les administrations, services et établissements publics à caractère commercial, industriel ou artisanal à la condition que les locaux qu'ils occupent aient été, antérieurement à la passation des baux, affectés d'une manière constante à un usage commercial, industriel ou artisanal, et que ces baux ne soient pas consécutifs à une réquisition ou à une contrainte administrative
 3. Art.70 AU.DCG.

1°) – Les bénéficiaires des baux commerciaux

Contrairement à la réglementation de 1952, la nouvelle législation sur les baux commerciaux n'énumère pas les personnes à qui elle profite², ce qui confirme l'idée qu'en réalité leur qualité importe peu. Elle se borne à indiquer que ses dispositions « *sont également applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel et commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur* »³. Malgré le silence du texte, la considération du champ d'application de la nouvelle réglementation¹ permet de conclure sans aucune difficulté qu'elle s'applique à tous locataires exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle dans les locaux ou immeubles loués à une telle fin. Concrètement, bénéficiaire de la réglementation sur le bail commercial non seulement les commerçants² définis comme « *ceux qui accomplissent des actes de commerce et font leur profession habituelle* »³, mais aussi les artisans et tous autres professionnels du moment qu'ils exploitent une clientèle⁴. Le qualificatif commercial du bail ne signifie donc pas que le locataire doit être nécessairement un commerçant, pas plus qu'il ne confère au bail un caractère commercial. Si en effet le bail commercial est toujours commercial pour le locataire commerçant l'ayant conclu pour les besoins de son commerce, il ne l'est pas pour le bailleur non commerçant. Il peut même être purement civil si, face à un bailleur non commerçant, se trouve un locataire exploitant un fonds artisanal ou une clientèle civile.

La réglementation sur le bail commercial profite également aux cessionnaires du bail⁵, aux sous-locataires pour autant que la sous-location a été autorisée par le bailleur⁶, ainsi qu'à leurs ayants cause conformément au droit commun de la cession de créance.

2°) – Les conditions d'application du bail commercial

Elles tiennent à la fois aux bénéficiaires qui ont été déjà définis, aux lieux loués et à la destination de ceux-ci. En ce qui concerne les lieux loués, l'article 69 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général distingue entre locaux, immeubles et terrains nus, ayant pour caractéristique commune d'être tous des biens immobiliers.¹⁷

L'immeuble au sens de la disposition désigne un bâtiment par opposition aux terrains nus sur lesquels ont été élevés, avant ou après la conclusion du bail, des constructions, tandis que le local est une partie d'un bâtiment. Le local peut d'ailleurs être l'objet principal du bail ou n'être que l'accessoire d'un autre local lui-même objet principal du bail. L'immeuble, le local et le terrain étant caractérisés par leur fixité, on hésite à

¹. Art. 69 AU. DCG.

². En droit, l'industriel est un commerçant.

³. Art. 2 AU. DCG.

⁴. Par exemple les membres des professions libérales, les titulaires de charges ou offices etc.

⁵. Art. 86 AU. DCG.

⁶. Art. 89 AU. DCG.

appliquer la législation sur le bail commercial à la location de locaux mobiles telles les guérites, au motif que la mobilité s'accorde mal avec la notion d'immeuble¹. Enfin, la loi ne fait pas de distinction entre un immeuble ou un local loué nu ou meublé, et il importe de ne pas distinguer là où la loi ne distingue. Quant à la destination des lieux loués, elle doit concerner un fonds de commerce, un fonds d'artisan ou une profession à laquelle est attachée une clientèle. Il n'est pas nécessaire que le fonds existe ou que le professionnel exerce son activité au moment de la conclusion du contrat. Ce qui importe, c'est la destination de l'immeuble, du local ou du terrain à un usage industriel, commercial, artisanal ou professionnel. De fait, le bail commercial est généralement conclu soit pour débiter une activité, soit pour transférer un fonds existant.

§ 2. – La durée du bail et la fixation du loyer

La nouvelle législation met un terme à la confusion terminologique qui régnait dans la matière des baux commerciaux. En effet, dans le décret du 30 juin 1952, le bail dont la durée a été fixée par le contrat était appelé bail écrit, tandis que celui dont la durée n'a pas été déterminée par le contrat était dit bail verbal, même si par ailleurs le bail avait été fait par écrit. Aux termes de l'article 71 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, « *est réputée bail commercial toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble* » destiné à un usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel, « *et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière d'exploiter dans les lieux, avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle* ».

La conclusion du bail n'est donc soumise à aucun formalisme. Les parties en déterminent librement la durée ainsi que le montant du loyer.(articles 72 et 84).

A. – La durée du bail

L'article 72, alinéa 1^{er}, de l'acte uniforme relatif au droit commercial général laisse une entière liberté aux parties pour fixer la durée du bail. Celui-ci peut donc être conclu pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. Mais cette liberté ne comporte pas la faculté pour les parties de conclure un bail perpétuel. Un tel bail serait nul parce que contraire à la prescription de l'article 1709 du code civil qui impose que la jouissance d'une chose soit accordée pour un certain temps. A défaut d'un écrit constatant le bail comme dans le cas d'indétermination du terme, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée. En pareille hypothèse, chaque partie dispose du droit de donner congé à l'autre sous le respect d'un préavis de six mois¹.

Il faut regretter que les nouvelles dispositions n'aient pas fixé de durée minimale pour le bail commercial, ce d'autant plus qu'assez souvent, les locataires consacrent d'importantes sommes à l'aménagement des lieux pour les adapter à leurs besoins. Faute d'une telle durée minimale, il ne sont pas assurés d'une stabilité suffisante dans

l'occupation des lieux. Sans doute l'article 97 de l'acte uniforme fixe-t-il la durée du bail renouvelé à trois ans, mais il ne constitue pas une solution au problème posé par le bail primitif qui peut ne pas être renouvelé si sa durée n'excède pas deux ans.

1 . DERRUPPE (J.) et autres op. Cit., n°62 et 64

Par contre, l'absence d'indication d'une durée minimale emporte, entre autres conséquences, la soumission des baux de courte durée ou des baux saisonniers au statut du bail commercial mais le droit du renouvellement ne pourra être invoqué que si l'activité a été exercée au moment où on l'invoque, pendant une durée minimale de deux ans (article 91).

B. – La fixation du loyer

Les parties déterminent également en toute liberté le prix du bail au moment de la conclusion du contrat, sauf lorsque la loi intervient pour limiter cette liberté². Le prix peut être révisé par la suite, à la demande de l'une quelconque des parties, soit dans les conditions qu'elles ont fixées, soit, à défaut, à l'expiration de chaque période triennale³. Si elles ne parviennent pas, par un accord écrit, à s'entendre sur le nouveau montant du loyer, la partie la plus diligente saisit la juridiction compétente à l'effet de fixer le loyer¹. Celle-ci tient compte de tous les éléments susceptibles d'influer sur le montant du loyer, notamment la situation des locaux, leur superficie, l'état de vétusté, le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires², ou encore la destination des lieux ou les obligations des parties. On peut s'étonner que la loi exige que l'accord sur le nouveau montant du loyer soit constaté par écrit (article 85, alinéa 1) alors que cette exigence n'est pas formulée pour le bail lui-même.

§ 3. – La cession du bail et la sous-location des lieux loués

Le preneur peut céder son bail à un tiers (en cas de cession de fonds de commerce par exemple), mais la cession doit être signifiée au bailleur par acte extrajudiciaire ou par tout autre moyen écrit³, faute de quoi elle ne lui est pas opposable⁴. L'acte de signification doit comporter l'identité complète du cessionnaire, son adresse, et éventuellement son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Le bailleur dispose d'un mois à compter de la signification pour s'opposer à la cession et pour saisir la juridiction compétente et lui exposer les motifs qui s'opposent à la cession. Constitue un motif sérieux et légitime la violation par le preneur cédant de ses obligations découlant du bail, notamment le non-paiement du loyer⁵. La saisine du tribunal est donc obligatoire dans le délai d'un mois et l'initiative en incombe au seul bailleur. Tout le temps de la procédure, le preneur cédant reste tenu des obligations du bail.

Par contre, toute sous-location, totale ou partielle, est interdite au preneur sauf stipulation contraire au bail. Dans le cas où la sous-location serait autorisée, celle-ci doit être portée à la connaissance du bailleur par tout moyen écrit, sinon elle ne lui est pas

opposable⁶. Pour éviter que la sous-location soit utilisée à des fins spéculatives, son loyer ne saurait être supérieur au loyer principal. Si tel était le cas, le bailleur a la faculté

1 Art. 93, al. 1 AUDCG

2 Art. 93, al. 1 AUDCG

3 Art. 93, al. 1 AUDCG qui réserve le cas où les dispositions législatives ou réglementaires prévoiraient une fixation autoritaire du loyer

d'exiger une augmentation correspondante du loyer principal. A défaut d'accord entre les parties sur ce prix, la juridiction compétente saisie statue comme en matière de révision de loyer (article 90)¹.

Section II. – Le droit au renouvellement du bail ou la propriété commerciale

On appelle propriété commerciale le droit reconnu au locataire commerçant, industriel, artisan ou professionnel, d'obtenir de son bailleur le renouvellement de son bail arrivé à expiration ou, à défaut, une indemnité compensatrice du préjudice causé par la privation des locaux ou immeubles consacrés à l'exploitation. L'expression « *propriété commerciale* », bien qu'impropre en droit – le droit au renouvellement du bail étant un droit personnel et non un droit réel – a été néanmoins consacrée par la pratique pour marquer l'importance de ce droit pour les locataires.

Le droit au renouvellement du bail commercial est sans conteste le pilier porteur du statut des baux commerciaux. Mais c'est un droit dont la portée est complexe. Par exemple, il ne naît pas automatiquement de l'existence d'un bail commercial. De même, son caractère d'ordre public n'en fait ni un droit absolu, ni un droit obligatoire : le preneur peut toujours y renoncer lorsqu'il est acquis, cependant que le bailleur peut s'y opposer.

§ 1. – Les conditions du droit au renouvellement du bail

Ils tiennent dans les conditions de fond ainsi que dans la procédure à suivre pour obtenir le renouvellement

A. – Les conditions de fond

En vertu de l'article 91 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, le droit au renouvellement du bail est acquis au preneur qui justifie avoir exploité, conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue à celui-ci, pendant une durée minimale de deux ans. Deux conditions sont ainsi mises à l'existence du droit : l'exploitation d'un fonds ou d'une clientèle, et l'écoulement d'un délai minimal.

1°) – L'exploitation d'un fonds ou d'une clientèle

En tant qu'il est destiné au maintien et à la continuation de l'activité du locataire, le droit au renouvellement du bail n'a de raison d'être que si ce locataire exploite l'activité envisagée ou décrite dans le bail. L'exigence d'un usage industriel, commercial, artisanal ou professionnel des locaux ou immeubles induit un usage effectif, mais non pas nécessairement sans interruption, l'activité du locataire pouvant être saisonnière.

Mais en cas d'interruption, celle-ci ne doit pas se prolonger au point de faire disparaître la clientèle. (article 95, 1)

L'exploitation doit être le fait du locataire, c'est-à-dire de la personne même du commerçant, de l'artisan ou du professionnel. Mais elle peut se faire aussi par l'intermédiaire d'un gérant, salarié ou non, le locataire restant toujours le propriétaire de son fonds ou de sa clientèle. L'exploitation passe entre les mains des héritiers ou des successeurs et, avec elle, le bénéfice du droit au renouvellement du bail.

Quant au cas particulier du commerçant étranger, il faut déplorer le silence de la nouvelle réglementation. On doit par conséquent, en cette matière, se référer aux dispositions du droit commun des Etats Parties relatives à la condition des étrangers, ce qui pourrait aboutir à l'application d'un droit communautaire de base ou dérivé, comme celui de l'UEMOA.

Pour ce qui concerne le Burkina Faso par exemple, l'article 5, alinéa 2, du code des personnes et de la famille dispose que « *la jouissance d'un droit peut leur (les étrangers) être expressément refusée par la loi ou être subordonnée à la réciprocité sous réserve des dispositions des conventions internationales* ».

L'article 13 de la loi n°62-95 du 14 décembre 1995 portant code des investissements accorde aux entreprises étrangères, au même titre que les entreprises nationales, la protection de la propriété commerciale, et semble ainsi ouvrir la voie à une reconnaissance libérale du droit au renouvellement du bail aux étrangers¹.

2°) – La durée minimale de l'exploitation (article 91)

B– La procédure de renouvellement

Les nouvelles dispositions régissant le bail commercial ont considérablement simplifié la procédure de renouvellement du bail. De fait, le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail, que celui-ci soit à durée déterminée ou à durée indéterminée, sans avoir à se soumettre à une procédure quelconque, sauf à régler au preneur une indemnité d'éviction. Si le principe du renouvellement est acquis, le désaccord ne portant que sur le montant du loyer, celui-ci est fixé par le juge compétent saisi par la partie la plus diligente. La même procédure est suivie si le désaccord porte sur le montant de l'indemnité d'éviction.

La demande de renouvellement est facultative pour le preneur. Mais s'il entend user de cette faculté, la demande doit être faite par acte extrajudiciaire, au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail, si celui-ci est à durée déterminée. Si le bail est à durée indéterminée, toute partie peut le résilier en donnant congé à l'autre par acte extrajudiciaire ou moins six mois à l'avance. Le preneur peut cependant s'opposer à ce congé, au plus tard à la date d'effet de celui-ci, en notifiant au bailleur par acte

extrajudiciaire, sa contestation de congé. Le preneur qui n'a pas formulé sa demande de renouvellement dans le délai imparti ou qui n'a pas contesté en temps utile le congé reçu est déchu de son droit au renouvellement du bail. De son côté, le bailleur qui n'a pas fait connaître sa réponse à la demande du preneur tendant à obtenir le renouvellement du bail, au plus tard un mois avant l'expiration du bail, est réputé avoir consenti au principe du renouvellement (article 92, alinéa 3. Si le renouvellement du bail est accepté, expressément ou implicitement, par les parties, et sauf accord différent de celles-ci, la durée du nouveau bail est fixée à trois ans. Le nouveau bail prend effet pour compter de l'expiration du bail précédent si celui-ci était à durée déterminée, ou pour compter de la date pour laquelle le congé a été donné si le bail précédent était à durée indéterminée. (article 97) La procédure était autrement plus complexe sous l'empire du décret du 30 juin 1952. Ainsi, si dans les deux mois de la notification de la demande de renouvellement, le bailleur et le locataire ne parvenaient pas à un accord, ils étaient tenus de comparaître, à la requête de la partie la plus diligente, devant le président du tribunal du lieu de situation de l'immeuble en vue d'une tentative de conciliation. Si l'une des parties ne comparaisait pas, le président du tribunal prononçait le défaut, mais après avoir ordonné l'assignation de ladite partie. Dans ce cas, soit le locataire était déchu de son droit au renouvellement du bail si l'ordonnance de défaut était prononcée contre lui, soit le bailleur était présumé avoir consenti au renouvellement du bail si l'ordonnance de défaut était prononcée contre lui. L'un et l'autre pouvaient néanmoins faire opposition à l'ordonnance prononcée contre lui dans le délai de quinze jours à compter de sa signification.

La tentative de conciliation pouvait se solder soit par l'accord des parties sur toutes les conditions de renouvellement du bail, soit par l'accord des parties seulement sur le principe du renouvellement du bail, soit enfin par le refus de renouvellement opposé par le bailleur. Si l'accord ne portait que sur le principe du renouvellement du bail, les parties désignaient chacune un arbitre. Les arbitres avaient pour mission de rechercher et de proposer un accord sur la durée du nouveau bail, le prix de la location, et toutes autres conditions accessoires. Le juge pouvait nommer d'office un arbitre en lieu et place de la partie défaillante à l'expiration du délai de quinze jours suivant l'audience de conciliation ou à l'expiration des délais d'opposition.

Le rapport des arbitres devait intervenir dans les trois mois de la réception de l'avis de leur nomination. Si, nonobstant l'accord des arbitres, le bail n'était pas conclu, la partie la plus diligente saisissait le président du tribunal qui statuait définitivement après avoir conféré avec les arbitres, à charge d'appel dans le mois de la signification de la décision. Une fois la décision devenue définitive, le bailleur devait dresser un nouveau bail aux conditions fixées judiciairement, sauf à se libérer par le paiement d'une indemnité d'éviction. S'il ne le faisait pas, l'ordonnance ou l'arrêt confirmatif d'appel fixant les conditions du nouveau bail valaient bail.

Le droit de renouvellement est pour l'essentiel dans l'intérêt du locataire. Mais le bailleur n'est pas livré pieds et poings liés au locataire : en effet, certains moyens lui

sont offerts pour éviter ou éluder le droit du renouvellement même si certains peuvent se révéler extrêmement coûteux.

§ 2. – Le droit de reprise et le refus de renouvellement

A des conditions définies par la loi, le bailleur peut, en exonération de l'indemnité d'éviction, reprendre les locaux d'habitation accessoires aux locaux principaux, de même qu'il peut, toujours en exonération de cette indemnité, s'opposer au renouvellement du bail.

A. – Le droit de reprise

Le droit de reprise du bailleur ne s'exerce que sur les locaux d'habitation qui sont les accessoires des locaux principaux, et ne saurait porter sur ces derniers. De plus, la reprise doit être faite à des fins d'occupation domestique. Les bénéficiaires ne peuvent en être que le propriétaire lui-même, son conjoint ou ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, sans limitation de degré. Toutefois, la reprise peut être refusée si le preneur établit que la privation de la jouissance des locaux d'habitation accessoires cause un trouble grave à la jouissance du bail dans les locaux principaux, ou lorsque les locaux principaux et les locaux d'habitation accessoires forment un tout indivisible. Il faut regretter que la nouvelle législation n'autorise pas la reprise à des fins d'exploitation commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle, au moins en faveur du propriétaire, de son conjoint ou de leurs descendants ou les conjoints de ceux-ci. L'absence d'une telle possibilité peut constituer un frein à la création de petites affaires familiales, obligés que seront les promoteurs d'exposer les frais d'une location alors qu'ils possèdent déjà des locaux adaptés.

Sous l'empire du décret du 30 juin 1952, le local objet d'un bail commercial pouvait être repris par le bailleur dans les conditions suivantes :

1°) Si le local était repris à des fins d'occupation domestique, le bénéficiaire devait en être le propriétaire lui-même, son conjoint, ses ascendants ou descendants, ainsi que les conjoints de ceux-ci, à condition que ce bénéficiaire ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement avec lui, et que le local soit adapté à un usage d'habitation. Sauf motif légitime, le bénéficiaire devait occuper personnellement les lieux dans le délai de trois mois à dater du départ du locataire et pendant une durée minimum de trois ans ; 2°) Si le local était repris en vue d'une affectation commerciale, industrielle ou artisanale, le bénéficiaire devait en être le propriétaire ou son conjoint, ses descendants ou leurs conjoints.

Le droit de reprise ne pouvait être exercée par une société civile ou commerciale que pour les locaux où était établi le siège social ou pour les locaux où elle entendait transférer son siège social. Dans tous les cas, le droit de reprise en vue d'une affectation commerciale donnait lieu au versement au locataire ou à ses ayants cause d'une indemnité qui ne pouvait être inférieure à cinq fois le loyer annuel.

¹ Voy. TOE (J.Y.), Droit du commerce international, Direction de la Presse universitaire, Ouagadougou, 1999, n°37.

B. – Le refus de renouvellement

Sans être tenu au paiement d'aucune indemnité, le bailleur peut refuser de renouveler le bail dans deux cas : d'une part, il peut le faire s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur sortant ou de son ayant cause, par exemple, la non-exécution d'une obligation substantielle mise à la charge du preneur par le contrat, la loi ou l'usage des lieux, ou encore la cessation de l'exploitation du fonds de commerce. Ce motif ne peut être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après une mise en demeure du bailleur, par acte extrajudiciaire, d'avoir à les faire cesser (article 95). D'autre part, le propriétaire peut refuser le renouvellement du bail sans être astreint au paiement de l'indemnité d'éviction s'il entend démolir un immeuble vétuste pour le reconstruire. Le bailleur doit alors justifier de la nature et de la description des travaux projetés. Le preneur peut rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux de démolition, et il bénéficie d'un droit de priorité dans l'attribution d'un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit. Si le bailleur refusait au preneur ce droit de priorité, ou si les locaux reconstruits avaient une affectation différente des locaux objet du bail, le bailleur est tenu de verser au preneur une indemnité d'éviction.

1°) –L'indemnité d'éviction

Le bailleur est tenu au paiement d'une indemnité dans tous les cas où le locataire est évincé du local ou de l'immeuble loué en violation des dispositions légales sur les baux commerciaux. A défaut d'accord entre les parties sur le montant de cette indemnité d'éviction, celle-ci peut être fixée par le juge compétent saisi par la partie la plus diligente. Le juge prend en compte notamment le chiffre d'affaires, les investissements réalisés par le preneur et la situation géographique du local (article 94 al. 2). Contrairement au décret de 1952, la nouvelle législation ne fixe pas de montant minimum pour l'indemnité d'éviction. Cela laisse au juge une intervention, quelque peu en équité, pour fixer le montant de l'indemnité. Les dispositions ne font pas penser au caractère dissuasif de l'indemnité d'éviction en France. L'indemnité dont le montant peut aller jusqu'à la valeur de l'ensemble du fonds de commerce s'il apparaît que celui-ci va pas subsister suite à son transfert est si dissuasif que l'on considère que le droit au bail a un caractère quasi-perpétuel.

En France, la législation sur les commerciaux est fixée par le décret n°53-960 du 30 septembre 1953. Depuis la loi du 12 mai 1965 modifiant ce décret, la durée du bail commercial ne peut être inférieure à neuf ans.

Toutefois, à défaut de convention contraire, le preneur a la faculté de donner congé au bailleur à l'expiration de chaque période triennale. Le même droit appartient au bailleur

lorsqu'il veut reprendre pour construire, reconstruire ou surélever l'immeuble. Mais la jurisprudence admet des baux de plus courte durée, excluant le statut légal, soit que les parties en conviennent ainsi et à la condition que le bail soit conclu pour une durée au plus égale à deux ans, soit qu'il s'agit d'une convention d'occupation précaire justifiée par des circonstances spéciales connues des deux parties (location saisonnière par exemple).

Le droit français reconnaît aussi au propriétaire le droit d'exiger au locataire, et au locataire le droit d'exiger du sous-locataire, le paiement d'un pas-de-porte. La nature de ce pas-de-porte est controversée. Une partie de la jurisprudence y voit un supplément de loyer, l'autre une indemnité représentant la valeur du droit au renouvellement du bail. Ce droit de pas-de-porte ne semble pas faire l'objet d'opposition de la part de la doctrine qui semble la considérer comme un droit justifié et non comme une rente de situation injustifiée.

Toujours dans le droit français, des dispositions postérieures au décret du 30 septembre 1953 ont admis que le locataire puisse adjoindre à son activité d'autres activités connexes ou complémentaires ou même transformer son exploitation compte tenu de la conjoncture économique et des nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, dès lors que ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble. Enfin, outre le bail commercial, le droit français connaît la concession immobilière conclue pour une durée, minimum de vingt ans. La concession immobilière vise, par sa durée, à encourager les installations coûteuses qu'exigent les structures commerciales modernes.

2°) – La résiliation judiciaire du bail

En cas de non-paiement du loyer ou d'inexécution d'une clause du bail par le preneur, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire du bail et l'expulsion de tous occupants de son chef. Mais il devra au préalable avoir fait délivrer au preneur, par acte extrajudiciaire, une mise en demeure l'invitant à respecter les clauses et les conditions du bail. La demande de résiliation du bail doit être notifiée par le bailleur aux créanciers du preneur inscrits, et le jugement prononçant la résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration du délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits. (article 101)

Section III La déspécialisation

Il convient d'évoquer la situation en France dont la législation inspire largement l'acte uniforme avant d'évoquer le contenu de celui-ci en la matière.

1 - La situation en France

En France, une loi du 12 mai 1965 a complété le décret du 30 septembre 1953 afin de permettre au locataire commerçant de modifier plus ou moins complètement la nature

de ses activités. La loi permet ainsi au locataire commerçant de déroger à l'obligation de respecter la destination de l'immeuble. Une possibilité lui est offerte de procéder à une déspecialisation partielle, voire même à une déspecialisation totale ou plénière.

La déspecialisation partielle permet au locataire d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires. Si les conditions prévues par le décret sont réunies, le bailleur ne peut s'opposer à la déspecialisation. En revanche, il peut obtenir en contrepartie une augmentation de loyer qui prendra effet seulement au cours de la prochaine révision triennale. Une telle déspecialisation est utile en ce qu'elle permet au locataire d'adapter, de manière pas trop profonde, ses activités pour faire face à la concurrence, à l'évolution des facteurs locaux de commercialité. La déspecialisation partielle pose essentiellement deux difficultés : d'une part il s'agit de savoir ce qu'est une activité connexe ou complémentaire, surtout en cas de contestation du bailleur, on peut prendre en compte les usages locaux, la situation géographique..., d'autre part, l'extension est susceptible de porter atteinte au droit des tiers, tel serait le cas si le bailleur avait défini les activités des locataires et que l'un d'eux par la ¹⁸ déspecialisation en vient à exercer l'activité de l'autre en plus de la sienne, le locataire lésé ne pourra pas obtenir réparation puisque le bailleur n'a pas violé son obligation et que ; le locataire bénéficiaire est pour le locataire qui subit un dommage d'un tiers qui ne fait qu'exercer les droits que la loi lui reconnaît.

La déspecialisation totale permet au locataire de mander en justice l'autorisation d'exercer dans les lieux loués des activités totalement différentes de celles prévues au bail. Les activités nouvelles peuvent s'ajouter à celles existantes ou se substituer à elles. Il faut pour cela soit le consentement du bailleur qui peut le monnayer, soit une autorisation du tribunal qui prendra en compte la conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, à condition que les activités nouvelles respectent la destination de l'immeuble et les intérêts des autres locataires. L'autorisation judiciaire peut être subordonnée au versement d'une indemnité au bailleur pour réparer le dommage qu'il subit. En outre, le bailleur peut obtenir une augmentation de loyer avec effet immédiat. Il est certain que la déspecialisation peut permettre la survie d'une entreprise dont les activités actuelles ne sont pas rentables. Mais elle peut désorganiser le commerce, notamment dans les centres commerciaux, sauf à trouver les « parades contractuelles » adéquates. Qu'en est-il avec l'acte uniforme ?

2 - La situation dans l'acte uniforme

A priori, l'Acte uniforme est muet sur la déspecialisation. En effet, aucun de ses huit chapitres ne fait état de déspecialisation. Même les articles (articles 69 à 102)

1. Loi du 16 juillet 1971 modifiant le décret du 30 septembre 1953.

2 . Art. 48 et s. de la loi française d'orientation foncière du 30 décembre 1967

n'évoquent pas cette question. Est-ce à dire que l'Acte uniforme a trouvé la déspecialisation, même partielle, trop osée et a décidé de ne pas la reprendre. Mais une lecture attentive de l'article 81 peut inciter à penser le contraire. Selon cette disposition.

Le preneur est tenu d'exploiter les locaux donnés à bail en bon père de famille, et conformément à la destination prévue au bail ou, à défaut de convention écrite, suivant celle présumée d'après les circonstances.

Si le preneur donne aux locaux un autre usage que celui auquel ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail.

Il en est de même lorsque le preneur veut adjoindre à l'activité prévue au bail une activité connexe ou complémentaire.

On peut tirer de l'article 81, alinéa 3, que :

- la déspecialisation (partielle ou totale) est possible avec l'accord du bailleur (dans le contrat initial ou dans un accord ultérieur) ;
- en absence d'un tel accord, le locataire peut de son chef procéder à une déspecialisation partielle (adjonction d'une activité connexe ou complémentaire) sans causer de préjudice au bailleur, ce qui a priori pourrait souvent être le cas, en cas de préjudice causé au bailleur celui-ci peut demander en justice la résiliation du bail ; même si l'AUDCG ne le précise pas, le bailleur pourra aussi demander des dommages intérêts ;
- en l'absence d'accord du bailleur, il découle d'une interprétation a contrario de l'article 81 que le locataire ne peut procéder à une déspecialisation totale.

En conclusion, l'importance du bail commercial n'est plus à démontrer, particulièrement pour le locataire qui pourra obtenir, bien souvent, son renouvellement ou une indemnité d'éviction. C'est que la disposition ou plutôt la jouissance du local conditionné dans bien des cas l'existence et la survie du fonds de commerce. Il n'est donc pas étonnant que cette technique de protection qui a fait ses preuves puisse profiter à des locataires non commerçants. C'est ce que réalise l'Acte uniforme de l'OHADA qui, en fait réglementé le bail professionnel sous le couvert du bail commercial. Apparemment, l'Acte uniforme a voulu éviter certains excès de la protection, notamment ceux découlant de la déspecialisation sur un plan d'ensemble. Dans un souci de clarté et au regard de l'état incertain de la réglementation du bail civil dans les Etats parties au Traité de l'OHADA, l'option a été faite pour une réglementation quasi complète du bail commercial et non de ses seules spécificités, souci que l'on peut louer ou déplorer selon l'état de la législation nationale sur les baux.

**Pr Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire
Université de Ouagadougou**

