



## FORMATION DES FORMATEURS MAGISTRATS

### **MODULE 1 & 2**

Du 22 juillet au 09 août 2002

# L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL

- ⌘ *Accès et exercices de la profession commerciale,*
- ⌘ *Le registre du commerce,*
- ⌘ *Le fonds de commerce,*
- ⌘ *Les baux commerciaux,*
- ⌘ *La vente commerciale,*
- ⌘ *Les intermédiaires de commerce.*

**COMMUNICATION DE :**  
**Pr. Ndiaw DIOUF**  
Agrégé des Facultés de Droit  
UCAD – Dakar

## **L'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT COMMERCIAL GENERAL**

---

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

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

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

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

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

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

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

## **I. L'ACCES A LA PROFESSION COMMERCIALE**

Le statut de commerçant emporte un certain nombre de droits et d'obligations qui sont parfois inconnus des simples particuliers. Il est, par conséquent, important de savoir qui est commerçant ou plus exactement comment on accède à la profession commerciale.

A lire l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, on a l'impression qu'il suffit d'accomplir des actes de commerce pour devenir commerçant. L'examen des articles 6 et suivants révèle pourtant que si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. En effet, en plus des conditions liées à l'activité, il y a les conditions liées à la personne.

### **A. Conditions liées à la personne**

Ces conditions procèdent de deux préoccupations différentes. Il s'agit d'une part de protéger ceux qui veulent accéder à la profession commerciale, d'autre part de protéger l'intérêt général.

#### **1. Condition destinée à protéger ceux qui veulent devenir commerçant**

Il est nécessaire de protéger certaines personnes contre leur inexpérience ou la défaillance de leur facultés mentales ou corporelles. Ce qui explique que les rédacteurs de l'Acte Uniforme exigent la capacité d'exercer le commerce.

Cette exigence conduit à exclure de la profession commerciale le mineur ordinaire qui ne peut pas devenir commerçant, ni même accomplir des actes de commerce. Il convient d'observer que cette exclusion ne concerne pas le mineur émancipé. Tirant toutes les conséquences de l'émancipation, les rédacteurs de l'Acte uniforme admettent en effet la possibilité pour le mineur qui en bénéficie de devenir un commerçant (voir art. 7 al. 1<sup>er</sup>).

Si la situation du mineur émancipé est aujourd'hui clarifiée, il n'en est pas de même de celle de majeur incapable. Rien n'est prévu en ce qui le concerne. Il convient de rappeler à ce propos que le majeur incapable est le majeur chez lequel il y a une perturbation des facultés mentales ou chez lequel l'altération des facultés corporelles est telle qu'elle empêche l'expression de la volonté. Trois régimes de sauvegarde sont prévus en droit sénégalais.

D'abord le régime de la protection de justice appliqué au majeur interné ou soigné à domicile.

Ensuite le régime de la curatelle qui s'applique au majeur qui, sans être hors d'état d'agir par lui-même a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile ou au majeur qui, en raison de son intempérance, de sa prodigalité ou de son oisiveté,

compromet l'exécution de ses obligations familiales ou s'expose au risque de tomber dans le besoin.

Enfin le régime de la tutelle qui s'ouvre pour le majeur dont l'altération des facultés mentales est telle qu'il a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile.

Il n'existe aucune disposition de l'Acte Uniforme sur la situation de la femme mariée. Cela s'explique certainement par le fait que dans la plupart des Etats signataires du Traité de l'OHADA., la femme mariée a retrouvé sa pleine capacité civile.

Il convient juste de signaler que la femme qui ne fait que détailler le commerce de son mari n'a pas la qualité de commerçant. Mais cette règle, qui résulte de l'article 7 al. 2 n'est pas, à vrai dire, propre à la femme ; elle concerne aussi le mari.

## **2. Conditions destinées à assainir les professions commerciales.**

Il existe deux conditions négatives dont le but est d'assurer l'assainissement des professions commerciales : il ne faut pas exercer une profession incompatible avec la profession commerciale ; il ne faut pas avoir fait l'objet d'une mesure d'interdiction.

### **a) L'absence d'incompatibilité.**

Après avoir pris comme principe qu'il n'y a pas d'incompatibilité sans texte, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général prévoit que l'exercice de la profession commerciale est incompatible avec l'exercice des professions dont la liste est fixée par l'article 9. Les professions visées sont les suivantes :

1° Fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique.

2° Officiers ministériels et auxiliaires de justice (avocat, huissier, commissaire priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateurs et liquidateurs judiciaires).

3° Expert comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime.

La liste dressée par l'article 9 n'est pas limitative. L'incompatibilité peut résulter aussi des textes particuliers qui régissent certaines professions.

Les effets de l'incompatibilité sont prévus par l'article 8. Selon l'alinéa 4 de ce texte, les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité sont valables à l'égard des tiers de bonne foi.

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

Comme l'incompatibilité, l'interdiction est destinée à assainir les professions commerciales ; il ne faut pas être frappé d'une telle mesure, si l'on veut accéder à la profession commerciale.

## **b) L'absence d'interdiction**

Il résulte de l'article 10 de l'Acte uniforme que la profession commerciale ne peut être exercée par les personnes qui ont fait l'objet de sanctions pour avoir été reconnues coupables de certains agissements.

Il s'agit des personnes qui ont fait l'objet :

- d'une interdiction générale, définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des Etats parties (et il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'interdiction est prononcée comme peine principale ou peine complémentaire);
- ou d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle.

Il s'agit également des personnes à l'égard desquelles a été prononcée une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun ou à une peine d'au moins trois mois non assortie du sursis pour une infraction en relation avec les affaires (délit contre les biens ou délit en matière économique ou financière).

## **B. Les conditions liées à l'activité.**

A la lecture de l'article 2 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, on se rend compte que pour devenir commerçant il faut nécessairement accomplir des actes de commerce. Cela ne suffit pas cependant. L'utilisation de l'expression « à titre de profession habituelle » révèle que les rédacteurs de l'Acte uniforme se réfèrent aussi au mode d'accomplissement des actes.

### **1° La nécessité d'accomplir des actes de commerce :**

L'accès à la profession commerciale est subordonné à l'accomplissement d'actes de commerce. Puisque cette règle est énoncée à l'article 2 de l'Acte Uniforme, on s'attend logiquement à une définition de l'acte de commerce dans les textes suivants. Il n'y a cependant aucune définition de l'acte de commerce. Il y a plutôt une liste des actes de commerce dressée par les articles 3 et 4. Le premier texte vise les actes de commerce par nature et le second les actes de commerce par la forme.

## a) Les actes de commerce par nature

Il convient de faire ici une observation préliminaire. Certains actes visés par l'article 632 du code de commerce ne figurent plus dans la liste dressée par l'article 3 de l'AU/DCG : il en est ainsi des entreprises de fourniture, d'agence, de bureaux d'affaires, des établissements de vente à l'encan et de spectacles publics.

Il ne faudrait pas en déduire cependant que ces opérations ont cessé d'être des actes de commerce. L'adverbe notamment qui est utilisé dans l'art. 3 indique que la liste n'est pas limitative.

Sous le bénéfice de cette observation, on peut noter que la terminologie a été modernisée et que la notion d'entreprise disparaît de l'énumération. Il suffit pour s'en convaincre de passer en revue l'article 3 qui vise les actes suivants :

\* L'achat de biens meubles ou immeubles, en vue de leur revente : alors que l'article 632 du code de commerce ne visait que l'achat pour revendre des meubles, l'article 3 de l'AU/DCG vise aussi l'achat pour revendre des immeubles. Cet acte que constitue l'achat pour revendre implique la réunion de trois éléments :

- D'abord, un achat ; ce qui fait que les ventes non procédées d'achat ne sont pas en principe des actes de commerce ;
- ensuite, l'intention de revendre. Cela explique pourquoi les achats de produits destinés à être consommés ne sont pas des actes de commerce.
- Enfin, l'intention de revendre au moment de l'achat.

\* Les opérations de banque, de bourse, de change de courtage, d'assurance et de transit ;

\* L'exploitation industrielle des usines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles. Des opérations qui étaient jusque là civiles sont désormais commerciales.

\* Les opérations de locations de meubles ; la location d'immeuble reste civile ;

\* Les opérations de manufacture, de transport et de télécommunications ;

\* Les opérations des intermédiaires : deux catégories d'intermédiaires sont visées : les intermédiaires de commerce (courtiers, commissionnaires et agents commerciaux) et ceux qui n'ont pas pour activité la conclusion de contrat de vente commerciale.

L'article 3 de l'AU/DCG vise deux autres types d'actes qui ne sont pas des actes de commerce par nature : il s'agit des contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et des actes effectués par les sociétés commerciales. De tels actes peuvent être des actes civils par nature, mais, en raison de la qualité de leur auteur, ils sont toujours considérés comme des actes de commerce.

## **b) Les actes de commerce par la forme**

Dans la plupart des législations, seule la lettre de change était considérée, parmi les effets de commerce, comme un acte de commerce par la forme. Aujourd'hui avec la législation nouvelle, la liste des actes de commerce par la forme s'est allongée. En effet selon l'article 4 de l'AU/DCG « ont le caractère d'acte de commerce la lettre de change de change, le billet à ordre, et le warrant ».

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

Il convient de signaler que certaines sociétés sont considérées comme des sociétés commerciales en raison de leur forme, indépendamment de leur activité. La règle ne résulte pas cependant de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, mais de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (article 6 alinéa 2).

Il est important de distinguer les actes de commerce par la forme et les actes de commerce par nature, car seul l'accomplissement de cette dernière catégorie d'actes peut conférer la qualité de commerçant. C'est pourquoi il faut tenir compte du mode d'accomplissement des actes.

## **2. Le mode d'accomplissement des actes**

Un simple particulier peut accomplir occasionnellement des actes de commerce ; il n'en acquiert pas pour autant la qualité de commerçant. C'est qu'il faut tenir compte aussi du mode d'accomplissement des actes. Les actes doivent en effet être accomplis à titre de profession habituelle et de manière indépendante et personnelle.

### **a) L'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle**

Il y a là une redondance car la profession implique nécessairement l'habitude. En utilisant cette expression, les rédacteurs de l'Acte uniforme veulent simplement dire que l'accomplissement d'actes de commerce ne confère la qualité de commerçant que si l'intéressé en tire l'essentiel de ses revenus. Il faut déduire de cette exigence deux conséquences :

- d'une part lorsque la personne accomplit des actes de commerce isolés elle n'acquiert pas de ce seul fait la qualité de commerçant ;
- d'autre part, la personne qui accomplit des actes de commerce n'acquiert pas la qualité de commerçant dès lors que l'accomplissement des actes ne lui procure pas de revenus. Ainsi l'accomplissement des actes de commerce par la forme, même de manière répétée, ne confère pas la qualité de commerçant.

## **b) L'accomplissement d'actes de commerce de manière indépendante**

Même si l'Acte uniforme ne le prévoit pas expressément, on est obligé de considérer que pour accéder à la profession commerciale, il faut justifier d'une certaine indépendance. C'est ce qui explique que seuls ont la qualité de commerçants, selon l'Acte uniforme sur le Droit commercial général (v. art. 137 et s.) les intermédiaires qui exercent leurs activités en toute indépendance. Les intermédiaires visés sont ceux qui interviennent dans les relations commerciales pour faciliter la circulation des produits.

L'article 137 de l'Acte Uniforme, définit l'intermédiaire comme « celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial ». L'intermédiaire au sens de ce texte ne peut s'entendre que de la personne qui agit pour le compte d'autrui dans le cadre d'un contrat de vente à caractère commercial ; or la vente commerciale est définie de manière restrictive par l'article 202. C'est, selon le texte, la « vente de marchandises entre commerçants ». Il résulte donc de la combinaison de ces deux textes que le statut d'intermédiaire de commerce ne peut être reconnu à celui qui intervient dans la conclusion d'un contrat n'ayant pas pour objet la vente de marchandises entre commerçants. Cette nouvelle approche ne pouvait pas ne pas avoir de répercussions sur le régime juridique applicable aux intermédiaires. C'est ce qui explique la coexistence de deux types de règles : d'une part les règles propres aux différents intermédiaires ; d'autre part, des règles générales qui sont applicables à tous les intermédiaires et que l'on pourrait qualifier de droit commun de l'intermédiation commerciale.

- **Le droit commun de l'intermédiation commerciale**

Il existe deux types de règles en la matière.

- Il y a d'abord les règles relatives au statut des intermédiaires.

Ils sont tous commerçants et doivent, à ce titre, remplir les conditions prévues par les articles 6 à 12 de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général. Ils peuvent être des personnes physiques ou morales.

En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs, elle est fixée, en l'absence de stipulations contractuelles, par la nature de l'affaire. Selon l'article 146 de l'Acte uniforme, ils peuvent accomplir tous les actes juridiques nécessaires pour l'exécution de leur mandat. Il leur faut cependant, pour l'accomplissement de certains actes énumérés par l'Acte Uniforme, un pouvoir spécial. Ils ne peuvent en effet, sans pouvoir spécial, engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner, ou grever des immeubles, faire des donations.

Les droits et obligations de l'intermédiaire sont régis par les règles du mandat. En ce qui concerne les obligations, on peut noter que l'intermédiaire est tenu :

- d'exécuter fidèlement le mandat ;
- de l'exécuter personnellement, sauf s'il est autorisé à le transférer à un tiers, s'il y est contraint par les circonstances ou si l'usage permet une substitution de pouvoirs ;
- De rendre compte de sa gestion.

En contrepartie, il a droit au remboursement des avances et frais exposés pour l'exécution régulière du mandat.

Les événements qui mettent fin au mandat de l'intermédiaire sont énumérés par les articles 156 et 157, il s'agit :

- de l'accord passé entre le représenté et le mandataire ;
- de l'exécution complète de l'opération ;
- de la révocation de l'intermédiaire ;
- de la renonciation de l'intermédiaire ;
- du décès de l'une des parties, de la survenance d'incapacité ou de l'ouverture d'une procédure collective.

Malgré la cessation du mandat, l'intermédiaire demeure habilité à accomplir, pour le compte du mandat ou de ses ayants droits, les actes nécessaires et urgents de nature à éviter tous dommages.

- Il y a à côté des règles applicables au statut, celles qui intéressent les effets des actes accomplis.

Pour analyser ces effets, il faut distinguer selon que l'intermédiaire a agi dans les limites de son pouvoir ou a agi sans pouvoir.

- Si l'intermédiaire agit dans les limites de ses pouvoirs, ses actes lient directement le représenté et le tiers. Cette règle ne s'applique pas cependant si le tiers savait ou ne pouvait ignorer la qualité d'intermédiaire de celui avec qui il a passé l'acte. Il s'ensuit que l'intermédiaire serait seul engagé si le tiers ignorait sa qualité. De la même manière, les actes accomplis par l'intermédiaire l'engagent personnellement s'il résulte des circonstances qu'il n'a pas entendu engager le représenté.
- Si l'intermédiaire agit sans pouvoir ou dépasse les limites de son pouvoir, ses actes n'engagent ni le représenté, ni le tiers. Il n'est dérogé à cette règle que dans deux cas :
  - d'une part, lorsque l'acte accompli est ratifié par le représenté ; dans ce cas, l'acte produit les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un pouvoir.

- D'autre part, lorsque le tiers pouvait légitimement croire que l'intermédiaire avait le pouvoir d'agir comme il l'a fait ; dans cette hypothèse, le représenté ne peut se prévaloir du défaut de pouvoir à l'égard du tiers.

A côté des règles de droit commun, il y a des règles propres à chaque catégorie d'intermédiaire.

- **Les règles propres aux différentes catégories d'intermédiaires.**

Les rédacteurs de l'Acte uniforme ont consacré à chaque catégorie d'intermédiaires des règles propres qui viennent compléter les règles générales. Elles concernent le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial.

- **Le Commissionnaire**

C'est l'article 160 de l'Acte Uniforme qui donne la définition du commissionnaire.

Ce texte ne semble reconnaître le statut de commissionnaire qu'à ceux qui se chargent d'opérer, en leur propre nom mais pour le compte d'autrui, la vente ou l'achat de marchandises.

Il doit cependant être complété par les articles 172 et 174 qui font référence à d'autres types de commissionnaires qui interviennent en dehors de la conclusion d'opérations d'achat ou de vente. Ex : commissionnaire expéditeur, commissionnaire agréé en douanes.

Le commissionnaire au sens de l'article 160 est tenu de certaines obligations.

Il doit exécuter les opérations conformément aux directives du commettant. L'Acte Uniforme lui permet cependant de s'écarter des directives dans certains cas.

Il doit en outre :

- agir loyalement pour le compte du commettant (art. 162) ;
- donner au commettant tout renseignement utile (art. 163) ;
- prendre certaines mesures conservatoires (art. 167).

Il doit enfin répondre du paiement ou de l'exécution des autres obligations incombant à ceux avec qui il a traité dans les cas prévus par l'article 170 al. 1<sup>er</sup>.

En contre partie de ses obligations, le commissionnaire bénéficie d'un certain nombre de droits. Il peut prétendre notamment à une rémunération (art. 164) et au remboursement des frais et débours normaux (art. 165). Toutes les créances qu'il a sur le commettant sont garanties par le droit de rétention qu'il peut exercer sur les marchandises qu'il détient (art.166).

## **- le Courtier**

C'est l'intermédiaire qui fait profession de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter ou de faire aboutir la conclusion de contrats.

Le courtier qui doit demeurer indépendant des parties (177), ne peut personnellement intervenir dans une transaction, sauf l'accord des parties, ni réaliser des opérations de commerce directement ou indirectement pour son propre compte.

Il doit exécuter son mandat conformément à l'art. 178. Il a droit à une rémunération dont le montant et les modalités de paiement sont fixés par les articles 180 à 182.

## **- L'agent commercial**

L'acte Uniforme le considère comme un mandataire qui, à titre de profession habituelle, négocie et éventuellement conclut des contrats de vente, de location ou de prestations de service au nom et pour le compte de son mandant ou d'autres agents commerciaux sans être lié à eux par un contrat de travail.

Les rédacteurs de l'Acte uniforme ont minutieusement réglé les rapports entre l'agent commercial et son mandant. Le contrat liant l'agent commercial à son mandant est conclu dans l'intérêt commun des parties.

L'agent commercial est tenu d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information (art. 185 al.2). Il est tenu d'exécuter son mandat en bon professionnel. Il ne peut pas, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les informations qui lui sont communiquées titre confidentiel.

Il a droit à une commission qui, dans le silence du contrat, est fixée conformément aux usages pratiqués dans le secteur d'activités, couvert par son mandat (art. 188). Cette commission est acquise dès que l'opération est exécutée ou devrait l'avoir été en vertu du contrat.

Il ne peut cependant prétendre au remboursement des frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité. Seul les frais qu'il a assurés en vertu d'instructions spéciales du mandant lui sont remboursés.

Le contrat d'agence peut être à durée déterminée ; dans ce cas, il prend fin par l'expiration du temps prévu. Il peut aussi être à durée indéterminée ; dans ce cas, chacune des parties peut exercer son droit de résiliation unilatérale en respectant le délai de préavis prévu par l'article 196. La cessation du contrat peut donner lieu à l'allocation d'une indemnité compensatrice au profit de l'agent commercial et éventuellement à la condamnation du mandant au paiement de dommages et intérêts.

## **II. L'EXERCICE DE LA PROFESSION COMMERCIALE**

Même s'il n'est pas possible d'affirmer de manière absolue que le Droit commercial est devenu le droit des commerçants, on est obligé d'admettre qu'il existe un corps de règles applicables aux seuls commerçants. Cet ensemble de textes donne aux commerçants un statut particulier. Cette particularité apparaît lorsque l'on examine la condition et les biens du commerçant.

### **A. La Condition du commerçant**

La qualité de commerçant emporte des droits et des obligations ignorés des simples particuliers même lorsqu'il ont recours aux techniques propres au commerce.

#### **1. les droits des commerçants**

Ces droits sont de deux ordres. Certains de ces droits sont accordés aux commerçants pour faciliter l'exercice de leur activité ; d'autres leur sont donnés pour assurer leur protection.

##### **a) Les droits octroyés en vue de faciliter l'exercice de l'activité commerciale**

Les commerçants ont la possibilité de prouver par tous moyens les opérations conclues avec leur pairs. Cette règle dénommée liberté de la preuve est consacrée par l'article 5 de l'AUDCG ainsi conçu : « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants ».

Cette règle ne s'applique certes que pour les contestations à propos d'actes de commerce ; mais il ne faut pas perdre de vue que tous les actes accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce sont considérés comme des actes de commerce, ce qui est de nature à étendre considérablement son domaine.

##### **b) Les droits reconnus aux commerçants pour assurer leur protection**

Le commerçant doit être protégé contre ses concurrents tentés de lui prendre sa clientèle en utilisant des méthodes déloyales. Il doit aussi être protégé contre son bailleur. L'Acte Uniforme ne comporte aucune disposition destinée à protéger le commerçant contre ses concurrents ; il comporte, en revanche, une série de textes ayant pour but de protéger le commerçant contre son bailleur. Les articles 91 à 102 de l'AUDCG consacrent, en effet au profit des commerçants, le droit au renouvellement du bail commercial dont il faut préciser les conditions et la mise en œuvre.

- **Conditions d'exercice**

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

Les textes régissant le bail commercial, et donc le droit au renouvellement, ne s'appliquent qu'aux baux portant sur les immeubles rentrant dans l'une des catégories visées à l'article 69, de l'Acte uniforme.

Il s'agit :

1° des locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;

2° des locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;

3° des terrains nus sur lesquels ont été édifiés, 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.

Ces locaux doivent être situés dans des villes de plus de 50 000 habitants.

A côté de ces conditions liées à la nature des locaux, il y a des conditions liées à la durée du bail.

L'article 91 accorde au preneur le droit au renouvellement du bail s'il justifie d'une exploitation de son activité pendant une durée de deux ans, sans qu'il y ait à distinguer selon qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée.

- **la mise en œuvre**

L'Acte uniforme a minutieusement réglementé les rapports des parties à l'expiration du bail.

Les articles 92 et suivants précisent les initiatives que doit prendre le locataire qui veut obtenir le renouvellement.

Il faut à cet égard faire une distinction.

- S'il s'agit d'un bail à durée déterminée, le preneur qui a droit au renouvellement doit introduire une demande. Cette-ci doit être faite par acte extrajudiciaire au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail. A défaut de demande, le preneur est déchu de son droit.
- S'il s'agit d'un bail à durée indéterminée, le preneur qui a reçu du bailleur un congé (chaque partie peut prendre l'initiative de la rupture en donnant congé par acte extrajudiciaire au moins 6 mois à l'avance) peut exiger le renouvellement en notifiant au bailleur par acte extrajudiciaire, sa contestation du congé. Cette notification doit avoir lieu au plus tard à la date d'effet du congé ; à défaut il est mis fin au bail.

Le bailleur saisi d'une demande de renouvellement a deux possibilités :

- Soit il accepte le renouvellement. Cette acceptation peut être expresse. Elle peut aussi être tacite : tel est le cas lorsque ayant reçu une demande de renouvellement d'un bail à durée déterminée, il ne fait pas connaître sa réponse au plus tard un mois avant l'expiration du bail.

En cas d'acceptation, qu'elle soit expresse ou tacite, la durée du nouveau bail est fixée à trois ans, sauf convention contraire des parties (art.97).

- Soit il refuse le renouvellement. Dans ce cas, il doit payer une indemnité d'éviction. L'Acte uniforme prévoit que c'est seulement à défaut d'accord entre les parties sur le montant de l'indemnité que le recours au tribunal est nécessaire (art. 94). Il est tenu compte pour la détermination du montant de l'indemnité, du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local.

L'Acte uniforme ne règle pas les conséquences du refus par le bailleur de payer l'indemnité d'éviction.

Il cite en revanche les cas dans lesquels le bailleur n'est pas tenu de payer l'indemnité d'éviction. ces cas sont au nombre de trois :

- d'abord l'existence d'un motif légitime de non renouvellement (v. art. 95 qui donne comme exemple l'inexécution par le preneur d'une obligation substantielle ou la cessation de l'exploitation du fonds) ;
- ensuite le projet de démolition et de reconstruction de l'immeuble comprenant les lieux loués (v. art.95) ;
- enfin la reprise par le bailleur des locaux d'habitation accessoires des locaux principaux pour y loger lui-même ou y loger ses proches (v. art.96).

Mais même s'il n'a pas droit à une indemnité d'éviction, le preneur pourra obtenir remboursement du coût des aménagements et constructions qu'il a réalisés dans les locaux avec l'autorisation du bailleur. Le montant est fixé, à défaut d'accord, par la juridiction compétente à la requête du preneur.

## **2° Les obligations des commerçants :**

L'Acte Uniforme met deux types d'obligations à la charge des commerçants : les obligations comptable et l'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier.

### **a) Les obligations comptables.**

Elles sont prévues par les articles 15 et suivants de l'AU/DCG.

Il y a une obligation qui pèse sur tous les commerçants qu'ils soient personnes physiques ou morales. C'est l'obligation de tenir les livres de commerce visés à l'article 15 :

- le journal, enregistrant au jour le jour les opérations commerciales ;
- le Grand livre avec balance générale récapitulative ;
- le livre d'inventaire.

C'est l'article 14 qui fixe les règles de tenue des livres, mais ce texte ne vise que le journal et le livre d'inventaire qui doivent être cotés et paraphés par le président de la juridiction compétente ou le juge délégué à cet effet et être tenus sans blanc, ni altération. Ces livres doivent aussi mentionner le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

Il est important de veiller à la régularité de la tenue des livres. En effet si un livre peut être produit en justice pour servir de preuve, c'est à la condition d'être régulièrement tenu.

Les rédacteurs de l'Acte Uniforme n'ont retenu qu'une seule technique d'utilisation des livres en justice : la représentation. La communication est donc impossible (v. art. 16 AU/DCG).

A côté de l'obligation de tenue des livres qui pèse sur tous les commerçants, il y a une obligation qui pèse sur les seules personnes morales commerçantes : c'est l'obligation d'établir tous les ans les états financiers de synthèse.

## **b) L'obligation de se faire immatriculer au registre de commerce et du crédit mobilier**

Avant d'étudier les opérations proprement dites, il convient d'examiner l'organisation du RCCM.

### **• L'organisation du registre du commerce et du crédit mobilier.**

Il existe trois documents tenus par des autorités différentes.

- Il y a d'abord le registre du commerce tenu au greffe de la juridiction compétente sous la surveillance du président ou du juge désigné à cet effet. Ce registre comprend un registre d'arrivée et une collection des dossiers individuels (art. 21).
- Il y a ensuite un fichier national dans chaque Etat partie ; ce fichier centralise les renseignements consignés dans les registres tenus au greffe. L'Acte Uniforme ne contient aucune indication sur l'autorité chargée de gérer ce fichier national.

- Il y a enfin le fichier régional qui est tenu auprès de la Cour commune de justice et d'Arbitrage et qui centralise les renseignements consignés dans chaque fichier national.

- **Le fonctionnement du registre du commerce et du crédit mobilier.**

- **Les formalités exigées**

Il faut envisager successivement l'opération initiale c'est à dire l'immatriculation et les inscriptions postérieures.

**L'immatriculation**

Sont assujetties à l'immatriculation :

- . les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général ; la requête en vue de l'immatriculation doit être introduite dans le premier mois de l'exploitation ;
- . les sociétés et les autres personnes morales visées à l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Dès qu'une demande d'immatriculation est en état, le greffier attribue un numéro qu'il mentionne sur le formulaire remis au déclarant.

Le greffier qui a la charge du RCCM doit s'assurer sous sa responsabilité que les demandes sont complètes ; il vérifie également la conformité de leurs énonciation avec les pièces justificatives. S'il constate des inexactitudes ou s'il rencontre des difficultés, il saisit la juridiction compétente.

**Les inscriptions postérieures subordonnées au changement de situation de l'intéressé.**

L'inscription initiale doit être mise à jour. C'est ce qui explique que tous les événements qui jalonnent la vie professionnelle ou personnelle du commerçant doivent faire l'objet d'inscriptions.

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

- **la radiation**

En cas de cessation d'activité, la radiation doit être demandée.

La cessation peut être volontaire. Dans ce cas, c'est l'intéressé lui-même qui demande la radiation dans le délai d'un mois.

Elle peut aussi résulter du décès de la personne physique. Dans ce cas, il appartient aux héritiers de demander, dans le délai de 3 mois, soit la radiation, soit la modification s'ils entendent continuer l'exploitation.

Il faut signaler qu'en cas de dissolution d'une personne morale, c'est le liquidateur qui doit demander la radiation dans les délais prescrits.

- **Les effets attachés à l'accomplissement ou au défaut d'accomplissement des formalités prescrites**

- les effets de l'immatriculation

Toute personne immatriculée au RCCM est présumée avoir la qualité de commerçant.

Cette présomption est simple aussi bien que pour les personnes physiques que pour les personnes morales (art. 38 al.2).

Cette présomption n'est pas attachée à l'inscription du groupement d'intérêt économique.

- les effets du défaut d'immatriculation

La personne qui est assujettie à l'immatriculation et qui s'abstient d'y procéder ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant (art. 39 al.1) ; dans le même temps, elle supporte toutes les obligations du commerçant car elle ne peut s'abriter derrière l'absence d'immatriculation pour se soustraire aux obligations des commerçants (art.39 al.2).

Le tribunal a toujours la possibilité de rendre soit d'office, soit à la requête du greffe ou de tout intéressé, une décision enjoignant à l'intéressé de demander son immatriculation.

**Les effets du défaut de mention des faits ou actes intéressant le commerçant**

Pour les inscriptions postérieures, les rédacteurs de l'Acte Uniforme ne se préoccupent que des effets de leur défaut d'accomplissement.

L'article 40 prévoit que les faits ou actes qui auraient dû être mentionnés et qui ne l'ont pas été, ne peuvent pas être opposés par l'assujetti aux tiers et aux Administrations publiques, sauf s'il est établi que ceux-ci en ont eu connaissance. Le défaut d'inscription n'empêche pas en revanche les tiers et les administrations de s'en prévaloir.

L'Acte Uniforme a prévu, à ce niveau aussi, la possibilité pour le tribunal de faire procéder aux mentions complémentaires ou rectifications omises.

L'analyse des règles qui viennent d'être décrites révèle que le commerçant est soumis à un statut particulier. Ce, particularisme apparaît aussi lorsque l'on examine les règles applicables aux biens des commerçants.

## **B / Les biens des commerçants**

Traditionnellement le droit commercial accorde une place prépondérante aux biens incorporels : fonds de commerce, valeurs mobilières etc. les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont sacrifié à cette tradition, mais dans l'Acte Uniforme sur le droit commercial général, il n'est question que du fonds de commerce. Les articles 103 et suivants de l'AU/DCG fixent les règles applicables aux éléments, à l'exploitation et à la cession du fonds de commerce.

### **1. Les éléments du fonds de commerce**

Les rédacteurs de l'Acte Uniforme sur le Droit commercial général ont innové en donnant une définition du fonds de commerce dans l'article 103 ainsi conçu : « Le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens permettant à un commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ».

Cette entreprise n'est cependant pas sans danger, compte tenu des risques de contradiction. Cette contradiction apparaît d'ailleurs lorsque l'on combine cet article 103 avec l'article 104.

Alors que l'article 103 semble faire de la clientèle un élément extérieur au fonds de commerce, l'article 104 en fait un élément obligatoire au même titre que l'enseigne ou le nom commercial.

Cette contradiction traduit une certaine hésitation des rédacteurs de l'Acte Uniforme au moment de faire les choix.

Ceci dit on peut observer qu'à côté des éléments obligatoires que constituent la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial désignés sous le nom « fonds de commerce », il y a les éléments facultatifs énumérés à l'article 105. Ces éléments font partie du fonds de commerce s'ils sont nommément désignés .

### **2. L'exploitation du fonds de commerce**

Le fonds de commerce peut être exploité directement par le propriétaire commerçant personne physique ou morale.

Il peut aussi être exploité indirectement dans le cadre d'un contrat de location gérance. La formation d'un tel contrat est subordonnés à des conditions de fonds (art.109 et les exceptions prévues par l'article 110) et de publicité (art. 107 al.3 insertion sous forme d'extrait dans un journal d'annonces légales).

Le contrat régulièrement formé produit un certain nombre d'effets.

Le locataire gérant acquiert la qualité de commerçant et supporte les obligations qui découlent de cette qualité.

Il doit indiquer en tête de ces documents sa qualité.

Le propriétaire du fonds doit modifier son inscription au RCCM. Il est solidairement responsable avec le locataire gérant jusqu'à l'inscription du contrat (art. 112 al.1).

### **3. La cession du fonds de commerce.**

#### **a) Conditions.**

La cession du fonds de commerce est avant tout un contrat de vente. De ce fait elle obéit aux règles générales sur la vente. Elle obéit en outre aux règles spéciales prévues par l'Acte Uniforme. Il résulte de l'article 116 al.1<sup>er</sup> que la cession a obligatoirement pour objet le fonds commercial, mais qu'elle peut porter aussi sur d'autres éléments du fonds.

La cession peut être réalisée soit par acte sous seing privé, soit par acte authentique. Elle doit faire l'objet des mesures de publicité prévues par les articles 120 et 121.

#### **b) Les effets**

Il faut les étudier en examinant la situation du vendeur, celle de l'acquéreur et celle des tiers.

- **Le vendeur :**

Il est tenu de mettre le fonds à la disposition de l'acheteur à la date prévue dans l'acte de cession. L'exécution de cette obligation est cependant différée lorsque, le paiement étant prévu au comptant, l'acquéreur n'a pas entièrement réglé le prix ; il n'en serait autrement que s'il y avait une convention contraire des parties (art. 12).

Il doit s'abstenir de tout acte de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation.

Il doit garantir la possession paisible du fonds.

L'acquéreur a la possibilité de demander la résolution du contrat s'il se trouve dans les cas prévus par l'article 24.

- **l'acquéreur :**

Il a l'obligation de payer le prix au jour et au lieu fixés par l'acte de vente entre les mains du notaire ou d'un établissement bancaire désigné d'un commun accord entre les parties. Ce prix est tenu à la disposition du vendeur, lorsque dans le délai de 30 jours pendant lequel le dépositaire (notaire ou établissement bancaire) conserve les fonds en qualité de séquestre, aucune opposition n'a été notifiée.

- **les créanciers**

Les créanciers du vendeurs peuvent faire opposition dans les conditions prévues par les articles 127 et suivants.

De même, les créanciers ayant inscrit un privilège ou un nantissement ainsi que ceux qui ont régulièrement fait opposition peuvent former une surenchère du sixième du prix global du fonds de commerce figurant à l'acte de vente.

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

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

### I - Les éléments du fonds de commerce

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

#### A / Les éléments obligatoires

Selon l'article 104 alinéa 1er, le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial.

Sans ces éléments qui constituent ce que l'AU appelle le fonds commercial, le fonds de commerce n'existe pas.

#### 1. La clientèle

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

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

#### 2. Le nom commercial

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

Il est protégé par l'action en concurrence déloyale.

### 3. L'enseigne

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

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

#### B / Les éléments facultatifs

A côté des éléments obligatoires, il y a des éléments qu'on peut qualifier de facultatifs. En effet l'article 105 de l'AU donne une liste d'éléments et précise que ces éléments peuvent entrer dans la définition du fonds de commerce à condition d'être nommément désignés.

Ces éléments peuvent être regroupés en 2 catégories : les éléments incorporels et les éléments corporels.

#### 1. Les éléments incorporels

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

##### a - Les monopoles d'exploitation

Ils sont constitués par les brevets d'invention, les dessins et modèles et les marques de fabrique. Ces éléments ont pour point commun de conférer à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation d'une invention. Un monopole d'exploitation ou d'utilisation. Les brevets d'invention confèrent à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation d'une invention implique une

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

Les marques sont des signes utilisés ou que l'on se propose d'utiliser pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise.

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

L'AU ne vise pas les secrets de fabrique qui englobent toutes les innovations de taille qui relèvent de la technique industrielle courante sans révéler une activité inventive

proprement dite. Ex : le dosage.

#### b - Les licences d'exploitation

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

#### c - Le droit au bail

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

### 2. Les éléments corporels

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

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

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

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

### II - Les opérations sur le FDC

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

## A / La location gérance

Le FDC peut être exploité directement par le propriétaire commerçant PP. ou PM. Il peut être aussi exploité indirectement dans le cadre d'un contrat de location gérance comme étant «la convention par laquelle le propriétaire du FDC, PP. ou PM, en concède la location à un gérant, PP. ou PM, qui l'exploite à ses risques et périls.

### 1. Conditions de validité

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

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

Celui ci doit avoir été commerçant pendant deux ans ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société.

Il doit avoir exploité le fonds mis en gérance en qualité de commerçant pendant au moins un an.

Ces délais peuvent être réduits ou supprimés par le tribunal régional dans certains cas. Il en est ainsi lorsque l'intéressé établi qu'il a été dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de ses préposés. Celui qui concède la location gérance ne doit pas être frappé d'interdiction ou de déchéance.

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

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

### 2. Les mesures de publicité

Le locataire gérant doit se conformer aux dispositions réglementaires : l'immatriculation au RCCM. Le propriétaire du fonds s'il est commerçant, il est tenu de requérir la mention modificative de son inscription. En plus des inscriptions, il faut une insertion du contrat sous forme d'extraits dans un journal d'annonces légales. Le propriétaire du fonds a tout intérêt à ce que la publicité du contrat soit faite le plus

rapidement possible car jusqu'à l'intervention de cette mesure il est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées.

### 3. Les effets

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

#### B / La cession

##### 1. Les conditions de la cession

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

###### a - Les conditions de fond

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

Selon l'article 116 alinéa 1er la cession porte obligatoirement sur le fonds commercial. Rien ne s'oppose cependant à ce que la cession porte aussi sur d'autres éléments du FDC. Il existe d'autres règles applicables au prix. Les rédacteurs de l'AU veulent que le prix soit sincère c'est pourquoi il condamne les pratiques de la dissimulation d'une partie du prix en déclarant nulle toute contre-lettre ou convention ayant pour objet de dissimuler une partie du prix de cession.

###### b - Les conditions de forme

Selon l'article 117 alinéa 1er, la vente d'un FDC peut être réalisée soit par acte SSP, soit par acte authentique. Ce texte est complété par l'article 118 qui prévoit un certain nombre de mentions devant figurer dans l'écrit :

Eléments d'identification du vendeur et de l'acquéreur ;

Numéro d'immatriculation au RCCM ;

Origine de la propriété du précédent vendeur, s'il y a lieu ;

Etat des privilèges nantissement et inscription grevant le fonds ;

Chiffre d'affaire réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation ou depuis l'acquisition du fonds si celui ci n'est pas exploité depuis trois ans ;

Résultats commerciaux réalisés pendant la même période ;

Date et durée du bail ;

Prix convenu ;

La situation et les éléments du fonds vendu ;

Le nom et l'adresse de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre si la vente a eu lieu par acte SSP.

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

Mais une telle analyse ne peut être retenue. En effet dans les contrats solennels l'absence d'écrit entraîne la nullité absolue.

Hors en matière de vente de FDC la nullité est relative. Elle ne peut être prononcée que sur la demande de l'acquéreur qui doit agir dans le délai d'un an et prouver que l'omission ou l'inexactitude a substantiellement affecté la consistance du fonds et il a subi un préjudice de ce fait.

## 2. La publicité de la cession

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

L'article 120 prévoit ainsi 2 copies certifiées conformes par le vendeur et l'acquéreur au RCCM. Quant à l'article 121, il prévoit une formalité de publicité dans les 15 jours qui suivent la vente publiée, l'acte sous forme d'avis dans un J.A.L paraissant au lieu où le vendeur est immatriculé. Le vendeur et l'acquéreur doivent procéder à la mention modificative correspondante au RCCM.

## 3. Les effets de la cession

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

### a - La situation des vendeurs

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

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

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

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

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

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

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

### **• L'obligation de garantie**

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

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

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

Il y a enfin la garantie du fait personnel. Selon l'article 123 alinéa 1er, le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui serait de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation du fonds vendu. Il ne doit pas en quelque sorte se rétablir dans les conditions telles qu'il serait en mesure de conserver tout ou partie de la clientèle.

D'ailleurs très souvent les parties insèrent dans leur contrat une clause de non-rétablissement précisant les obligations du vendeur. Ces clauses ne sont cependant

valables que si elles sont limitées soit dans le temps, soit dans l'espace. L'article 123 alinéa 2 précise qu'une seule de ces limitations suffit pour rendre la clause valable.

## **2°) Les obligations de l'acquéreur**

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

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

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

D'une part la notification de celle ci aux créanciers inscrits sur le fonds ;

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

Selon l'article 136 alinéa 3, la juridiction compétente pour prononcer la résolution de la vente est la juridiction où est inscrit le vendeur du fonds. Il convient de signaler que le vendeur dispose de privilège sur le FDC lorsque le prix n'est pas payé comptant. Ce privilège doit être inscrit au RCCM.

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

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

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

C'est pourquoi l'AU donne le droit de faire opposition dans le délai de 30 jours à compter de la publication de la vente dans un JAL. L'opposition a pour effet de rendre

indisponible le prix de vente jusqu'à la main levée.

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

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

A côté de l'opposition, il existe une autre institution permettant de sauvegarder les droits des créanciers : c'est la surenchère.

Selon l'article 131 de l'AU «tout créancier ayant inscrit un privilège ou un nantissement ou ayant régulièrement fait opposition peut dans le délai d'un mois à compter de la publicité de la vente dans un JAL former une surenchère du sixième du prix global du fonds figurant à l'acte de vente ».

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

## C / Le nantissement du FDC

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

### 1. Les conditions

#### a - Conditions de fonds

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

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

#### b - Conditions de forme

Le nantissement doit faire l'objet d'un écrit qui peut être soit un acte authentique, soit un acte SSP dûment enregistré. Cet écrit doit à peine de nullité comporter les mentions

énumérées dans l'article 70 de l'AU/Sûretés.

## 2. Les règles de publicité

Le nantissement doit faire l'objet d'une inscription au RCCM. Lorsqu'il porte sur des brevets d'inventions, des marques de fabrique, des dessins ou modèles ou sur le matériel, le créancier doit en plus de l'inscription de la sûreté effectuer la publicité prévue par les dispositions relatives à la propriété intellectuelle et les dispositions de l'AU sur le nantissement du matériel. Le créancier doit enfin notifier au bailleur de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds le bordereau d'inscription.

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

## 3. Les effets

Le nantissement confère au créancier inscrit un droit de surenchère qu'il peut exercer conformément aux dispositions prévues pour la vente du FDC, un droit de suite et un droit de préférence. Le propriétaire du fonds qui entend déplacer celui-ci doit au moins 15 jours à l'avance notifier au créancier inscrit son intention en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend choisir.

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

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

La résiliation ne peut être remise d'un délai de deux mois suivant la notification.

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

Dans la plupart des législations auxquelles l'Acte uniforme sur la droit commercial général va se substituer, il n'y avait pas de dispositions propres à la vente commerciale. Par exemple, dans un pays comme le Sénégal, le législateur a, certes, minutieusement réglementé, dans les articles 264 à 371 du COCC le contrat de vente, mais aucun de ces textes n'a pour objet de réglementer spécifiquement et exclusivement la vente commerciale.

L'originalité de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général c'est de renfermer un corps de règles destinées à régir la seule vente commerciale.

Ces règles qui sont contenues dans les articles 208 à 288 et qui sont inspirées par la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, dérogent, sur bien des points, au droit commun de la vente. C'est pourquoi les rédacteurs de l'Acte uniforme ont pris soin de délimiter avec précision leur champ d'application.

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

La vente de marchandises doit s'entendre, au sens de ce texte, de la vente de meubles corporels à l'exclusion des immeubles et des biens incorporels : c'est en tout cas le sens que l'on donne à l'expression "vente de marchandises" dans la convention de Vienne qui sert de source d'inspiration aux rédacteurs de l'Acte uniforme.

Sont expressément exclues du champ d'application de la législation sur la vente commerciale, les ventes visées à l'article 203. On retrouve les mêmes exclusions dans la convention de Vienne et l'on explique cela par la volonté d'éviter tout conflit avec les législations nationales.

Les ventes qui échappent au domaine de cette législation sont :

1° Les ventes aux consommateurs. On entend par consommateurs, au sens de l'Acte uniforme, la personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Dans la convention de Vienne, l'exclusion s'explique par le souci d'éviter tout conflit avec les législations nationales de protection des consommateurs.

2° Les ventes sur saisies ou aux enchères. Les ventes dans le cadre d'une procédure de saisie ont été exclues de la convention de Vienne, car elles diffèrent des transactions commerciales, les parties n'en maîtrisant ni la négociation, ni l'opération.

Les ventes aux enchères ne sont pas soumises à la convention de Vienne, car elles sont fréquemment régies par des dispositions spécifiques du droit national et présentent des particularités relativement à la conclusion du contrat.

3° Les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaies ou devises et les cessions de créances.

A cette liste contenue dans l'article 203, il faut ajouter les contrats visés par l'article 204 ; ce texte prévoit en effet que les dispositions de l'Acte uniforme régissant la vente commerciale ne s'appliquent pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit la marchandise consiste dans une fourniture de main d'œuvre ou d'autres services.

Si, par exemple, un contrat a pour objet la vente de marchandises et une prestation de services, il faut se demander si cette prestation de service constitue ou non une part prépondérante de l'obligation du vendeur. Le critère qui pourrait être utilisé, c'est la valeur respective des différents éléments. Le contrat ne serait pas soumis à l'Acte uniforme si la valeur de la prestation de service est plus importante.

Les règles fixées par les articles 202 et suivants de l'Acte uniforme ne s'appliquent qu'aux ventes commerciales, mais elles ne sont pas les seules à s'y appliquer.

En effet, l'article 205 prévoit l'application des règles du droit commun en la matière. Il faut déduire de ce renvoi l'applicabilité des règles qui, dans chaque Etat signataire du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, régissent la vente en général.

Toutefois, s'il y a contrariété, entre les dispositions de l'Acte uniforme et celles de la loi nationale ayant le même objet, les premières l'emportent face aux secondes ; c'est ce qui résulte de la combinaison des alinéas 1 et 2 de l'article 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme.

Les dispositions de l'Acte uniforme et les dispositions non contraires de la loi nationale doivent donc être combinées avec les usages auxquels renvoie l'article 207 pour analyser la formation et les effets de la vente commerciale.

## **I/ LA FORMATION DU CONTRAT**

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

### **A/ Le mécanisme de formation du contrat.**

L'examen des législations nationales révèle qu'il n'y a, de manière générale, aucune disposition spécifique applicable au seul mécanisme de formation de la vente. Il y a donc lieu de se référer aux règles régissant le mécanisme de formation des contrats en général. Le mérite des rédacteurs de l'Acte uniforme est d'avoir décrit le mécanisme de formation du contrat de vente commerciale en définissant avec précision l'offre et l'acceptation.

## **1) L'offre.**

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

Si la deuxième condition ne semble pas poser de problème particulier, il n'en est pas de même de la première. C'est pourquoi les rédacteurs de l'Acte uniforme ont pris le soin de la définir en ces termes : une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer (article 210 al.2).

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

Il peut être difficile de déterminer le moment où l'offre parvient au destinataire. C'est ce qui explique que les rédacteurs de l'Acte uniforme aient senti la nécessité de donner quelques indications sur cette question. A cet égard, l'article 218 prévoit que l'offre, comme d'ailleurs toute manifestation d'intention, est « est considérée comme étant 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 ».

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

La révocation peut intervenir dans deux cas :

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

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

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

## **2) L'acceptation.**

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

Le silence ou l'inaction, à eux seuls, ne peuvent valoir acceptation. Cette règle est différente de celle qui s'applique au droit commun des contrats dans certaines législations. Par exemple au Sénégal, l'article 81 al. 3 du COCC prévoit que le silence

vaut acceptation lorsque les relations d'affaires existant entre les parties les dispensent de toute autre manifestation de volonté.

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

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

L'Acte uniforme a consacré, semble-t-il, la théorie de la réception qui veut que l'acceptation, pour être efficace, parvienne à l'offrant. Ce choix s'explique par la volonté de ses rédacteurs de ne pas faire dépendre la formation du contrat de la seule volonté du destinataire de l'offre.

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

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

En revanche, si elle contient des additions, des limitations ou autres modifications, elle équivaut à un rejet de l'offre et constitue une contre-offre que le pollicitant doit accepter pour que le contrat soit formé.

Le destinataire qui se ravise peut rétracter son acceptation dans les conditions prévues par l'article 216. Il résulte de ce texte que la rétractation doit parvenir à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet.

## **B/ Les conditions de validité**

### **1) Les conditions de fond.**

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

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

Il résulte de ce texte que la volonté et le comportement d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci, lorsque l'autre connaissait ou ne pouvait

ignorer cette intention. A défaut, ils doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie placée dans la même situation, leur aurait donnés.

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

## **2) Les conditions de forme.**

Aucune condition de forme particulière n'est exigée. En dispensant les parties des conditions de forme particulières, les rédacteurs de l'Acte uniforme manifestent leur attachement au principe du consensualisme.

Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement dans un secteur dominé par l'impératif de rapidité. Rien ne s'oppose cependant à ce que les parties aient recours à un écrit. D'ailleurs l'Acte uniforme prévoit expressément que le contrat peut être verbal ou écrit.

Il est à parier que dans certains secteurs, le recours à l'écrit sera fréquent. En effet, la gestion de certaines entreprises, l'utilisation des ordinateurs et le suivi des opérations ne peuvent se faire sans document écrit.

Lorsque l'on parle d'écrit dans l'Acte uniforme, il ne s'agit pas seulement de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé. Selon l'article 204, le terme « écrit » doit s'entendre de toute communication utilisant un support écrit y compris le télégramme, le télex, ou la télécopie.

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

## **II. LES EFFETS DU CONTRAT.**

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

### **A/ La situation des parties.**

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

## **1. Les obligations des parties.**

### **a) Le vendeur**

Le vendeur assume une obligation de livraison, une obligation de conformité et une obligation de garantie. L'Acte uniforme, contrairement à certaines législations, ne met pas à la charge du vendeur, l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue. Cela signifie que la propriété de la chose est transférée à l'acquéreur dès la formation du contrat.

#### **• L'obligation de livraison.**

le vendeur doit livrer les marchandises et remettre, s'il y a lieu, les documents s'y rapportant. L'Acte Uniforme contient une réglementation très détaillée en ce qui concerne le lieu et le moment de la livraison.

##### **- Le lieu de livraison**

Il est possible que le contrat ait prévu un lieu déterminé ; dans ce cas, la livraison doit y être effectuée (article 220). A défaut, le vendeur doit tenir les marchandises à la disposition de l'acquéreur au lieu de fabrication, de stockage ou de son principal établissement (celui du vendeur), sauf si le contrat prévoit un transport desdites marchandises. Dans le cas où le vendeur est obligé de prendre des mesures pour le transport des marchandises, il doit conclure les contrats nécessaires pour que ce transport soit effectué jusqu'au lieu prévu et ce, par les moyens de transport appropriés et selon les conditions d'usage.

Il doit par ailleurs fournir les renseignements nécessaires permettant à l'acheteur de souscrire une assurance transport s'il n'est pas obligé lui-même de conclure un tel contrat.

##### **- Le moment de la livraison**

Il est fixé par l'article 222. Il résulte de ce texte que le vendeur doit livrer les marchandises à la date fixée par le contrat ou à celle qui est déterminable par référence au contrat. Si une période de temps est fixée ou déterminée par référence au contrat, la livraison peut avoir lieu à un moment quelconque au cours de cette période.

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

L'Acte uniforme ne comporte aucune disposition interdisant au vendeur de demander un délai de grâce.

- **L'obligation de conformité.**

Le vendeur doit livrer les marchandises dans la quantité, la qualité, la spécification, le conditionnement et l'emballage correspondant à ceux prévus au contrat. Sauf stipulations contraires, les marchandises ne sont considérées comme conformes au contrat que si :

- elles sont propres à l'usage auquel servent habituellement les marchandises de même type ;
- elles sont propres à tout usage spécial qui a été à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat ;
- elles possèdent les qualités d'une marchandise dont le vendeur a remis à l'acheteur l'échantillon ou le modèle ;
- elles sont emballées ou conditionnées selon le mode habituel prévu pour des marchandises de même type ou, à défaut de mode habituel, de manière propre à les conserver et à les protéger.

Le vendeur est responsable de tout défaut de conformité existant au moment du transfert des risques, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement (article 225). Cependant, il peut toujours réparer son manquement en cas de livraison anticipée (article 226). ; en effet il peut dans ce cas, et jusqu'à la date normale de livraison (celle qui est prévue dans le contrat), soit livrer une partie ou une quantité manquante ou des marchandises nouvelles en remplacement des marchandises non conformes, soit réparer tout défaut de conformité à condition que cela ne cause ni dommage, ni frais à l'acheteur.

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

- **L'obligation de garantie**

Elle est double :

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

Le vendeur doit, d'autre part, la garantie du vice caché de la chose vendue.

Cette garantie profite à l'acheteur contre le vendeur, mais aussi au sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire pour le vice caché affectant la chose dès sa fabrication.

Une clause de limitation de garantie peut être insérée dans le contrat. Le vendeur ne peut cependant la mettre en œuvre qu'en établissant que l'acheteur en a connu et accepté l'existence lors de la conclusion de la vente. On peut douter de l'efficacité de cette règle pour la protection de l'acquéreur. Comme on l'a fait observer, des clauses de ce genre sont souvent stipulées par les vendeurs et rédigées par eux ; de ce fait, elles constituent un danger pour l'acheteur lorsqu'il ne fait qu'adhérer au contrat ; de plus, elles sont fréquemment insérées dans des documents où elles ne ressortent pas avec la clarté que requiert leur importance.

## **b) l'acquéreur**

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

### **• Le paiement du prix**

L'acquéreur doit, non seulement payer le prix, mais aussi prendre toutes les mesures ou accomplir toutes les formalités destinées à permettre de le payer. (article 234). Si par exemple, le paiement implique un transfert de fonds à l'étranger, l'acquéreur doit prendre les dispositions nécessaires pour obtenir les autorisations exigées en matière de contrôle des changes.

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

Selon l'article 237, le lieu du paiement c'est sauf stipulation contraire, l'établissement du vendeur ou, dans certains cas, le lieu de la livraison ou de la remise de la marchandise.

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

Pour s'assurer que l'acheteur va s'exécuter, le vendeur peut faire du paiement du prix une condition de la remise des marchandises ou documents (art. 238 al.3). De même, si le contrat implique un transport des marchandises, il peut effectuer l'expédition en subordonnant la remise des marchandises ou des documents représentatifs au paiement du prix convenu et au remboursement des dépenses de conservation.

L'acheteur, en ce qui le concerne, a le droit d'examiner les marchandises avant le paiement. Il n'est pas tenu de payer avant d'en avoir eu la possibilité.

### **• La prise de la livraison**

Elle implique de la part de l'acquéreur deux initiatives :

- d'une part, l'accomplissement tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison ; par exemple, en précisant au vendeur les caractéristiques des marchandises, en facilitant l'accès au local où elles doivent être entreposées ou en mettant à la disposition du vendeur le personnel nécessaire ;
- d'autre part, le retrait des marchandises.

Si l'acquéreur tarde à prendre livraison des marchandises, le vendeur doit prendre les mesures nécessaires raisonnables pour en assurer la conservation ; il sera fondé alors à les retenir jusqu'au remboursement des frais de conservation ; (article 241 Acte Uniforme). L'Acte uniforme comporte quelques précisions en ce qui concerne cette obligation de conservation. Le vendeur peut notamment déposer les marchandises dans les magasins d'un tiers aux frais de l'acquéreur à condition que ces frais soient raisonnables ou les vendre par tous moyens appropriés.

## **2. L'inexécution des obligations**

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

### **a) Les règles générales**

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

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

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

On peut noter là aussi, le caractère préventif de cette mesure qui est assez inhabituel.

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

Il y a lieu de souligner ici que la résolution n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends.

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

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

- La mise en œuvre de l'action

L'article 274 al. 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme soumet les actions en matière de vente commerciale à une courte prescription. Celle-ci est de 2 ans ; son point de départ c'est la date à laquelle l'action peut être exercée. N'étant pas d'ordre public, elle ne peut être opposée que par la partie qui y a intérêt.

## **b) Les règles spéciales.**

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

L'inexécution des obligations du vendeur est prévue par les articles 249 à 255. Ces textes visent les manquements dans les livraisons successives, le défaut de conformité etc. Il convient d'observer ici que le problème de l'inexécution de certaines obligations du vendeur est traité dans la section III consacrée à la sanction de l'inexécution des obligations de l'acheteur (V. par exemple les articles 260, 261 et 262 consacrés respectivement au défaut de conformité des marchandises, à la livraison partielle ou à la livraison avant la date prévue). L'inexécution des obligations de l'acheteur est prévue par les articles 256 et suivants.

## **B/ Le sort des marchandises**

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

### **1) Le transfert de propriété**

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

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

Cette clause n'aura d'effet entre les parties que si l'acheteur en a eu connaissance par sa mention dans le contrat de vente, le bon de commande, le bon de livraison, et au plus tard le jour de cette livraison.

Vis à vis des tiers, la clause de réserve de propriété ne sera opposable que si elle a été régulièrement publiée au registre du commerce et du crédit mobilier conformément aux dispositions du Livre II de l'Acte Uniforme. Le vendeur qui accomplit cette formalité de publicité est particulièrement bien protégé, car il pourra s'en prévaloir, à notre avis, même à l'égard du tiers de bonne foi.

## **2) Le transfert des risques**

Selon l'article 285 al. 1<sup>er</sup>, le transfert de propriété entraîne le transfert des risques.

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

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

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

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

Cette solution est sévère pour l'acheteur qui supporte les risques lorsque les marchandises sont perdues ou détériorées sans que les parties en aient connaissance au moment du contrat.

Lorsque la vente porte sur des marchandises non encore individualisées, le transfert des risques n'intervient qu'après leur identification, car elles ne sont réputées avoir été mises à la disposition de l'acheteur que lorsqu'elles ont été clairement identifiées aux fins du contrat (article 288).

L'Acte uniforme relatif au droit commercial général définit les intermédiaires de commerce comme ceux qui ont le pouvoir d'agir habituellement et professionnellement pour le compte d'autres personnes afin de conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial.

Trois types d'intermédiaire sont visés par l'Acte uniforme : les commissionnaires, les agents commerciaux, les courtiers.

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

### **I Les règles communes.**

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

#### **A / Le Statut des intermédiaires**

Ils sont tous commerçants (art 138 Al. 1er). Il doit à ce titre remplir toutes les conditions prévues par les articles 6 à 12 de l'AU. Ils peuvent être personnes physiques. ou personnes morales.

#### **1. La Constitution et l'étendue des pouvoirs**

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

En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs, elle est fixée, en l'absence de stipulations contractuelles, par la nature de l'affaire.

Selon l'article 146 de l'AU, les intermédiaires peuvent notamment accomplir les actes juridiques nécessaires à l'exécution de leur mandat. Le mandat ne comporte pas cependant le pouvoir d'accomplir certains actes en l'absence de pouvoir spécial. Ils ne peuvent notamment, s'ils n'ont pas reçu de pouvoir spécial, engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, faire des donations.

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

### **a) Le sort des actes accomplis**

Il s'agit ici de voir les effets des actes accomplis vis à vis des tiers. Pour analyser ces effets, il faut distinguer trois situations :

L'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de son pouvoir et dans les conditions où les tiers connaissaient ou étaient censés connaître sa qualité d'intermédiaire. Dans ce cas, ces actes lient directement le représenté et le tiers, à moins qu'il ne résulte des circonstances de l'espèce que l'intermédiaire a entendu s'engager personnellement.

L'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de ses pouvoirs mais le tiers ignorait ou n'était pas censé connaître la qualité de l'intermédiaire. Dans ce cas, c'est l'intermédiaire qui est personnellement engagé.

L'intermédiaire agit sans pouvoir ou excède ses pouvoirs. Dans ce cas, ses actes ne lient ni le représenté, ni le tiers. Il n'en serait autrement que si le comportement du représenté avait conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi que l'intermédiaire avait le pouvoir d'agir pour son compte.

Dans cette dernière hypothèse, le représenté ne peut se prévaloir, à l'égard du tiers, du défaut de pouvoir de l'intermédiaire.

Lorsqu'il agit sans pouvoir ou en dehors des limites de ses pouvoirs, l'intermédiaire est tenu d'indemniser le tiers afin de le rétablir dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte avait été accompli avec les pouvoirs nécessaires. Le représenté peut cependant ratifier l'acte accompli par l'intermédiaire qui agit sans pouvoir ou en dehors des limites de ses pouvoirs. Dans cette hypothèse, l'acte ratifié produit les mêmes effets que s'il avait été accompli en vertu d'un pouvoir.

### **b) Les obligations des parties**

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

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

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

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

d'exécution défectueuse, il doit indemniser le représenté pour le dommage subi.

## **B / La Fin du mandat**

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

L'article 156 vise les causes de cessation suivantes :

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

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

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

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

## **II Les règles propres à chaque catégorie d'intermédiaire.**

### **A / Les règles propres aux commissionnaires.**

Elles sont fixées par les articles 160 à 175. Selon l'article 160, le commissionnaire, en matière de vente ou d'achat, est celui qui se charge d'opérer, en son propre nom, mais pour le compte du commettant, à la vente ou à l'achat de marchandises moyennant une commission.

Le contrat de commission fait naître des obligations à la charge du commissionnaire et du commettant.

#### **1) Les obligations du commissionnaire :**

Le commissionnaire doit exécuter conformément aux directives du commettant les opérations faisant l'objet du contrat.

Il doit agir avec loyauté pour le compte du commettant. C'est pourquoi il lui est interdit d'acheter pour son propre compte les marchandises qu'il est chargé de vendre ou de vendre ses propres marchandises à son commettant.

Il doit donner au commettant tout renseignement utile relatif à l'opération. Il doit

sauvegarder les droits de recours contre le transporteur, lorsque les marchandises expédiées pour être vendues en commission se trouvent dans un état manifestement défectueux.

Il doit faire vendre les marchandises lorsqu'il y a lieu de craindre une détérioration rapide.

Il doit vendre au prix fixé par le commettant. S'il vend à un prix inférieur, il est tenu de la différence envers le commettant.

## **2) Les obligations du commettant :**

Le commettant doit payer une rémunération ou une commission, et celle-ci est due lorsque le mandat est exécuté. Quel que soit le résultat donc elle est due ; il en est ainsi même si l'opération est déficitaire.

Il doit rembourser les frais et débours normaux exposés par le commissionnaire et qui se sont révélés nécessaires.

Pour garantir le paiement des sommes auxquelles il a droit, le commissionnaire peut exercer un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient.

## **B/ Les règles propres aux courtiers:**

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

### **1) Les obligations :**

Le courtier doit demeurer indépendant à l'égard des parties et s'abstenir d'intervenir personnellement dans une transaction sans l'accord de celles-ci.

Il doit faire tout ce qui est utile pour la conclusion du contrat.

Il doit donner aux parties tout renseignement utile à la conclusion de l'accord.

Il doit s'abstenir de réaliser des opérations de commerce pour son propre compte.

### **2) Les droits :**

Le courtier a droit à une rémunération constituée par un pourcentage du montant de l'opération. La rémunération est supportée par le donneur d'ordre. Si c'est le vendeur

qui est donneur d'ordre, cette rémunération ne peut être supportée même partiellement par l'acquéreur. Elle vient, dans ce cas, en déduction du prix normal encaissé par le vendeur. Si l'acheteur est seul donneur d'ordre, il supporte la rémunération qui vient s'ajouter au prix. La rémunération est due dès que l'indication donnée par le courtier ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat.

La rémunération n'est pas due si le courtier a agi dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations à l'égard de son donneur d'ordre ou s'il s'est fait remettre, à l'insu de ce dernier, une rémunération par le tiers contractant.

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

### **C/ Les règles propres aux agents commerciaux :**

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

#### **1) Les obligations :**

L'agent commercial a une obligation de loyauté et un devoir d'information. Ces obligations pèsent ainsi sur le mandant.

Il a l'obligation de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat soit par le mandant, soit par un tiers pour le compte du mandant. Cette obligation qui au demeurant pèse aussi sur le mandant ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de rétention.

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

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

#### **2) Les droits :**

L'agent commercial a droit à une rémunération qui, dans le silence du contrat, prend la forme d'une commission calculée conformément aux usages pratiqués dans le secteur d'activité couvert par le mandat.

Il a droit au remboursement des frais et débours qu'il a assumé en vertu d'une instruction spéciale du mandant. Ce droit au remboursement ne couvre pas les frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité.

En cas de cessation de ses relations avec le mandant, il a droit à une indemnité compensatrice. Cette indemnité n'est pas due lorsque l'agent commercial se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 198 :

La cessation des relations provoquée par une faute grave de l'AC ;

La cessation du contrat résultant de son initiative ;

La cession, à des tiers et avec l'accord du mandant, des droits et obligations résultant du contrat d'agence.