



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

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



BURKINA FASO

MINISTRE DE LA JUSTICE

INVESTMENT CLIMATE FACILITY (I.C.F)

PROJET « CREATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, FORMATION DES MAGISTRATS »

FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO

THEME : LE DROIT COMMERCIAL ET LES DROIT DES TECHNOLOGIES
DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

du 22 au 26 novembre 2010

LE DROIT DE LA DISTRIBUTION

Par

Pr. SAKHO Abdoulaye

*Professeur Agrégé des Facultés de Droit,
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
l'Université Cheick Anta DIOP de Dakar
(Sénégal)*

ERSUMA. 02 B.P 353 Porto-Novo République du Bénin Tél. : (229) 20 24 58 04 ³

Fax. : (229) 20.24-82.82 E-mail; / ersuma@ohada.org / eersuma@yahoo.fr

Site Web : www.ohada.org/ersuma.html

DEUXIEME PARTIE

LES CIRCUITS DE DISTRIBUTION

Abdoulaye SAHABO

LES PROFESSIONNELS DE L'INTERMEDIATION COMMERCIALE

Les intermédiaires indépendants

Les intermédiaires occasionnels : commissionnaires et courtiers

Les intermédiaires permanents : agents commerciaux

Les intermédiaires subordonnés

Ce sont les VRP qui relèvent du droit du travail

LES DISTRIBUTEURS REVENDEURS

Analyse générale

La concession commerciale

La franchise commerciale

LES PROFESSIONNELS DE L'INTERMEDIATION COMMERCIALE

Il existe deux grandes catégories d'intermédiaire car les circuits de vente s'appuient fondamentalement sur deux techniques différentes :

* Dans le premier cas, le fabricant ou le grossiste s'adresse à un intermédiaire auquel il donne mission de le représenter et leur relation aura pour support, un contrat d'entremise. C'est cette relation qu'organise l'Acte Uniforme sur le Droit commercial lorsqu'il parle des intermédiaires de commerce

* Dans le second cas, le commerçant distributeur achète les produits et marchandises au fabricant ou au grossiste et les revend pour son propre compte ; cette hypothèse relève de la distribution commerciale qui sera envisagée dans le chapitre II ci-dessous.

En conséquence, nous nous limiterons ici aux professionnels de l'intermédiation qui, interposés entre le fabricant et l'utilisateur, ont pour mission de rapprocher les contractants (vendeurs / acheteurs, importateurs / exportateurs).

- Ces professionnels sont parfois extérieurs à l'entreprise et se chargent soit occasionnellement, soit de manière permanente d'aider à la distribution des produits : ce sont les **intermédiaires indépendants**, ou les **intermédiaires commerçants** de l'Acte Uniforme.

- Mais il arrive souvent que le fabricant ou le grossiste cherche à commercialiser ses produits en faisant appel à des intermédiaires auxquels il est étroitement lié : ces derniers sont des collaborateurs permanents de l'entreprise dans la mesure où ils se retrouvent dans des liens de subordination, ce sont les **intermédiaires subordonnés** dont la situation est régie par le COCC.

En définitive, nous verrons successivement les intermédiaires indépendants, puis les intermédiaires subordonnés.

LES INTERMEDIAIRES INDEPENDANTS.

Ce sont les intermédiaires commerçants régis par l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général : le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial. Les deux premiers sont des intermédiaires occasionnels auxquels le producteur ou le fabricant s'adresse au coup par coup alors que, l'agent commercial est lui chargé de façon permanente de sa mission.

Il convient en conséquence d'étudier ces professionnels indépendants en voyant d'abord les intermédiaires occasionnels, puis les intermédiaires permanents.

Les intermédiaires occasionnels

Ces intermédiaires ne disposent pas de contrat permanent avec le producteur ou grossiste. Ce sont des courtiers ou des commissionnaires. Mais les deux professions méritent d'être soigneusement distinguées : alors que le courtier rapproche deux contractants sans intervenir lui-même à la convention, le commissionnaire conclut le contrat en son nom mais pour le compte du commettant. Pour cette raison, nous allons les voir successivement dans l'ordre envisagé par l'Acte Uniforme lui-même ; à savoir le commissionnaire d'abord puis le courtier.

Les commissionnaires (art. 160 à 175 A.U)

Les commissionnaires sont des intermédiaires non permanents qui font des opérations commerciales pour le compte d'autrui, mais en leur propre nom.

Le contrat de commission est largement utilisé et s'est beaucoup diversifié. Ainsi, il existe plusieurs catégories de commissionnaires. En effet, le commissionnaire peut se charger de vendre, d'acheter, d'expédier ou de réexpédier des marchandises, ou encore d'accomplir les formalités douanières requises pour l'entrée et la sortie des marchandises. Chacune de ces catégories est envisagée dans l'Acte Uniforme. Il existe toutefois des types de commission qui sont très réglementés (commissionnaire en bourse). En tout état de cause, ce sont les règles de l'Acte Uniforme qui permettent de définir la nature et le régime juridiques du contrat de commission.

La nature juridique du contrat de commission

La commission est un mécanisme de représentation imparfaite, de nature commerciale et conclut *intuitus personae*.

- **Un mécanisme de représentation imparfaite**

La commission est tout d'abord un mécanisme de représentation puisque le commissionnaire est un intermédiaire qui agit pour le compte du commettant.

Mais, cette représentation est imparfaite puisque le commissionnaire intervient personnellement à l'acte qu'il est chargé de conclure. En effet, il ne traite pas au nom de son mandant, mais en son propre nom.

En cela, la commissionnaire se distingue de l'agent commercial qui agit au nom de l'entreprise qu'il représente et du courtier qui, lui, se borne à rapprocher les contractants sans traiter directement.

- **Un contrat commercial**

Le commissionnaire exerce une activité qui est expressément visée dans l'énumération de l'article 3 de l'Acte Uniforme sur les actes de commerce. En outre, l'art. 138 du même Acte Uniforme considère l'intermédiaire de commerce comme un commerçant

Il en résulte que le contrat de commission est soumis au régime des actes de commerce.

- **Un contrat intuitus personae**

Le contrat de commission présente un caractère personnel. Donc, il prend fin si un événement grave affecte la personne de l'un des contractants (décès, incapacité...).

Par ailleurs, le commissionnaire ne pourrait se substituer un autre commissionnaire sans l'accord du commettant.

Le contrat est conclu dans l'intérêt des deux parties, ce qui explique en substance son régime

⋮

Le régime juridique du contrat de commission

Ce régime doit être défini tant dans les rapports du commettant et du commissionnaire, que dans ceux du commissionnaire et des tiers.

Dans les rapports du commettant et du commissionnaire

Il faut distinguer les obligations du commissionnaire de ceux du commettant.

Tout d'abord les **obligations du commissionnaire**. Il est assujéti à des obligations principales et à des obligations spéciales. En outre, il est possible d'accroître ses engagements, en adjoignant au contrat des stipulations particulières, c'est l'objet de la convention du croire.

Les obligations générales ou principales

Le commissionnaire est tenu à des obligations générales positives et négatives.

Au titre des obligations positives, il est d'abord tenu de conclure l'opération pour laquelle il a été mandaté (art. 160 al1).

C'est une simple obligation de moyens qui le contraint à tout mettre en œuvre pour satisfaire les ordres de son client (art. 162).

Ainsi, par exemple, le commissionnaire acheteur aura le devoir d'informer son commettant de l'état du marché, de vérifier l'état de la marchandise, d'en payer le prix fixé par le commettant (art. 163).

Il peut même « contraindre le commettant à ratifier une opération passée à des conditions plus onéreuses pour lui, soit en versant la différence si les instructions étaient impératives, soit, dans les autres cas, en tenant le commettant informé des incidents d'exécution de la commission »

Dans un second temps, le commissionnaire doit aussi rendre compte de sa mission au commettant. Cette exigence est assez stricte (plus stricte qu'en droit commun du mandat) car le commettant doit être en mesure d'apprécier que le commissionnaire a agi au mieux de ses intérêts et n'a pas tiré un profit personnel de l'opération.

Au titre des obligations négatives.

Tout d'abord, il lui est interdit de se porter contrepartie, c'est-à-dire de traiter l'affaire pour son propre compte : acheter pour lui la marchandise qu'il est chargé de vendre ou vendre celle qu'il doit acheter (art. 162 al2). Toutefois, l'interdiction peut être levée si le contrat l'autorise expressément à être contrepartiste.

En second lieu, le commissionnaire est responsable de la non exécution ou de la mauvaise exécution de sa mission, ce qui l'expose à des dommages et intérêts au profit du commettant.

Les obligations spéciales

Elles sont spéciales à certains commissionnaires.

* Le **commissionnaire à la vente** assure la conservation et la livraison des marchandises qui lui sont confiées (art. 167).

* Le **commissionnaire à l'achat** prend livraison de la marchandise, en assure la conservation et la délivrance au commettant. Ces opérations sont aux frais du commettant.

* Le **commissionnaire de transport** répond, en vertu de son contrat, de l'arrivée de la marchandise dans le délai fixé, des avaries et des pertes, sauf cas de force majeure (art. 173)

* Le **commissionnaire en douane** (art. 174).

Les obligations complémentaires : la convention ducroire

Définition : lorsque le commissionnaire est « ducroire », il garantit l'exécution du contrat par le cocontractant : par exemple dans le cas d'une commission de vente, le commissionnaire garantit le paiement du prix par l'acheteur

Selon l'article 170 A. U : « le commissionnaire peut garantir à son commettant l'exécution du contrat. Il doit alors payer personnellement au commettant le prix convenu ou lui procurer l'avantage qu'il pouvait attendre de l'opération.

La convention de ducroire résulte de l'accord des parties ou des usages.

La force majeure, ou la faute du commettant exonère le ducroire de l'inexécution de son obligation personnelle ».

Effets : le commissionnaire est tenu de garantir à son commettant l'exécution de ses obligations par le cocontractant. A défaut, il sera tenu personnellement soit de payer le prix convenu, soit de procurer l'avantage escompté.

Il ne peut être libéré de cette obligation qu'en cas de force majeure ou de faute du commettant.

En contrepartie de cette obligation personnelle, le ducroire est rémunéré par l'octroi d'une commission généralement égale au double de celle qui était prévue.

Les obligations du commettant

Le commettant est tenu vis à vis du commissionnaire d'obligations financières (art.164 et 165) et pour la réalisation de ces obligations, l'Acte Uniforme octroie au commissionnaire le bénéfice d'un droit de rétention à titre de garantie.

*** La rémunération du commissionnaire**

Selon l'art. 164 « le commettant est tenu de verser au commissionnaire une rémunération ou commission, qui est due dès lors que le mandat est exécuté, et ce, que l'opération soit bénéficiaire ou non ». Le montant de cette commission est généralement proportionnel à l'importance du contrat. Il est déterminé par les usages ou la convention des parties. Ce montant peut être réduit par les tribunaux en fonction des diligences effectivement accomplies par le commissionnaire. En tout état de cause, la commission est due dès que l'opération est conclue et à la condition qu'elle soit effectivement réalisée même si elle n'est pas bénéficiaire pour le commettant. Mais la commission n'est pas due si le commissionnaire s'est rendu coupable d'actes de mauvaise foi envers le commettant (art. 171).

Outre la rémunération principale, le commettant est tenu de rembourser au commissionnaire tous ses frais et débours utiles à la conclusion de l'opération (art. 165).

*** La garantie du commissionnaire**

Le paiement de la commission et des créances contre le commettant est garanti par un droit de rétention sur les marchandises.

Dans les rapports des parties avec les tiers.

C'est dans les rapports avec les tiers que le contrat de commission présente toute son originalité car il apparaît comme un mécanisme de représentation imparfaite.

En principe, le tiers qui a contracté avec le commissionnaire reste étranger au contrat de commission.

Il s'agit tout simplement d'une application de l'effet relatif des conventions. Les tiers au contrat de commission n'ont rien à y voir. Le commissionnaire traite en son nom. Donc les tiers au contrat de commission ne connaissent que lui. Il en résulte que, d'une part le commissionnaire est investi d'un droit d'action contre les tiers avec lesquels il traite et, d'autre part ceux-ci n'ont pas d'actions contre le commettant.

Toutefois, si le commettant fait savoir que l'opération a été exécutée pour son compte, il peut en demander le bénéfice.

Cela signifie que le tiers ne peut refuser de traiter avec le commettant que s'il ignorait que le commissionnaire intervenait pour le compte d'autrui, ce qui sera difficile à prouver car le commissionnaire déclare toujours agir comme représentant même s'il n'est pas tenu de donner le nom de son commettant.

En conclusion, on peut retenir que le contrat de commission est un contrat original aussi bien dans sa nature que dans ses effets.

Les courtiers (art. 176 à 183)

A la différence du commissionnaire, le courtier ne rend pas l'affaire définitive, il ne la conclut pas. Mais c'est quand même un intermédiaire utile qui met en contact les parties.

La nouvelle réglementation du courtage met fin à la confusion entretenue par l'art. 478 du COCC qui assimilait les concessionnaires, agents de marque ou de fabrique à des

courtiers responsables, alors qu'à la différence de ces distributeurs, le courtier ne peut intervenir personnellement dans une transaction, sauf l'accord des parties, ni réaliser des opérations de commerce, directement ou indirectement, pour son propre compte.

Le courtier est rémunéré par un courtage, constitué par un pourcentage du montant de l'opération, lequel est entièrement supporté par le vendeur ou l'acheteur selon que l'un ou l'autre est le donneur d'ordre (art. 180). Le courtage qui n'est pas déterminé par les parties est calculé sur la base d'un tarif ou conformément aux usages.

Les intermédiaires permanents : agents commerciaux

Il est fréquent que l'entreprise productrice préfère commercialiser ses marchandises en ayant recours à des représentants qui lui sont rattachés par des liens contractuels assez étroits. La création d'un réseau permet en effet, un écoulement plus régulier de la production et une meilleure promotion du produit. Alors que l'intervention des intermédiaires occasionnels est limitée à la vente ou à l'achat pur et simple, celle des intermédiaires permanents permet d'assurer un « suivi » du produit après sa commercialisation.

Le COCC regroupait tous ces intermédiaires permanents sous le titre de la représentation commerciale et en faisant des salariés. Aujourd'hui, l'Acte Uniforme permet d'opérer une dissociation entre les agents commerciaux qui sont des commerçants et les VRP qui sont des salariés (art. 495 COCC ancien).

Pour cette raison, nous ne verrons ici que les **agents commerciaux**.

L'Acte Uniforme les qualifie de mandataires qui, à titre de profession indépendante, sont chargés de façon permanente de négocier, et éventuellement, de conclure, des contrats de vente d'achat, de location ou de prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être liés envers eux par un contrat de travail (cf art. 1^e L 25 juin 1991 en France).

Le contrat de l'agent commercial est un mandat d'intérêt commun, c'est à dire un contrat de collaboration

Les intermédiaires subordonnés : les VRP

L'ancien article 495 COCC disait à propos de VRP : « sont liés par un contrat de louage de services à leurs employeurs, à l'exclusion de tout mandat commercial, les voyageurs, représentants et placiers qui visitent ou recherchent une clientèle d'après les instructions données, lorsque leur engagement précise la marchandise à vendre ou à acheter, la clientèle à démarcher et le taux de rémunération.

Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, les voyageurs, représentants et placiers sont soumis aux mêmes règles et à la même responsabilité que les courtiers responsables.

A la lecture de ce texte, il résulte que le VRP est un salarié autant du point de vue de son statut que du point de vue de son activité. Il n'est pas soumis aux règles du mandat.

En conséquence, c'est un travailleur qui reçoit des ordres et dont l'activité est organisée par l'employeur. Ils ne signent ni ne concluent aucun contrat. Ce sont des prospecteurs dont l'activité est « contrôlée ».

Si ces conditions ne sont pas remplies, c'est-à-dire si le VRP ne se limite pas à prendre des commandes pour le compte de son employeur mais s'évertue plutôt à travailler de manière indépendante, le COCC décide qu'il sera considéré comme un courtier responsable de l'article 478 COCC

LE DROIT DE LA DISTRIBUTION

PLAN DE L'INTERVENTION

(Abdoulaye SAHABO)

- La distribution est une étape de l'activité économique située entre la production et la consommation
- Les entreprises ont pris conscience de l'importance de cette étape qu'est la vente par rapport à la production.
- Elles ont développé des **techniques de commercialisation** (publicité, méthodes de vente et d'offres de services...) et des **circuits de distribution** consistant soit à approvisionner un commerçant qui revend ensuite les produits, soit à confier la vente à des intermédiaires professionnels (VRP, agents commerciaux, commissionnaires, courtiers, centrales d'achat...).
- Les intermédiaires sont très connus et le COCC les appréhendaient sous les règles du mandat commercial: art. 473 et suivants aujourd'hui les intermédiaires de commerce sont réglementés par l'OHADA dans l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (Art. 137 et suiv.)
- En revanche les distributeurs revendeurs sont beaucoup moins connus par le grand public, surtout ceux qui utilisent les contrats modernes de distribution (concession exclusive, distribution sélective, franchise...).

PARTIE I : LES TECHNIQUES DE COMMERCIALISATION

Deux points retiendront l'attention :

La publicité et les méthodes de vente et d'offres de services.

A. La Publicité

- Loi n° 83-20 du 28 janvier 1983 relative à la publicité (JO 23 Avril 1983, 332) modifié par la loi n° 94-67 du 22 Août 1994 supprimant l'autorisation préalable à l'exercice de certaines activités économiques).
- Loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique dont les art. 32 et suiv. (art.44-1 L. Royer France) répriment la publicité trompeuse.

B. Les Méthodes de vente et d'offre de services

Les concurrents rivalisent d'ingéniosité pour attirer vers eux et retenir la clientèle.

Encore faut-il que les procédés utilisés soient loyaux.

- C'est d'abord sous l'angle de la protection de la concurrence qu'à été perçue la nécessité de réglementer les méthodes de vente et d'offres de services les plus agressives (Droit positif du Sénégal).
- A cet impératif s'ajoute aujourd'hui celui de protéger la clientèle elle-même, c'est à dire l'ensemble des consommateurs que les concurrents se disputent. (V. en France les Lois de Protection des consommateurs : Démarchage et vente à domicile).

PARTIE II : LES CIRCUITS DE DISTRIBUTION

L'organisation de la distribution des produits et services peut se réaliser par la mise en place de différents opérateurs :

- Dans une perspective économique, on oppose,
 - ✓ Les circuits courts : mettent en œuvre très peu ou pas d'intermédiaire entre le producteur et le consommateur,
 - ✓ Aux circuits longs : comportent une chaîne de professionnels qui assurent la fonction de distribution.

- Dans une perspective juridique, l'opposition se situe entre,
 - ✓ Les **intermédiaires entre vendeurs et acheteurs** qui doivent exécuter les ordres donnés ou la mission confiée par les producteurs et se trouvent de ce fait dans la situation juridique du salarié ou du mandataire.
 - ✓ et les **distributeurs revendeurs** qui bénéficient en principe d'une totale autonomie dans l'accomplissement de leur fonction de distribution.

Ces derniers n'ont le plus souvent avec leur fournisseur aucune relation juridique autre que celle découlant de l'acte d'achat de ses produits. Mais parfois, ils entretiennent des rapports juridiques plus complexes et plus étroits se fondant sur engagement d'exclusivité, une obligation d'approvisionnement voire même une obligation de respecter des normes de commercialisation préconisées par le fournisseur.

A ce dernier stade on parle généralement de **distribution intégrée** pour traduire la façon dont les entreprises tout en demeurant juridiquement indépendantes concourent à un même processus de distribution.

A. Les Intermédiaires entre vendeurs et acheteurs.

Le droit sénégalais (OHADA) connaît très bien ces intermédiaires qui sont, soit des salariés, soit des mandataires.

▪ Les distributeurs salariés :

Ce sont les représentants de commerce visés à l'article 495 du COCC (VRP)

▪ Les distributeurs mandataires

Ce sont les courtiers, les commissionnaires et les agents commerciaux

B. LES DISTRIBUTEURS REVENDEURS

Ce sont des entreprises indépendantes qui s'approvisionnent chez un producteur et revendent les produits aux consommateurs.

Aujourd'hui, beaucoup de ces distributeurs indépendants sont associés à la politique commerciale des fabricants.

Cette politique commerciale permet à des vendeurs de tirer profit d'une stratégie mise en œuvre par une entreprise dont l'image est notoirement connue.

Chaque partie trouve donc son compte dans ces contrats de distribution que l'on peut analyser comme étant des contrats cadre assortis de clauses spécifiques (clauses sur les prix, clauses de quota ou de minimum, clause d'exclusivité, clause de non-concurrence...)

Ces contrats posent le problème de la clientèle, à savoir si celle-ci appartient au distributeur ou au fournisseur. Très souvent, la clientèle est attachée à la marque, c'est pourquoi certaines décisions de justice en déduisent que le distributeur n'a pas de fonds de commerce, la clientèle ne lui étant pas attachée. Mais pour éviter cette polémique, certains contrats stipulent que le distributeur est censé être propriétaire du fonds et titulaire de la clientèle s'y approvisionnant.

Nous allons voir successivement, le contrat de concession exclusive, le contrat de distribution sélective et le contrat de franchise qui caractérisent les contrats modernes de distribution.

▪ Le contrat de concession exclusive.

Ce contrat, dénommé également contrat de distribution exclusive, consiste pour un fournisseur de biens ou de services, appelé concédant, à s'engager envers un commerçant indépendant, appelé concessionnaire, à ne fournir que celui-ci, dans un secteur géographique déterminé. De son côté, le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant et à ne pas distribuer des produits concurrents, tout en respectant la politique commerciale prévue. Le concessionnaire achète les produits concurrents, tout en respectant la politique commerciale prévue. Le concessionnaire achète les produits au concédant et les revend pour son propre compte. Il est rémunéré par une marge commerciale et soumis aux risques commerciaux.

Né de la pratique, le contrat de concession exclusive fait, au Sénégal, l'objet de l'art. 275 du COCC et du Décret n° 70-1335 du 7 Décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat.

▪ Le contrat de Distribution sélective.

Lorsque le producteur sélectionne des revendeurs en fonction de leur compétence à distribuer ses produits ou à en assurer la maintenance ou en raison

Cas pratique

Par acte en date du 08 janvier 1999, la Société Métalux, prise en la personne de son Gérant Mamadou SOW, a contracté un bail à usage commercial avec Monsieur Cheick BASSE, représenté par Monsieur Fodé BASSE.

Le bail est conclu pour une durée de trois ans renouvelable par tacite reconduction, et moyennant un loyer mensuel de 60.000 F CFA.

Le bail étant arrivé à expiration le 04 juin 2002, Monsieur Cheick BASSE, représenté par Monsieur Fodé BASSE, saisit le Président du Tribunal de Bamako, Juge de référé, aux fins d'expulser la Société Métalux.

Par ordonnance de référé du 29 juillet 2002, Monsieur BASSE est débouté de sa demande.

Le 17 décembre 2003, il introduit une nouvelle demande aux fins d'expulsion de Métalux et de son Gérant, mais, le Juge le déboute de toutes ses demandes par ordonnance du 13 janvier 2003.

Par acte du 13 janvier 2003, Maître SANOGO pour le compte de Cheick BASSE relève appel de cette ordonnance.

Le 23 mai 2003, la Chambre des référés de la Cour d'appel de Bamako infirme l'ordonnance et expulse Monsieur Mamadou SOW (Métalux).

Ce dernier forme un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bamako qui s'est dessaisi au profit de la CCJA qui a été ainsi saisi du même recours par Monsieur Mamadou SOW.

1^{er} Branche du moyen

L'arrêt a violé l'article 91 de l'acte uniforme sur le droit commercial général (AUCG) en ce que l'arrêt a manqué d'inspiration en accédant à la demande d'expulsion. En effet pour le pourvoi, la Société Métalux ayant exploité les locaux depuis plus de deux ans, ne doit pas être perturbée de cette manière.

2^e branche du moyen

L'arrêt a violé l'article 94 de l'acte uniforme sur le droit commercial général (AUCG) car la Cour d'appel a ordonné l'expulsion sans avoir obligé le propriétaire des locaux à verser au locataire une indemnité d'éviction.

3^e branche du moyen

Violation de l'article 101 alinéa 2 et 3 de l'AUCG en ce qu'il est ainsi motivé : « considérant que par acte extra judiciaire en date du 15 janvier, Cheick BASSE a notifié à l'inimé sa décision de résilier le bail les liant pour compter de juin 2002, qu'il y a lieu dès lors d'infirmier l'ordonnance entreprise et statuant à nouveau ordonner l'expulsion de Monsieur Mamadou SOW tant de sa personne que de tous les occupants de son chef ».

D'après le pourvoi, cette façon de faire viole en effet l'article 101 AUCG « car il ressort de l'acte de mise en demeure servi à Monsieur Mamadou SOW que le bailleur manifestait simplement son intention de ne pas renouveler le contrat de bail et que cette mise en demeure est contraire à l'article 101 ».

Constitution de 03 groupes.

1^{er} Groupe : Requéran ou Pourvoi = Mr Mamadou SOW Métalux

2^e Groupe : Défendeur Cheick BASSE

3^e Groupe : CCJA (Juges)

CAS PRATIQUE INTERMEDIATION COMMERCIALE

Dans cette affaire, une première Cour d'Appel avait requalifiée le contrat d'affiliation en contrat d'agence commerciale.

Sa décision avait été censurée en cassation car on lui reprochait d'avoir reconnu la qualité d'agent commercial à la société affiliée tout en constatant que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle cette dernière était « un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce ».

En France, simple mandataire, l'agent commercial exerce une activité civile et ne peut donc pas être propriétaire d'un fonds de commerce ni avoir la qualité de commerçant.

Se prononçant sur renvoi après cassation la Cour d'Appel de Ouagadougou requalifié elle aussi le contrat litigieux en contrat d'agence commerciale mais en prenant le soin de détailler en quoi l'affiliée n'était pas propriétaire du fonds de commerce, lequel était en réalité exploitée par la centrale d'achat.

Cour d'Appel de Ouagadougou 9 avril 2009

(...) Considérant que la SARL Boboudou a conclu en 1987 avec la société de prêt-à-porter FDF un contrat de franchise auquel a été substitué le 11 juin 1999 un « contrat d'affilié » prenant effet le 19 juin suivant;

Que le contrat, conclu pour une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction, sauf dénonciation avec un préavis de six mois, et assorti d'une exclusivité d'enseigne sur le territoire constitué par la ville de Ouagadougou permettait à l'affilié « d'utiliser la marque FDF « à titre d'enseigne » et de « disposer d'un stock de marchandises en consignation défini et financé par FDF ».

Considérant que la société Boboudou estimant que ce contrat était un contrat d'agence commerciale, et qu'il avait été rompu à l'initiative du mandant, par acte du 6 février 2003, a assigné la société FDF devant le Tribunal de commerce Ouagadougou en paiement d'une indemnité de rupture de 175 000 F à titre principal, de 120.000 F à titre subsidiaire, et en tout état de cause, de 30.000 F à titre de dommages et intérêts pour concurrence déloyale

Considérant que la société FDF s'est opposée à ces demandes, soutenant que la société Boboudou avait la qualité de commissionnaire, que la fin des relations contractuelles résultait du seul fait de cette société, laquelle n'avait pas respecté les obligations résultant du contrat, qu'elle n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale

Considérant que le tribunal de commerce a statué le 6 février 2004

Que, sur appel interjeté par la société FDF la cour d'appel de Ouagadougou, par arrêt du 13 septembre 2006a confirmé le jugement

Que la cour d'appel a retenu qu'il résulte des éléments versés aux débats que la société Bobodou qui se trouvait, contractuellement et dans les faits, tenue d'agir non seulement pour le compte mais aussi au nom de la société FDF avait en réalité la qualité d'agent commercial ;

Considérant que cet arrêt a été cassé le 26 février 2008 aux motifs :

- qu'après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Boboudou était «un commerçant indépendant, propriétaire son fonds de commerce », l'arrêt retient que cette société avait la qualité d'agent commercial de la société FDF
- qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas qualité de commerçant, la cour a violé les textes susvisés » ;
- Sur la qualification du contrat :

Considérant que la revendication de la société Boboudou est fondée ; qu'en effet, l'application du statut d'agent commercial ne dépend pas de la dénomination portée en tête du contrat, mais des conditions effective d'exercice de l'activité régie par ce contrat;

Considérant que la seule contradiction entre le statut d'agent commercial et la situation de la société Boboudou découlant de l'exécution de la «convention FDF» signée par les parties le 11 juin 1999 résulte de l'article 2.2 du contrat « fonds de commerce » qui précise « l'affilié est propriétaire du fonds de commerce immatriculé au Registre du Commerce et qu'il exploite dans les locaux en vertu d'un bail consenti pour une durée de 9 ans à compter du 01/08/91 », dans la mesure où un agent commercial n'a pas de clientèle propre ;

Considérant que la société FDF insiste sur le fait que la société Boboudou était, avant la signature du contrat du 11 juin 1999, titulaire d'un contrat de franchise, et qu'elle avait développé, dans ce cadre, une clientèle propre, qui n'a pas disparu après cette date; qu'elle souligne que le bénéfice du statut des baux commerciaux a été reconnu aux franchisés par un arrêt de la cour de cassation du 27 mars 2002, qui a relevé notamment que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériels et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls ;

Considérant qu'il convient de relever, à propos de l'article 2.2 du contrat, qu'un fonds de commerce ne s'immatricule pas, et que c'est la SARL Boboudou qui est immatriculée au Registre du Commerce ; que le fonds de commerce est une universalité de fait, *qui* peut comprendre divers éléments, au nombre desquels cumulativement ou non, la clientèle, le

DROIT DES AFFAIRES DE LA ZONE FRANC

**DE L'INTERET DE SUBSTITUER
LA NOTION D'ACTIVITE ECONOMIQUE
A CELLE D'ACTE DE COMMERCE**

Le présent document se décompose :

- en une note préliminaire sur l'intérêt de substituer la notion d'activité économique à celle d'acte de commerce, et sur laquelle les experts en charge de la rédaction des textes souhaitent avoir l'avis des commissions nationales ;
- en un exposé des motifs de l'Acte uniforme portant droit des sociétés ;
- en un Acte uniforme de 919 articles dans lequel les auteurs ont maintenu jusqu'à décision finale, après avis des commissions nationales, la distinction traditionnelle entre acte de commerce et acte civil.

*

*

*

Les travaux en commission lors du séminaire d'Abidjan ont mis en avant l'intérêt de substituer la notion d'activité économique à celle d'acte de commerce.

Le but de cette note est de souligner l'intérêt de cette substitution.

Pour établir le domaine du droit des affaires applicable à la Zone Franc, il est proposé de substituer la notion d'activité économique à celle d'acte de commerce.

Le but de cette recherche est de déterminer les personnes, les relations et les actes auxquels le droit des affaires de la Zone Franc doit être applicable. Tel qu'il est actuellement envisagé, ce droit doit comprendre essentiellement le droit des sociétés, le droit des entreprises en difficulté, le droit "commercial" classique (personnes et biens), le droit du travail et le droit comptable. Pour que tous ces textes soient cohérents entre eux et reflètent bien la réalité économique et sociale, il est éminemment souhaitable qu'ils aient tous le même objet et le même fondement.

Pour établir ce domaine, plusieurs solutions sont envisageables.

La première - celle du code de commerce français de 1808 - consisterait à conserver la "notion" traditionnelle d'acte de commerce, et, sur le fondement de cette "notion" d'acte de commerce, à opérer une distinction entre les actes de commerce et les actes civils. Le droit des affaires serait applicable aux actes de commerce et aux personnes qui accomplissent des actes de commerce, toutes les autres personnes et les autres relations relèveraient du droit civil.

La seconde consisterait à retenir la notion d'activité économique, à la définir, et à décider que les personnes qui exercent des activités économiques relèveraient pour l'exercice de ces activités du droit des affaires.

Les raisons qui poussent à l'adoption de cette seconde solution tiennent autant aux nombreuses insuffisances du critère de l'acte de commerce pour fixer le domaine du droit des affaires qu'à l'harmonie qu'établit cette nouvelle notion entre la réalité économique et son appréhension juridique.

I. LES INSUFFISANCES DE LA NOTION D'ACTE DE COMMERCE POUR DÉLIMITER LE DOMAINE DU DROIT DES AFFAIRES

Dans le droit d'origine française, les commerçants ont un droit qui leur est particulier : le **droit commercial**. Ce droit présente un certain particularisme par rapport au droit civil. Il comporte des notions que ce dernier ne connaît pas, comme celles de fonds de commerce et de propriété commerciale, par exemple. Les litiges entre commerçants relèvent d'une juridiction particulière : la juridiction commerciale. La clause compromissoire est valable en droit commercial¹ alors qu'elle ne l'est pas en droit civil² où seul le compromis est valable³. Il existe entre les codébiteurs commerçants une présomption de solidarité qui est inconnue en droit civil⁴. La prescription extinctive est de 10 ans en droit commercial⁵, elle est de 30 ans en droit civil⁶. La preuve entre commerçants peut être faite par tous moyens⁷, elle est plus formaliste en droit civil⁸. D'autres différences mineures accentuent la différence entre les deux droits.

Dans d'autres pays, importants économiquement, cette distinction entre le droit commercial et le droit civil n'existe pas ou est fort atténuée.

Pour savoir à qui le droit commercial s'applique, il convient de **déterminer avec précision qui est commerçant**. La solution ne peut être trouvée que dans les dispositions combinées des articles 1 et 632 du code de commerce.

En effet, aux termes de l'article 1er du code de commerce :

¹ Article 631-3, al. 2 du code de commerce.

² Article 2061 du code civil.

³ Article 2059 du code civil.

⁴ C'est un usage fort ancien, antérieur au code de commerce, qui n'a jamais été codifié.

⁵ Code de commerce, Titre IX, article 189 bis.

⁶ Article 2262 du code civil, voir aussi les articles 2265 et suivants pour la prescription par 10 ou 20 ans.

⁷ Article 109 du code de commerce.

⁸ Articles 1315 et suivants du code civil.

"Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle".

Mais pour savoir ce qu'est un acte de commerce, il faut attendre l'article 632, un article qui est relatif à la compétence des tribunaux de commerce :

"La loi répute acte de commerce..."

Or cet article ne définit pas l'acte de commerce, il énumère tout un ensemble d'actes ou d'activités qui sont réputés constituer des actes de commerce. La liste des actes de commerce que contient l'article 632 est dressée principalement pour établir la compétence des tribunaux de commerce. L'article 631, en effet, dispose:

"Les tribunaux de commerce connaîtront : ... de celles (les contestations) relatives aux actes de commerce entre toutes personnes."

Ainsi, un article définit le commerçant par référence à l'acte de commerce, un autre énumère une liste d'actes de commerce pour les besoins de la fixation de la compétence de la juridiction commerciale. La difficulté majeure que soulève ce second article est que la plupart des actes qu'il énumère ne sont des actes de commerce que s'ils sont accomplis de manière habituelle. En d'autres termes, et sous réserve de certaines exceptions, la plupart des actes énumérés par l'article 632 ne sont des actes de commerce que s'ils sont faits par un commerçant ! Il est facile d'ironiser sur cette "logique circulaire", et nombreux sont les auteurs qui l'ont fait.

Certains ont bien essayé de résoudre cette "quadrature du cercle", mais personne n'y est parvenu. Depuis bientôt près de deux siècles, la formule reste inchangée: les commerçants sont ceux qui font des actes de commerce et l'acte de commerce est l'acte qui est fait par un commerçant.

⁹ Le Professeur Dekeuver-Défossez écrit à ce sujet : "Cette énumération a pu être comparée à un inventaire à la Prévert à raison de son caractère disparate : mélangeant les opérations et les professions, l'article 632 ne donne aucune indication d'ordre général permettant de réunir ses nombreux alinéas en un ensemble logique", Droit commercial, 2ème édition, n° 4, p. 35. Selon Le Professeur Yves Guyon : "L'énumération (de l'article 632) est décevante car elle regroupe sans ordre apparent des actes extrêmement divers", Traité, n° 54.

Comme l'observe très justement Le Professeur Yves Guyon, dans son traité de Droit des affaires¹⁰ :

"En conclusion de ces développements consacrés aux commerçants en général on ne peut qu'être frappé par l'imprécision et l'illogisme de notre droit¹¹. Celui-ci n'a pas su ou n'a pas voulu choisir entre deux conceptions :

- *une conception subjective¹² qui ferait du droit commercial le droit des commerçants et dont on trouve une application spécialement nette avec la théorie des actes de commerce par accessoire;*
- *une conception objective¹³, où le droit commercial serait le droit applicable à certains actes, à certaines opérations de la vie des affaires. "*

En outre, ce critère de l'acte de commerce pour délimiter le champ d'application du droit des affaires est incertain, complexe, vieilli et insuffisant. Enfin, il induit une perception erronée du droit des affaires.

¹⁰ Yves Guyon : Droit des affaires, 7ème édition, n° 92, p. 84.

¹¹ Phrase soulignée par l'auteur dans le texte.

¹² Phrase soulignée par l'auteur dans le texte.

¹³ Phrase soulignée par l'auteur dans le texte.

1. - C'est un critère incertain

Comme il n'y a pas de définition, ni de notion de l'acte de commerce, mais une énumération disparate, le critère d'acte de commerce est pour le moins incertain. Normalement, pour savoir si un acte est ou non un acte de commerce, l'on devrait s'en tenir à la liste établie par le législateur. En effet, l'article 632 précise bien :

"La loi répute acte de commerce...".

Or, tel n'est pas le cas. Dès l'origine, la jurisprudence a, de sa propre initiative, ajouté des actes à la liste établie par le législateur à partir du moment où elle considérait que de tels actes devaient être qualifiés d'actes de commerce. C'est ainsi, par exemple, il y a quelques années, que la chambre commerciale de la cour de cassation a décidé que la cession du contrôle d'une société constituait un acte de commerce.

2. - C'est un critère complexe

En principe, il eût été souhaitable que la notion d'acte de commerce soit unique. Mais elle est en réalité complexe. Comme il n'était pas possible de saisir l'ensemble des activités devant relever du droit commercial par la seule notion d'acte de commerce, il a fallu trouver des substituts à cette notion. C'est la raison pour laquelle on a ajouté le concept de **commercialité par la forme**. Ainsi, sont commerciales par la forme certaines sociétés, quelle que soit la nature de leurs activités : civiles ou commerciales. D'autres personnes morales, bien que civiles par leur forme sont commerciales par leur objet.

A l'inverse, des sociétés qui devraient être commerciales en raison de la nature commerciale de leurs activités sont réputées civiles par le législateur.

Une autre complexité résulte de la notion d'**acte de commerce par accessoire**. On sait que la jurisprudence considère comme actes de commerce par accessoire des actes qui sont accomplis par les commerçants pour les besoins de leur

commerce. La distinction entre les actes civils et les actes de commerce par accessoire accomplis par les commerçants est parfois subtile et délicate à établir.

Il existe encore une autre catégorie, c'est celle des **actes mixtes**. Un acte peut-être réputé commercial par le commerçant qui le passe et civil pour la personne avec laquelle il contracte.

Il existe donc quatre catégories d'actes : les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme -ou, plus précisément, la commercialité (ou la "civilité") par la forme-, les actes de commerce par accessoire et les actes mixtes.

Cette complexité est due entièrement à la notion d'acte. C'est parce que l'on retient l'acte lui-même et non l'activité -civile ou commerciale- que l'on rencontre ces difficultés.

3. - C'est un critère vieilli

Comme le remarque le Professeur Guyon, l'article 632 mentionne les entreprises de manufacture et non les industries, les marchands ou négociants et non les commerçants, les ventes à l'encan et non les ventes aux enchères, etc.

4. - C'est un critère insuffisant

Si, par exemple, l'article 632 vise les transports par mer ou par terre, il ne vise pas les transports aériens. De telles omissions sont extrêmement gênantes si l'on considère le droit commercial comme un droit d'exception qui ne devrait s'appliquer que dans les cas prévus par le législateur.

Il en est de même pour les multiples **activités de services** qui ne sont pas visées par l'article 632 bien qu'elles relèvent ou, selon le cas, devraient relever du droit commercial ou, plus exactement, du droit des affaires.

Toute l'évolution du droit des affaires montre que le critère de l'acte de commerce est totalement insuffisant pour délimiter le domaine du droit des affaires. Et ce n'est pas parce que l'on mettra sous une seule couverture, avec le

titre de : "Code de commerce", l'ensemble des textes qui entrent dans le domaine du droit des affaires que l'on résoudra les difficultés que l'on vient d'évoquer.

Ainsi, le **droit des entreprises en difficulté** ne s'applique pas qu'aux seuls commerçants :

- La loi du 1er mars 1984 relative à la **prévention** et au règlement amiable des difficultés des entreprises s'applique certes aux commerçants et aux sociétés commerciales, mais, aussi, aux "*personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique.*"¹⁴
- La loi du 25 janvier 1985, relative au **redressement** et à la **liquidation judiciaires** des entreprises, s'applique : "*à tout commerçant, à tout artisan, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé... (et) ... à toute personne ayant bénéficié du règlement amiable prévu par la loi...du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et qui ne respecte pas les engagements financiers conclus avec un de ses créanciers.*"

Ici, la référence à l'acte de commerce est totalement inopérante.

Il en est de même pour le **droit de la concurrence**. D'une manière générale, l'ordonnance du 1er décembre 1986 vise les entreprises ou les groupes d'entreprises, sans distinguer selon leur nature commerciale ou civile, qu'il s'agisse des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, aux pratiques restrictives ou à la concentration économique. La jurisprudence applique ces textes aussi bien, par exemple, aux pratiques relatives aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées d'un département qu'aux entreprises commerciales et industrielles.

Enfin, si le **droit du travail** (concernant les entreprises) fait partie du code de droit des affaires de la Zone Franc, comment peut-on imaginer que ce droit du travail s'y insère logiquement si le domaine de ce code est fixé par la référence à l'acte de commerce ? Le seul critère possible de rattachement du droit du travail

¹⁴ Loi du 1er mars 1984, Chapitre V. Décret du 1er mars 1985, Chapitre III.

au droit des affaires - ou au droit de l'entreprise -, c'est l'entreprise, et, à travers elle, l'activité économique.

Les exemples de ce genre pourraient être multipliés. Il est bien vrai que le critère de l'acte de commerce élaboré dans les premières années du XIXème siècle est bien dépassé aujourd'hui.

Conçu à l'époque pour cerner l'activité des boutiquiers, il ne peut plus satisfaire aujourd'hui les besoins d'un droit moderne. Depuis 1807, le droit a découvert la notion d'entreprise, et tout ce qu'elle implique, les relations entre les entreprises, qui s'internationalisent, qu'elles soient commerciales, industrielles, financières ou de prestations de services. Le droit des affaires subit inéluctablement l'influence des pratiques, des concepts et des notions internationales¹⁵.

En France, la tendance générale des textes modernes en droit des affaires est d'aller bien au-delà des "*notions*" d'acte de commerce et de commerçant pour saisir les activités économiques. La plupart de ces textes "*oublie*" l'existence de l'acte de commerce, c'est sur d'autres concepts et notions qu'est établi le domaine de leur application. Ce mouvement semble irréversible. On ne voit pas comment il pourrait en être autrement quand la France participe à l'élaboration d'un droit européen et international dans lesquels ces notions sont soit marginales, soit inconnues.

Pourquoi un continent, qui refait son droit, devrait-il retenir pour fonder le domaine de l'application de son nouveau droit des affaires des notions très contestées en France, très généralement inconnues dans le droit international des affaires, alors que nous tentons nous-mêmes de nous en évader ?

La notion qui apparaît dans la plupart des textes modernes et qui est substituée au critère de l'acte de commerce est celle d'activité économique.

5. - Ce critère induit une perception erronée du droit des affaires

¹⁵ Beaucoup de pays, importants, ont des droits qui ne comprennent pas, ou ne comprennent plus, de distinction entre le droit civil et le droit commercial, ou dans lesquels cette distinction a été considérablement réduite. C'est le cas, par exemple, de l'Italie, de la Suisse, des Pays-Bas, de l'Angleterre.

La réalité du droit des affaires d'aujourd'hui met à mal une certaine conception du droit commercial. En effet, la combinaison des notions d'acte de commerce et de commerçant conduisent à laisser croire à l'existence d'un droit commercial, dont on pourrait penser qu'il est **autonome** par rapport au droit commun, ou dont les dispositions seraient **déroatoires** par rapport à celles du droit commun. Or, tel n'est absolument pas le cas !

Si, à une époque, on a pu croire qu'il existait effectivement des contrats commerciaux, dotés d'une grande spécificité, étrangers aux contrats du droit civil, et régis par des règles particulières au droit commercial, il est tout à fait évident, aujourd'hui, que les contrats d'affaires sont extrêmement diversifiés et qu'ils sont régis par le droit civil des obligations. S'il existe effectivement une différence entre les contrats "civils" et les contrats d'affaires, elle ne tient pas à l'existence de deux droits qui seraient indépendants, qui auraient leurs techniques propres, mais à la nature économique de leur objet et, surtout, à la qualité des personnes qui les traitent : des particuliers ou des hommes d'affaires, des consommateurs ou des opérateurs économiques. Dans les contrats dits "civils", la protection des cocontractants est généralement envisagée par le législateur alors qu'elle ne l'est pas pour les contrats d'affaires. Dans les contrats de vente, par exemple, l'acheteur non-professionnel (le consommateur) est protégé et l'acheteur professionnel ne l'est pas. On observera que la distinction ne concerne pas le commerçant et le non-commerçant mais l'acheteur professionnel et l'acheteur non-professionnel.

II. L'INTÉRÊT DE LA NOTION D'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

Aujourd'hui, on se réfère de plus en plus à la **notion d'activité**. Il suffit de consulter les textes pour s'en rendre compte, quel que soit le domaine qu'ils concernent. C'est le cas, au milieu de bien d'autres, de l'article 1 de la loi du 27 décembre 1973 aux termes duquel :

"La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale."

La **notion d'activité** apparaît aussi dans de nombreux textes pour définir leur domaine d'application.

Par exemple, la loi du 30 décembre 1988, qui soumet les agriculteurs à la procédure de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises organisée par la loi du 25 janvier 1985, détermine les personnes qui sont susceptibles d'être soumises à cette procédure en se référant à la notion d'activité :

"Pour l'application de la section 2 du chapitre II de la présente loi, est considérée comme agriculteur toute personne physique exerçant des activités agricoles au sens de la présente loi." (art. 29).

Et l'article 2 définit l'activité agricole :

"Sont réputées agricoles toutes les activités ..."

Mais, ce qui est le plus intéressant et le plus significatif, c'est la référence à la **notion d'activité économique**.

A cet égard, la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises est particulièrement significative.

Pour étendre le domaine des dispositions de cette loi au-delà des seules sociétés commerciales, c'est à la notion d'activité économique qu'elle se réfère.

Par exemple, parmi beaucoup d'autres, le chapitre V de la loi est intitulé :

*"Dispositions applicables aux personnes morales de droit privé non
commerçantes ayant une activité économique"*

On peut également se référer à l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, aux termes duquel :

*"Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les
activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui
sont le fait de personnes publiques."*

1.- Les intérêts de l'adoption de la notion d'activité économique comme
critère du domaine d'application du droit des affaires de la Zone
Franc

Au lieu de partir d'une notion ambiguë de commerçant et d'acte de commerce, comme dans le code de commerce français, qui n'a pas su choisir entre une conception subjective et objective de la commercialité, le code des affaires de la Zone Franc peut être fondé sur une notion unique, simple et claire, celle d'activité économique. Par suite, le code s'appliquerait à toute personne physique ou morale qui exercerait une activité économique.

Les personnes qui sont actuellement soumises au droit commercial ne perdraient aucun des droits dont elles bénéficient actuellement, comme celui à la propriété commerciale, par exemple, à moins qu'il en soit décidé autrement.

Les obligations qui sont les leurs actuellement subsisteraient aussi, sous réserve, évidemment, des modifications qu'il apparaîtrait opportun d'apporter à leur statut actuel, mais pour des considérations étrangères au changement de fondement d'application du code.

En revanche, des personnes physiques ou morales qui ne sont pas actuellement soumises au droit commercial, parce qu'elles n'ont pas le statut de commerçant, comme les prestataires de services par exemple, entreraient dans le champ d'application du droit des affaires dès lors qu'elles exerceraient une activité économique. Elles bénéficieraient des droits et supporteraient les obligations prévus par ce code.

Toutefois, si l'on voulait exclure de son domaine d'application certaines d'entre elles pour des raisons particulières, il serait facile de procéder par exceptions en précisant que ces personnes ne sont pas soumises au code, totalement, ou simplement à certaines de ses dispositions ; en conséquence, elles seraient soit soumises au droit commun si rien n'était spécifié, soit, de manière expresse, à un régime particulier qui pourrait les concerner de manière spécifique.

Ce nouveau fondement du droit des affaires permet d'inclure ainsi des activités qui n'étaient pas toujours comprises par le droit commercial¹⁶. En cela, il met le droit des affaires en harmonie avec les données internationales¹⁷.

A partir du moment où le fondement retenu pour le code est celui de l'activité économique, les dispositions internes à chaque branche du droit qu'il comprend présentent une cohérence en fonction de ce fondement.

Comme le code est unique, les différentes branches du droit ont une **cohérence globale** qui découle du fondement commun : le "droit commercial" est l'ensemble des dispositions qui organisent l'exercice de l'activité économique par les personnes qui s'y adonnent ; le droit des sociétés est l'ensemble des règles qui organisent l'exercice des activités économiques par des personnes morales.

Le droit de la prévention des difficultés des entreprises et du redressement des entreprises en difficulté concerne à la fois les personnes qui exercent des activités économiques et les mesures qui peuvent être prises pour redresser les activités économiques en difficulté, ou pour prévenir leurs difficultés ; le droit du travail concerne les relations qui s'établissent entre les personnes qui exercent des activités économiques et celles qui participent à ces activités économiques ; le droit comptable organise la production et le traitement des informations qui concernent ces activités économiques, etc. A partir du moment où un fondement

¹⁶ Mais auquel elles étaient parfois soumises par des lois spéciales.

¹⁷ Selon le Professeur Guyon : "*Le commerce international inclut des opérations qui ne seraient pas considérées comme commerciales en droit interne, notamment des activités agricoles, intellectuelles, immobilières, etc.. Le droit international a déjà en partie réalisé la fusion des activités économiques, à laquelle le droit interne se refuse toujours.*"

est commun, l'ensemble du droit peut (et doit) être cohérent, toute la construction du droit des affaires peut (et doit) être cohérente.

A partir du moment où le code de droit des affaires de la Zone Franc est fondé sur la notion d'activité économique, la cohérence ne concerne pas simplement les dispositions du code, elle apparaît aussi entre le droit et la **réalité économique**. Les entreprises, qu'elles soient individuelles ou en société ont une activité économique, c'est bien pour l'exercice d'une activité économique que les personnes deviennent entrepreneurs et qu'elles accomplissent tout un ensemble d'actes qui relèvent de cette activité et qui ont de ce fait une spécificité, c'est bien aussi pour exercer une activité économique que les sociétés "commerciales" sont constituées.

La réalité économique, c'est celle de l'exercice d'activités économiques et, en se fondant sur cette notion, le droit des affaires se trouve en pleine harmonie avec la réalité économique.

2.- Les conditions de l'adoption de la notion d'activité économique comme critère du domaine d'application du droit des affaires de la Zone Franc

Le choix de la notion d'activité économique comme critère du domaine d'application du droit des affaires de la Zone Franc, impose que l'on définisse dès les premiers articles de ce code la notion d'activité économique de manière à pouvoir s'y référer ensuite, tout au long du code, à chaque fois que la référence paraît s'imposer.

Le droit des affaires s'appliquant alors aux personnes physiques et morales exerçant des activités économiques, soit dans un but lucratif, soit pour réaliser des économies¹⁸.

En France, la notion d'activité économique est définie de manière satisfaisante. Elle a été définie aussi bien pour l'application du droit français que pour l'application du droit communautaire.

¹⁸ C'est, en France, le but que peuvent avoir les sociétés commerciales (article 1832 du code civil).

Il est évident qu'il est souhaitable d'adopter une définition complète, objective, précise et claire. Il serait possible, mais ce serait sans doute une mauvaise solution, de la définir d'une manière restrictive pour réduire le champ d'application du code en excluant certaines activités qui, bien qu'économiques, ne seraient pas ainsi concernées par ses dispositions.

3.- Les conséquences de l'adoption de la notion d'activité économique

La conséquence la plus importante du rattachement du droit commercial à l'acte de commerce est de fixer la compétence des **tribunaux de commerce**. En effet, à partir du moment où existent deux ordres de juridictions : la juridiction civile et la juridiction commerciale, il faut trouver un critère qui permette de déterminer la compétence de la juridiction commerciale quand un litige pourrait être soumis à la juridiction civile. Ce critère, c'est l'acte de commerce. C'est la raison principale de l'existence de la distinction entre les actes civils et les actes de commerce, la place de l'acte de commerce dans l'article 632 du code de commerce, visant à délimiter le champ de la compétence commerciale ne trompe pas.

Qu'en est-il à partir du moment où un pays ne connaît pas cette double juridiction¹⁹ ?

Il est évident que la notion d'acte de commerce perd une bonne partie de son intérêt. Si un autre pays connaît cette distinction de juridictions, elle peut être conservée, mais la juridiction commerciale peut devenir une juridiction économique : au lieu d'être compétente pour les affaires visées par l'article 632 du code de commerce, elle est compétente pour les affaires nées de l'exercice des activités économiques.

Pour les autres conséquences qui découlent de l'existence du droit commercial : validité de la **clause compromissoire**, modes de **preuves**, **prescription abrégée**, **présomption de solidarité**, on comprend très facilement que si on veut les conserver, il suffit de les rattacher à l'exercice de l'activité économique.

¹⁹ Peu importe que cette double juridiction soit constituée par deux types de tribunaux bien distincts dans leur composition, dans le recrutement de leurs juges, dans leur règles de fonctionnement... ou qu'il s'agisse simplement de la même juridiction statuant "au civil" et "au commercial".

DROIT DES AFFAIRES DE LA ZONE FRANC

ACTE UNIFORME
RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET
DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE

Exposé des motifs

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique constitue un des volets les plus importants du projet d'harmonisation du droit des affaires dans la Zone Franc.

Il a été assez dit et écrit que le droit des sociétés de la plupart des pays de la Zone Franc était vétuste (certains pays sont encore sous l'empire de la loi de 1867), et que les réformes entreprises depuis quelques années avaient tendance à écarter les pays membres de la Zone Franc de l'unicité originelle du droit des sociétés commerciales.

L'Acte uniforme, qui vous est soumis, a la volonté de revenir à un droit homogène et cohérent qui permette aux acteurs de la vie économique de se reconnaître dans le droit où qu'ils aillent investir ou commercer dans la Zone Franc.

Les débats riches et pleins d'enseignements, qui se sont déroulés en avril 1993 à Abidjan, ont servi de travaux préparatoires à cet avant-projet.

De ces débats, sont sorties les orientations suivantes qui se retrouvent reprises dans le texte qui vous est proposé :

- En ce qui concerne la forme des sociétés, les travaux d'Abidjan ont conclu au maintien des différentes formes existantes, à l'exclusion de la société en commandite par actions, peu usitée et d'un maniement délicat ;
- Il est également ressorti un consensus sur la protection des actionnaires et associés par l'élaboration de règles de communication et de publicité plus strictes, le projet d'Acte a pour ambition d'assumer cette protection en prévoyant une large information des actionnaires et un accroissement de leurs droits ;
- Il a été intégré dans le droit positif de la Zone Franc deux innovations importantes :
 - 1°) la société unipersonnelle, qu'elle revête la forme d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme ;



REPUBLIQUE DU SENEGAL

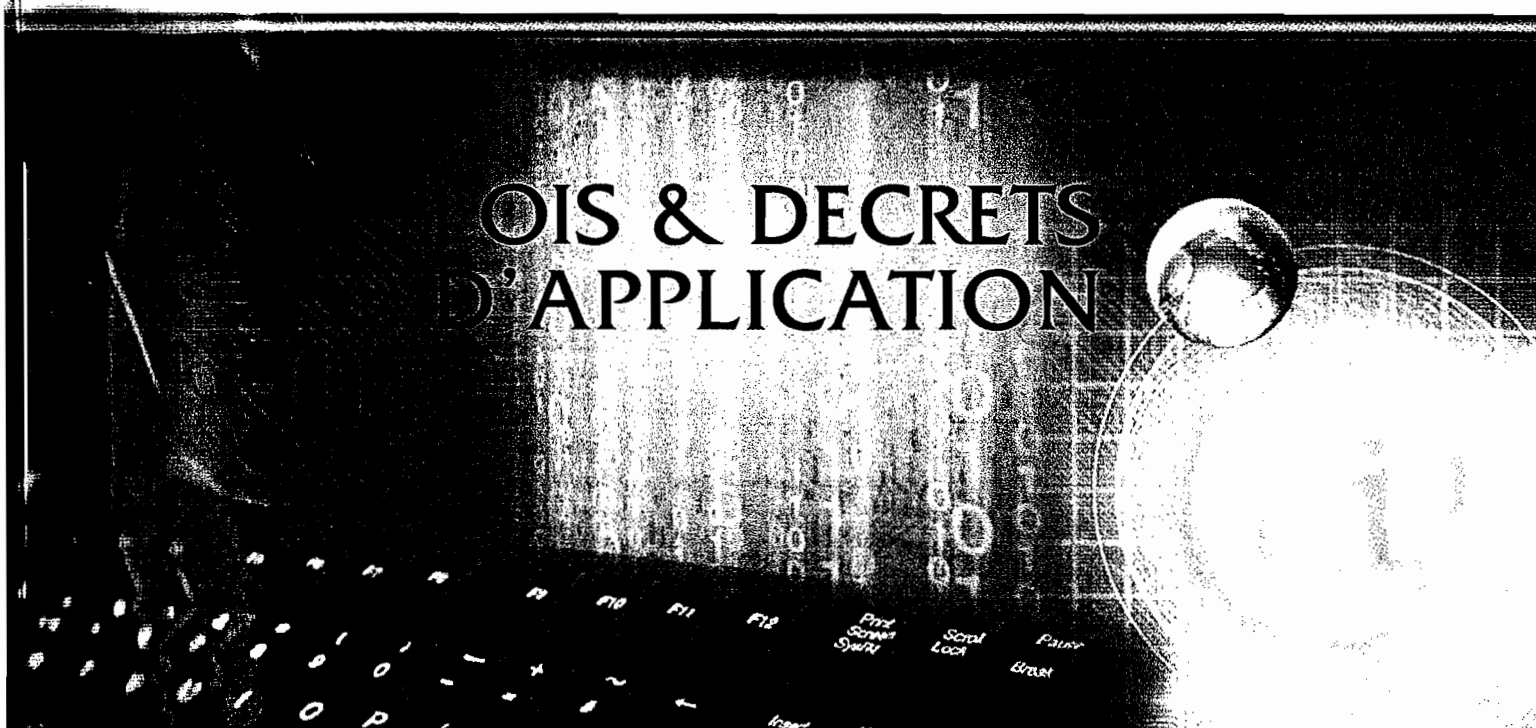


Agence de l'Informatique de l'Etat

RECUEIL

DU DROIT SENEGALAIS DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION

LOIS & DECRETS
D'APPLICATION



L'Assemblée nationale a adopté, en sa séance du vendredi 30 novembre 2007 ;
Le Sénat a adopté, en sa séance du mardi 15 janvier 2008 ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE PREMIER : LIBERTÉ DE COMMUNICATION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE PREMIER : COMMUNICATION AU PUBLIC PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Article premier :

Sauf dispositions contraires, la communication par voie électronique ne peut être limitée que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, les besoins de la défense nationale, les exigences de service public et les contraintes techniques inhérentes au moyen de communication.

Article 2

Au sens de la présente loi, on entend par :

- 1) **Communication par voie électronique** : toute mise à disposition au public ou d'une catégorie de public, par un procédé de communication électronique ou magnétique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature ;
- 2) **Courrier électronique** : tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé au moyen d'un réseau public de communication, stocké sur tout serveur ou dans l'équipement

terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier en prenne connaissance.

3) **Prestataires techniques de service au public utilisant les technologies de l'Internet** : Tout prestataire utilisant les protocoles de l'Internet qui met à la disposition des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, des biens et services.

4) **Prospection directe** : toute sollicitation effectuée au moyen de l'envoi de message, quel qu'en soit le support ou la nature notamment commerciale, politique ou caritative, destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services.

5) **Service de communication au public en ligne** : toute transmission de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique utilisant le réseau Internet permettant un échange réciproque ou non d'informations entre l'émetteur et le récepteur.

6) **Standard ouvert** : tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données inter opérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre.

CHAPITRE II : PRESTATAIRES TECHNIQUES DE SERVICES AU PUBLIC UTILISANT LES TECHNOLOGIES DE L'INTERNET

Article 3 :

1) Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services au public par le biais des technologies de l'information et de la communication sont tenues de mentionner dans les contrats de leurs abonnés l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou au moins de les sélectionner. Les moyens techniques, dépendant de la nature de la prestation, sont précisés par décret.

2) Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, par la mise à disposition au public des biens et services, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent du présent article ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

3) Les personnes visées au point 2 du présent article ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées

à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

4) La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au point 2 du présent article lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

- a) la date de la notification des faits litigieux ;
- b) si le notifiant est une personne physique : nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;
- c) si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- d) le nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- e) la description des faits illicites et leur localisation précise ;
- f) les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- g) la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

5) Les personnes visées aux points 1 et 2 du présent article ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire.

Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantile, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre de tels agissements.

A ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur sont signalées et qu'exercent les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre public les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites.

Tout manquement aux obligations définies à l'alinéa précédent est puni en vertu des dispositions légales en vigueur.

6) Le juge compétent peut prescrire, en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au point 2 du présent article ou, à défaut, à toute personne mentionnée au point 1 du présent article, toute mesure propre à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

Article 4 :

Les personnes mentionnées aux points 1 et 2 de l'article 3 de la présente loi détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Les personnes mentionnées aux points 1 et 2 de l'article 3 de la présente loi fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 5 de la présente loi.

L'autorité judiciaire peut requérir la communication auprès des prestataires mentionnés aux points 1 et 2 de l'article 3 de la présente loi, des données mentionnées au premier article.

Le traitement de ces données est soumis aux dispositions de la loi sur la protection des données à caractère personnel.

Un décret, pris après avis de la Commission des Données Personnelles, définit les données mentionnées au premier alinéa du présent article et détermine la durée et les modalités de leur conservation.

Article 5 :

1) Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public par le biais des technologies de l'Internet mettent à

disposition du public, dans un stand ouvert :

- a) s'il s'agit de personnes physiques, leur nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, le numéro de leur inscription ;
- b) s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ou au répertoire national des entreprises et associations, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;
- c) le nom du directeur ou du codirecteur de la publication du service de communication au public par voie électronique et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction ;
- d) le nom, la dénomination ou la raison sociale, l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au point 2 de l'article 3 de la présente loi.

2) Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus par la présente loi.

Les personnes mentionnées au point 2 de l'article 3 de la présente loi sont assujetties au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 363 du code pénal, pour tout ce qui concerne la divulgation de ces éléments d'identification personnelle ou de toute information permettant d'identifier la personne concernée.

Ce secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire.

Article 6 :

Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public utilisant les technologies de l'Internet dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de modification ou d'opposition au message qu'elle peut adresser au service.

La demande d'exercice du droit de réponse est adressée au directeur de publication ou, lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à la personne mentionnée au point 2 de l'article 3 de la présente loi qui la transmet sans délai au directeur de la publication. Elle est présentée au plus tard dans un délai de trois (3) mois à compter de la mise à disposition du public du message justifiant cette demande.

Un décret fixe les modalités d'application du présent article.

Article 7 :

Lorsque les personnes visées au point 1 de l'article 3 de la présente loi invoquent, à des fins publicitaires, la possibilité qu'elles offrent de télécharger des fichiers dont elles ne sont pas les fournisseurs, elles font figurer dans cette publicité une mention facilement identifiable et lisible rappelant que le piratage nuit à la création artistique.

TITRE II : COMMERCE ÉLECTRONIQUE

CHAPITRE PREMIER : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

SECTION PREMIÈRE : Définitions

Article 8 :

Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure, à distance et par voie électronique, la fourniture de biens et la prestation de services.

Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales, des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, même s'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent.

Une personne est considérée comme étant établie au Sénégal au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité. S'agissant d'une personne morale, lorsque s'y trouve l'implantation de son siège social.

SECTION II : Liberté d'exercice du commerce électronique et de ses limites

Article 9 :

L'activité définie à l'article 8 de la présente loi s'exerce librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants :

- 1). les jeux d'argent, mêmes sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés;
- 2). les activités de représentation et d'assistance en justice ;
- 3). les activités exercées par les notaires en application des textes en vigueur.

Par ailleurs, lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un pays tiers, l'activité définie à l'article précédent est soumise aux dispositions légales en vigueur.

SECTION III : Obligation d'information du fournisseur électronique de biens ou de services

Article 10 :

Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 de la présente loi est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

- 1) s'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénom et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;
- 2) l'adresse complète de l'endroit où elle est établie, son adresse

de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;

- 3) si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ou au répertoire national des entreprises et associations, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;

- 4) si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et immatriculée au répertoire national des entreprises et associations, son numéro d'identification national des entreprises et associations (NINEA) ;

- 5) si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;

- 6) si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 de la présente loi doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

SECTION IV : Responsabilité contractuelle du fournisseur électronique de biens ou de services

Article 11 :

Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 8 de la présente loi est responsable de plein droit à l'égard de son cocontractant de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au cocontractant, soit à un cas de force majeure.

SECTION V : Dispositions de droit international privé

Article 12 :

L'activité définie à l'article 8 de la présente loi est soumise à la loi de l'Etat sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune volonté de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

L'application de l'alinéa précédent du présent article ne peut avoir pour effet de :

- 1) priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi sénégalaise relative aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par le Sénégal. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les

dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;

2) déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi sénégalaise pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national ;

3) déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs États membres de la Zone Franc, parties au Traité instituant une organisation intégrée de l'industrie des assurances dans les États africains et pour les engagements qui y sont pris.

CHAPITRE II : PUBLICITÉ PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Article 13 :

Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée.

Article 14 :

Les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque sur l'objet du courrier dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message.

Article 15 :

Les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles.

Article 16 :

1) Est interdite la prospection directe par envoi de message au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.

2) Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si :

a) les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi sur la protection des données à caractère personnel,

b) à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci.

Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé.

3) Un décret précise les conditions d'application du présent article, notamment eu égard aux différentes technologies utilisées.

Article 17 :

Sans préjudice des dispositions résultant de l'article 16 précédent, le consentement des personnes dont les coordonnées ont été recueillies avant la publication de la présente loi, dans les conditions prévues par la loi sur la protection des données à caractère personnel à l'utilisation de celles-ci à fin de prospection directe, peut être sollicité par voie de courrier électronique, pendant les six (6) mois suivant la publication de la présente loi.

A l'expiration de ce délai, ces personnes sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à fin de prospection directe si elles n'ont pas manifesté expressément leur consentement à celle-ci.

CHAPITRE III : OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES SOUS FORME ÉLECTRONIQUE EN GÉNÉRAL

Article 18 :

A défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique.

Article 19 :

Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 37 et 41 de la présente loi.

Lorsqu'un acte authentique est requis, son établissement et sa conservation sous forme électronique obéissent aux conditions posées à l'article 41 de la présente loi.

Dans l'hypothèse où il est exigé une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

Lorsque celui qui s'oblige par voie électronique ne sait ou ne peut écrire, il doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte, son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. La présence des témoins certificateurs dispense celui qui s'oblige électroniquement de l'accomplissement des formalités prévues par l'alinéa précédent.

Article 20 :

Il est fait exception aux dispositions de l'article 19 de la présente loi pour :

- 1) les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;

- 2) les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

CHAPITRE IV : CONTRATS SOUS FORME ÉLECTRONIQUE EN GÉNÉRAL

SECTION PREMIÈRE : Echange d'informations en cas de contrat sous forme électronique

Article 21 :

La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services.

Article 22 :

Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.

Article 23 :

Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse professionnelle électronique. Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.

SECTION II : Conclusion d'un contrat sous forme électronique

Article 24 :

Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à la disposition de la clientèle les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre :

- 1) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
- 2) les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
- 3) les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
- 4) en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
- 5) les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

Article 25 :

Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et d'exiger la correction d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

Article 26 :

Il peut être dérogé aux dispositions de l'article 24 de la présente loi dans les conventions conclues entre professionnels.

SECTION III : Envoi ou remise d'un écrit par voie électronique

Article 27 :

L'écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

Article 28 :

Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique.

L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret.

Article 29 :

Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.

Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

Les modalités d'application du présent article de la présente loi sont fixées par décret.

Article 30 :

Hors les cas prévus aux articles 24 et 25 de la présente loi, la remise d'un écrit sous forme électronique est effective lorsque le destinataire, après en avoir pris connaissance, en a accusé réception.

Si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture.

SECTION IV : Exigences de forme et de conservation

Article 31 :

Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit

répondre à des exigences équivalentes.

L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie.

Article 32 :

L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire.

Article 33 :

Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé à 20.000 francs, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par l'article 37 de la présente loi et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande.

CHAPITRE V : FACTURATION SOUS FORME ÉLECTRONIQUE

Article 34 :

L'écrit sous forme électronique est admis en facturation au même titre que l'écrit sur support papier, pour autant que l'authenticité de l'origine des données qu'il contient et l'intégrité de leur contenu soient garanties.

Article 35 :

La conservation d'une facture par voie électronique est effectuée au moyen d'équipements électroniques de conservation de données, y compris la compression numérique.

Pour les factures qui sont conservées par voie électronique, les données garantissant l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu de chaque facture doivent également être conservées.

TITRE III : MECANISMES DE SECURISATION DES TRANSACTIONS ELECTRONIQUES

Article 36 :

La preuve par écrit ou preuve littérale est établie conformément aux dispositions de l'article 27 de la présente loi.

date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

Article 37 :

L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Article 38 :

Le fournisseur de biens ou prestataire de services par voie électronique qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence et, lorsqu'il se prétend libéré, doit prouver que l'obligation est inexistante ou éteinte.

La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de dix (10) ans et dans les conditions suivantes :

Article 39 :

Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support.

- 1) l'information que contient le message de données doit être accessible, lisible et intelligible pour être consultée ultérieurement ;
- 2) le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ;
- 3) les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de

Article 40 :

La copie ou toute autre reproduction d'actes passés par voie électronique a la même force probante que l'acte lui-même lorsqu'elle est certifiée conforme par des organismes agréés par l'Agence de l'Informatique de l'Etat selon des règles définies par décret.

La certification donne lieu, le cas échéant, à la délivrance d'un certificat de conformité.

Article 41 :

La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.

La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée.

L'acte authentique peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret.

Article 42 :

Sans préjudice des dispositions en vigueur, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat numérique est admise comme signature au même titre que la signature autographe.

Nul ne peut être contraint de signer électroniquement.

TITRE IV - TRANSMISSION PAR VOIE ELECTRONIQUE DES DOCUMENTS OU ACTES ADMINISTRATIFS

CHAPITRE PREMIER - ECHANGES D'INFORMATIONS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Article 43 :

Tous les échanges d'informations, de documents ou des actes administratifs peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique.

Article 44 :

Les échanges d'informations intervenant en application du code des marchés publics peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique.

1° - Le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions prévues à l'article 45 ci-dessous. Néanmoins, au cas où ces dernières le demandent, ces documents leur sont transmis par voie postale.

2° - Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par l'article 45 ci-dessous.

3° - Les dispositions du code des marchés publics qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique.

Article 45 :

Les modalités du réseau informatique, sur lequel les documents et renseignements visés au point 1 de l'article 44 de la présente loi peuvent être mis à la disposition des personnes intéressées, sont précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Quel que soit le mode de passation des marchés, les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation. A cet effet, les responsables du marché doivent fournir le nom de l'organisme, celui de la personne physique à contacter, les documents à télécharger et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception.

Quel que soit le mode de passation des marchés, la personne responsable du marché peut également envoyer par voie électronique

la lettre de consultation aux candidats invités à présenter une offre. Hormis le cas des marchés par entente directe ou de gré à gré, mention doit avoir été faite de cette possibilité dans l'avis d'appel public à concurrence.

Les personnes intéressées et les candidats peuvent demander que les documents mentionnés au premier alinéa du présent article leur soient envoyés par voie postale, sous forme d'un support physique électronique ou sous forme d'un support papier.

Les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa du présent article conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation le permet, la transmission sur un support physique électronique.

Article 46 :

La décision par laquelle la personne publique accepte la transmission des candidatures et des offres par voie électronique ainsi que les modalités de cette transmission sont mentionnées dans l'avis d'appel d'offres ou, dans le cas des marchés par entente directe ou de gré à gré, dans la lettre de consultation.

Les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées par la présente loi.

Dans les documents ou informations fournis à l'appui de leur candidature, qui pourront être également transmis par voie électronique, les candidats doivent désigner la personne habilitée à les représenter. Ils mettent en place des procédures permettant à la personne responsable du marché de s'assurer que les candidatures et les offres sont signées et transmises par la personne habilitée.

La transmission des candidatures et des offres doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique.

L'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION COMMERCIALE DE L'OHADA AUX SOCIETES DU SECTEUR PARA- PUBLIC

Les sociétés du secteur para- public relèvent- elles toujours de la loi 90-07 ou sont- elles assujetties à l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique?

C'est à cette question que tente de répondre la présente note qui montre que :

- la loi 90-07 n'est qu'une étape d'un processus et ,
- que l'Acte Uniforme en constitue l'achèvement.

En ce sens, il devient tout à fait possible de constituer un société commerciale à participation publique sous l'empire exclusif de l'Acte Uniforme.

I- La loi n° 90- 07 : Une étape d'un processus

Cette loi définit le cadre des activités commerciales et industrielles de l'Etat en soumettant de manière variable ces activités au droit des sociétés commerciales.

En réalité, il s'agissait d'une réponse adéquate à un contexte circonstancié.

L'intérêt ici, est qu'une bonne partie des investissements publics réalisés sous la forme sociétaire n'était pas réfractaire, bien au contraire, au droit commun des sociétés commerciales.

A- Le cadre des activités industrielles et commerciales des personnes publiques est régi au Sénégal par la loi n° 90- 07 du 26 juin 1990.

D'après cette loi, le secteur para- public comprend:

- les établissements publics à caractère industriel et commercial,
- les sociétés nationales,
- les sociétés anonymes à participation publique majoritaire.

C'est cette même loi qui détermine les conditions dans lesquelles les sociétés anonymes à participation publique minoritaire et les personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique sont assujetties au contrôle de l'Etat.

B- Le texte de 1990 a instauré un climat de soumission variable des activités industrielles et commerciales de l'Etat au droit commercial.

- **les EPIC** (Etablissements Publics à caractère Industriel et Commercial) sont des personnes morales de droit public spécialisées, dotées d'un patrimoine propre, de l'autonomie financière et ne bénéficiant d'aucun apport privé constitutif de leurs fonds de dotation. Du point de la structuration administrative d'ailleurs, les **EPIC** sont assimilés à des structures décentralisées à l'instar des commune et des communautés rurales (décentralisation technique).

A l'exception de leurs contrats à caractère administratif, ils sont, dans leurs rapports avec les tiers, soumis, dans une très large proportion, aux règles du droit privé.

De par leur nature de personnes morales de droit public, les **EPIC** ne sont pas concernés par la réglementation des sociétés commerciales et seront, par conséquent, exclus du champs de notre réflexion.

- **les Sociétés Nationales** sont des sociétés par action de droit privé dont le capital est intégralement souscrit par l'Etat et, le cas échéant, par d'autres personnes morales de droit public (démembrements de l'Etat). Dans tous les cas, la participation directe de l'Etat est supérieure à 50% du capital social. leur création est autorisée par la loi et leurs règles d'organisation et de fonctionnement sont conformes à des statuts- types fixés par décret. Ces sociétés nationales étaient soumises à la loi n85-40 portant 4^{ème} partie du Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) au droit commun des sociétés commerciales (1080 du COCC).

Aujourd'hui, ce texte est abrogé par l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Cette abrogation n'empêche pas, bien au contraire, de considérer que les sociétés nationales continuent de relever du droit commun des sociétés commerciales (donc aujourd'hui de l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique) d'autant plus que la réglementation de l'OHADA, texte supra- national, ne reconnaît que la Société Anonyme comme forme de sociétés par actions.

En conséquence, les sociétés nationales ne peuvent se présenter que sous la forme Anonyme prévue par l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. D'ailleurs, le but du recours au moule de la Société Anonyme est de donner à l'Etat plus de liberté dans la gestion de ces entreprises.

Ainsi, étant des sociétés par actions, les sociétés nationales sont concernées par l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique et, de ce point de vue, entrent dans le champs de notre réflexion.

- **les Sociétés anonymes à participation publique majoritaire** sont des sociétés dans lesquelles une ou plusieurs personnes publiques possèdent directement ou indirectement au moins 50% du capital social. Leurs règles de création, d'organisation et de fonctionnement sont prévues par le droit commun des sociétés commerciales sous réserve des dispositions légales particulières.

Ces sociétés dans lesquelles l'Etat n'a pas l'exclusivité du capital sont considérées comme des sociétés de droit privé soumises totalement à la législation commerciale. Elles demeurent cependant, par des biais divers, sous le contrôle de l'Etat et doivent respecter les principes généraux du commerce et de l'industrie.

Il ne fait aucun doute qu'elles intéressent notre réflexion.

- **les Sociétés anonymes à participation publique minoritaire** sont des sociétés de droit privé dans lesquelles la participation publique est inférieure à 50%. C'est à titre exceptionnel et sur décision présidentielle que l'Etat peut y exercer son contrôle.

Ces sociétés aussi entrent dans le champs de notre réflexion.

En définitive, à l'exclusion des **EPIC**, qui sont des personnes morales de droit public, tous les autres groupements commerciaux du secteur public (sociétés nationales, sociétés anonymes à participation publique majoritaire ou minoritaire) sont concernés par le droit commun des sociétés commerciales.

C- A l'analyse, il s'avère que la loi de 1990 sur le secteur public apparaît comme une étape dans la volonté des pouvoirs publics de simplifier le cadre de l'autonomie des entreprises publiques.

En effet, l'exposé des motifs de cette loi énonce clairement que:

" fort de l'expérience acquise ces dernières années en matière d'organisation et de contrôle des entreprises publiques et eu égard aux grandes orientations de la politique économique et financière de l'Etat, une nouvelle étape peut aujourd'hui être franchie. Elle permettra de créer un cadre institutionnel propre à insuffler un dynamisme nouveau aux entreprises publiques et à améliorer leur potentiel de production. Les finances publiques se trouveront ainsi soulagées d'une partie des charges qui pesaient sur elles."

En réalité, la loi 90- 07 apparaît comme une loi de privatisation de la gestion des entreprises du secteur public. Il est vrai que l'Etat y conserve encore des prérogatives, mais ces dernières son plutôt liées à des préoccupation de contrôle a posteriori plus conforme avec les exigences de responsabilisation de l'entreprise publique.

Dix ans après, une nouvelle étape peut être franchie. C'est l'œuvre de l'OHADA qui, dans ses dispositions consacrées au droit commercial général et au droit des sociétés commerciales, procède à une unification du régime de toutes les sociétés commerciales, y compris celles dans lesquelles un État ou une personne morale de droit public est associée (article 1^{er} de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général et article 1^{er} de l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique).

Ce faisant, les sociétés nationale et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire ou minoritaire sont logées à la même enseigne que les autres sociétés commerciales à participation privée exclusive.

En conséquence, la loi 90- 07 ne subsistera après l'OHADA, que dans ses dispositions relatives aux **EPIC**, personnes morales de droit public. Le "législateur" de l'OHADA s'est inspiré ici d'une méthode très connue d'expansion du droit commercial qu'est le recours à la commercialité formelle. A l'origine, en effet, pour définir les opérations commerciales, on se référait à leur objet. Aujourd'hui, c'est la loi elle-même qui répute commerciales, par leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

De ce point de vue, toutes les sociétés à participation publique qui émettent des actions (sociétés nationales) ou qui ont la forme anonyme (à participation majoritaire ou minoritaire) relèvent de la nouvelle législation issue de l'OHADA.

II- L'Acte Uniforme : L'achèvement du processus.

Pour comprendre l'articulation des Actes Uniformes avec les législations nationales, il convient de prendre en compte les objectifs visés par les signataires du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Il s'agissait au départ de promouvoir un droit des affaires unifié susceptible de mettre à terme à l'insécurité juridique résultant de l'archaïsme des textes et surtout de la disparité des législations nationales en la matière.

En effet, le droit des affaires dans les pays d'Afrique francophone était très disparate¹, le droit français applicable un peu partout n'ayant pas connu les mêmes évolutions au fil du temps selon les pays.

Or, l'absence d'harmonisation, sinon d'unité, des règles de droit applicable aux relations économiques et commerciales est source d'incertitude et n'est pas de nature à favoriser les échanges et les investissements d'un pays à l'autre tant à l'intérieur de la zone franc que dans les rapports entre le continent africain et le reste du monde².

Il fallait donc substituer une législation unique aux différentes législations nationales.

A- Dans ces conditions, l'harmonisation s'accompagne nécessairement de l'exclusion des législations nationales.

En matières de sociétés commerciales, l'exclusion résulte clairement de l'article premier de l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique **"toute société commerciale, y compris celle dans laquelle l'Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé dans l'un des Etats- Parties, est soumis aux dispositions de l'Acte Uniforme"**.

Il suffit donc que la société soit commerciale pour entrer dans le champs d'application de l'Acte Uniforme. Il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'Etat ou une personne morale de droit public est ou non partie.

Au vu de ce qui précède, on ne comprendrait pas que puisse survivre dans les Etats- Parties, des textes ayant pour vocation de créer des sociétés échappant complètement aux dispositions de l'Acte Uniforme, soit parce que ce serait une forme différente de celles prévues par l'Acte Uniforme, soit parce que ce serait des sociétés qui, bien que rentrant dans la catégorie prévue par l'Acte Uniforme, obéiraient à des règles de constitution, de fonctionnement et de dissolution tout à fait différentes.

¹ V. DECOTTIGNIES, "Sur les pistes de l'Afrique Noire", Mélanges Hamel, Dalloz 1960, page 383

² V. Ph Le BOULANGER, "L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", Revue arbitrage 1999 n°3, page 541.

RAPPORT GENERAL DE LA SESSION DU 22 au 26 novembre 2010

Le séminaire de formation des magistrats et juges consulaires des tribunaux de commerce du Burkina Faso, débuté le 15 novembre 2010, s'est poursuivi du 22 au 26 novembre 2010 avec la présentation, du thème portant sur le droit commercial général et le droit des technologies de l'information et de la communication.

Après une brève cérémonie d'ouverture présidée par Monsieur Paul N'Dick FAYE, assurant l'intérim du Directeur général de l'ERSUMA, absent et consacrée à la présentation des participants et du formateur, en la personne de SAKHO Abdoulaye, Professeur agrégé des facultés de droit, Directeur de l'Ecole Doctorale des Sciences Juridique, Politique, Economique et de Gestion de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, ce dernier a pris la parole pour présenter l'ossature générale de son exposé qu'il a subdivisé en différents points suivants : introduction générale (I), les conditions d'accès à la profession de commerçant (II), la condition juridique du commerçant (III), les intermédiaires de commerce (IV), la vente commerciale (V) et le droit des technologies de l'information et de la communication (VI).

I- INTRODUCTION GENERALE

Le droit commercial est défini comme l'ensemble des règles juridiques applicables aux opérations juridiques faites par les commerçants soit entre eux soit avec leurs clients. Ainsi défini, le droit commercial, a pris progressivement son autonomie par rapport au droit civil et a dû développer des techniques propres pour répondre aux spécificités de la matière qu'il régit. Ce particularisme du droit commercial se justifie essentiellement par le besoin de rapidité et de sécurité qui caractérise le monde des affaires. Au nombre des techniques développées par le droit commercial, on peut citer la liberté des modes de preuve, la prescription abrégée, la propriété commerciale, les sûretés

négatives, la présomption de la solidarité passive et l'inopposabilité des exceptions entre autres.

Cette notion classique et traditionnelle du droit commercial s'avère de nos jours être insuffisante à cerner totalement la matière du commerce qui, si jadis, s'exerçait dans un cadre beaucoup plus restreint, a connu une mutation tellement importante qu'elle s'accomplit dans un cadre beaucoup plus sophistiqué qu'est l'entreprise. Ce qui a d'ailleurs entraîné l'évolution de la notion de droit commercial vers celle de droit des affaires puis finalement vers celle de droit économique. Cette réalité nous amène à nous interroger sur la nécessité de continuer à définir le domaine d'application du droit commercial par la notion d'actes de commerce. En effet, il se pose de plus en plus la question de savoir si ce critère d'actes de commerce ne doit pas être remplacé par celui d'activités économiques pour pouvoir prendre en compte des activités suffisamment génératrices de revenus mais exclues du champ d'application du droit commercial parce que ne constituant pas des actes de commerce au sens classique du terme.

II- LES CONDITIONS D'ACCES A LA PROFESSION DE COMMERCANT

Elles sont constituées de conditions objectives et de conditions subjectives.

En ce qui concerne les conditions objectives et aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme sur le Droit Commercial Général (AU/DCG), pour avoir la qualité de commerçant, il faut accomplir des actes de commerce tels que énumérés à l'article 3 de l'AU/DCG, pour son propre compte et de façon professionnelle.

Les conditions subjectives sont relatives à la capacité d'exercer le commerce. Ainsi, pour pouvoir exercer une profession commerciale, il faut en principe être majeur. Cependant, le mineur dispose, lorsqu'il est émancipé, de la capacité d'exercer le commerce. Certaines personnes sont en revanche, en raison de leur fonction ou de leur état, interdites de faire le commerce. Il s'agit des

incompatibilités et des interdictions d'exercer le commerce prévues par les articles 8 et 9 de l'AU/DCG.

III- LA CONDITION JURIDIQUE DU COMMERCANT

L'exercice de la profession de commerçant fait naître à la charge de ce dernier des obligations de même qu'il lui confère des droits.

A- LES OBLIGATIONS DU COMMERCANT

En plus des obligations générales de respect des règles sociales et fiscales, il pèse sur le commerçant des obligations comptables et des obligations concurrentielles.

Les obligations comptables consistent pour le commerçant non seulement à tenir un livre journal, un grand livre et un livre d'inventaire mais aussi à élaborer annuellement des états financiers de synthèse.

Les obligations concurrentielles fondées sur l'obligation de loyauté et de bonne foi interdisent au commerçant :

- le dénigrement qui consiste à jeter le discrédit sur un concurrent dans le seul but de nuire à son commerce ;
- la confusion qui consiste entre autre à tirer profit d'une entreprise concurrente en faisant croire au public que les deux entreprises ne font qu'une;
- la désorganisation qui consiste à déstabiliser l'activité d'une entreprise par l'utilisation de moyens tels que l'espionnage industriel, le débauchage, le détournement de clientèle ;
- la concurrence parasitaire qui consiste pour une entreprise de créer la confusion à son profit en s'adressant à une clientèle différente.

La pratique des clauses de non concurrence et des clauses d'exclusivité permet également au commerçant de lutter contre ces pratiques anti-concurrentielles.

B- LES DROITS DES COMMERCANTS

Le commerçant bénéficie tout d'abord d'un privilège de droit et de juridiction constitué par l'existence d'un droit propre à la profession commerciale et d'une justice commerciale.

Le commerçant n'étant pas très souvent propriétaire du local dans lequel il exerce ses activités, il conclut un contrat de bail dit bail commercial avec le propriétaire du local. Pour protéger sa clientèle, il bénéficie d'un droit au renouvellement du bail.

A l'issue de cet exposé, il a été soumis aux participants un exercice de cas pratique portant sur le bail commercial. Ce cas pratique traitait des conditions de renouvellement d'un bail à durée déterminée qui comportait une clause de tacite reconduction que le locataire a entendu faire prévaloir sur les dispositions d'ordre public de l'article 92 AU/DCG qui imposent au locataire de demander le renouvellement par acte extrajudiciaire trois mois avant la fin du bail.

C- LES BIENS DU COMMERCANT

Le principal bien du commerçant est constitué de son fonds de commerce qu'il peut exploiter directement par lui-même, indirectement par le biais d'une location gérance tout comme il peut accomplir diverses opérations sur le fonds telles que la vente, le nantissement ou l'apport en société.

Le fonds de commerce peut être défini comme l'ensemble des moyens mobiliers corporels ou incorporels permettant au commerçant d'attirer et de conserver sa clientèle. Il comprend dans sa composition des éléments obligatoires constitués essentiellement du fonds commercial (clientèle, enseigne ou nom commercial) et des éléments facultatifs qui peuvent être mobiliers corporels (marchandises,

matériel et outillage etc.) ou incorporels (agencement, aménagement et installations, brevet d'invention).

Le mode courant d'exploitation du fonds de commerce est l'exploitation directe par le commerçant lui-même. Ce dernier peut cependant concéder l'exploitation de son fonds à une tierce personne par le biais d'un contrat de location gérance.

Le fonds de commerce peut également faire l'objet d'opérations juridiques diverses tels que la cession, le nantissement ou l'apport en société.

La vente ou la cession du fonds de commerce obéit pour l'essentiel aux mêmes règles que la vente en général. Cependant, l'importance des intérêts en jeu nécessite un certain nombre de précautions destinées à protéger le vendeur lui-même, l'acquéreur et les créanciers du vendeur.

Le vendeur dispose en effet du privilège du vendeur (constitué du droit de suite et de préférence) et de l'action résolutoire.

L'acquéreur est quant à lui garanti contre l'éviction et les vices cachés.

La publicité de la vente du fonds de commerce dans un journal d'annonces légales permet aux créanciers du vendeur de demander le paiement du prix de la vente entre les mains d'un tiers désigné comme séquestre, de s'opposer à la vente ou de surenchérir.

IV- LES INTERMEDIAIRES DE COMMERCE

L'intermédiaire de commerce est 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 de commerce est un commerçant aux termes de l'article 138 AU/DCG.