



**SESSION DE FORMATION DES FORMATEURS
MAGISTRATS**

MODULE 1 & 2

Du 22 juillet au 09 août 2002

ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL

- ∞** *Accès et exercice de la profession commerciale*
- ∞** *Registre du commerce*
- ∞** *Fonds de Commerce*
- ∞** *Intermédiaires de commerce*

COMMUNICATION DE :

M AKUETE PEDRO SANTOS

MAITRE DE CONFERENCE AGREGÉ

FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE LOME

ACCES ET EXERCICE DE LA PROFESSION COMMERCIALE.

I - GENERALITES

L'AUDCG est un des tous premiers textes qui matérialisent l'ambition de l'OHADA d'uniformiser le droit des affaires dans les pays francophones d'Afrique. Il est relatif au droit commercial général, c'est-à-dire à la partie du droit commercial qui peut être qualifiée de fondamental, fondamental en ce qu'elle procède de la nature initiale du droit commercial : dégager les règles du droit commun du carcan civiliste pour obtenir des règles pragmatiques, facile à appréhender par des personnes averties, des personnes ayant adopté des pratiques qu'elles entendent préserver.

Le droit commercial c'est la branche mère qui est restée sourde aux tentations d'éclatement ou d'autonomie qui peuvent être observées s'agissant du droit des transports par exemple ou encore du droit des sociétés. Le législateur de l'OHADA a joint à ce droit, la vente commerciale et les intermédiaires de commerce que se sont appropriées respectivement le droit des contrats commerciaux et le droit de la distribution.

L'ambition d'harmonisation ou d'uniformisation passe par l'adoption de principes fondateurs sans équivoque sans lesquels l'entreprise serait vouée à l'échec. Le propre de la loi c'est d'être obligatoire. L'article 10 du Traité règle en grande partie le problème : les Actes Uniformes sont directement applicables sur le territoire des États parties nonobstant toute antérieure ou postérieure contraire.

Les États parties renoncent à leur législation antérieure et s'interdisent de légiférer dans des matières couvertes par les Actes Uniformes à moins que le législateur de l'OHADA lui-même ne les y invite à travers ses dispositions. Cela ne signifie pas pour autant que les États abandonnent toute leur législation antérieure. Celle-ci peut subsister mais seulement dans la mesure compatible avec les dispositions de l'Acte Uniforme. C'est le point de vue exprimé dans l'article 1^{er} al. 2 "tout commerçant demeure soumis aux lois non contraires au présent Acte Uniforme, qui sont applicables dans l'État partie où se situe son établissement ou son siège social". Il y a lieu de s'arrêter un moment et de réfléchir sur le sens qu'il convient de donner à cette disposition.

Tout commerçant s'entend forcément du commerçant tel que définit par l'AUDCG.

Le terme loi recèle une certaine ambiguïté dans la mesure où il peut désigner à la fois un ensemble de dispositions cohérentes applicables à une matière donnée, par exemple la loi sur les baux commerciaux et une disposition prise en tant que telle, exemple l'article 10 de la loi sur les baux commerciaux.

Problème : l'article 55 de la loi du 16 juin 1982 selon lequel toute personne intéressée peut prendre copie des éléments d'immatriculation auprès du greffe reste-t-il applicable ?

Il y a lieu de retenir la loi dans le sens de la disposition spécifique. La solution se révèle périlleuse mais utile en ce qu'elle permet de combler les lacunes de l'AUDCG. Elle correspond à ce que le législateur de l'OHADA retient lui-même dans l'article 916 de l'AUSCGIE et dans l'article 150 AUS.

Le terme contraire ne soulève pas de difficultés particulières puisque la comparaison entre les dispositions antérieure de la loi nationale et celles de l'Acte Uniforme révélera la compatibilité ou la contrariété. Il reste que certains cas peuvent être difficiles à régler.

A présent, qui est soumis à l'AUDCG ? La réponse est simple : le commerçant mais encore ? D'abord les commerçants personnes physiques ou morales ensuite les GIE et enfin les sociétés commerciales dans lesquelles l'État ou une personne morale de droit public est associé, ce qui exclut les établissements publics.

En outre, ces commerçants, personnes physiques ou morales et les GIE doivent se situer sur le territoire de l'un des États parties. L'AUDCG sera applicable à la succursale de la société étrangère installée sur le territoire d'un des États de l'OHADA. Le législateur a choisi le critère le plus simple, le critère du lieu de l'exercice de l'activité commerciale.

L'AUDCG est aujourd'hui applicable dans nos États depuis 1998 et la question des dispositions transitoires devrait être réglée puisqu'aux termes de l'article 1^{er} alinéa 3 tout commerçant mettre les conditions d'exercice de son activité en harmonie avec les nouvelles dispositions.

Cela suppose notamment que le commerçant s'est fait réimmatriculer, il a modifié son bail et ses conditions générales de vente. Mais en réalité, chacun sait que tel n'est pas le cas parce qu'il faut compter la force d'inertie des Africains en la matière.

Néanmoins, l'alinéa 4 contient une solution, il appartiendra à un intéressé de requérir cette régularisation auprès du juge sous astreinte. En clair, le propriétaire non commerçant d'un local commercial peut saisir le juge notamment le président du tribunal pour lui demander d'ordonner la régularisation du bail.

Ce sont des précisions nécessaires à la bonne compréhension de l'AUDCG

S'agissant de l'accès à la profession de commerçant et de son exercice il faut avouer que dans l'ensemble le législateur a reconduit les anciennes solutions. Les conceptions classiques ont été reconduites dans leur ensemble et avec leur ambiguïté

II DEFINITION DU COMMERÇANT ET LES CONDITIONS D'ACCES A LA PROFESSION

L'article 2 AUDCG définit le commerçant comme celui qui accomplit des actes de commerce et en fait leur profession habituelle.

L'AUDCG ne définit pas l'acte de commerce tout comme le code de commerce français mais se contente de les énumérer. C'est ainsi que l'article 3 de l'Acte dispose qu'"ont le caractère d'actes de commerce, notamment, l'achat de bien meubles ou immeubles en vue de leur revente, les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit, les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce, l'exploitation industrielle de mines, de carrières et de tout gisement de ressources naturelles, les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication, les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtage, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciales ou immobilières, Les actes effectués par les sociétés commerciales".

L'article 4 précise qu'"ont également le caractère d'acte de commerce, et ce, par leur forme, la lettre de change et le billet à ordre et le warrant". A cela s'ajoutent les sociétés commerciales à raison de 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 (article 6 AUSCGIE).

La liste des actes révèle que l'Acte a innové par rapport au droit antérieur. Ainsi, de nouvelles opérations sont réputées actes de commerce telles l'achat d'immeubles en vue de la revente, l'exploitation industrielle de carrière et de gisement, les opérations de transit et de télécommunication, les opérations d'intermédiaire sur les immeubles.

A lire l'article 2, l'on penserait qu'il suffit d'accomplir des actes de commerce pour devenir commerçant. En réalité, si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. En effet, pour être commerçant, il faut avoir la capacité, ne pas être frappé par une interdiction ou une incompatibilité et respecter certaines obligations.

A - LA CAPACITE D'EXERCER LE COMMERCE.

Les professions commerciales sont source de risques que, il est donc normal d'écarter de ces professions ceux qui peuvent être facilement vulnérables. C'est pourquoi l'article 6 AUDCG dispose que "nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce". Il résulte de ce texte que ne peuvent être commerçants, les mineurs non émancipés et les majeurs incapables.

L'article 7 est très explicite sur ce point en disposant que "le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce". La solution est justifiée car les intéressés sont très jeunes pour mesurer le risque qu'ils courent en accomplissant des actes de commerce.

Aucune autorisation ou aucun procédé détourné ne peut lever cette incapacité puisqu'il s'agit d'une incapacité de jouissance et non pas d'exercice.

La sanction de l'incapacité du mineur est double :

- d'une part, il ne peut acquérir la qualité de commerçant. Il ne peut ni faire l'objet d'un redressement judiciaire ni être attrait devant les juridictions commerciales, même si, en fait, il a exercé une activité commerciale ;

- d'autre part, les actes de commerce, même isolés, conclu par le mineur sont nuls.

Il faut préciser que tout comme dans le droit antérieur, le mineur émancipé peut avoir la qualité de commerçant en vertu de l'article 7.

En ce qui concerne le conjoint d'un commerçant, il n'aura la qualité de commerçant, en vertu de l'article 7 al. 2 que s'il accomplit des actes à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux. Ici, ce n'est plus le mari qui est réputé commerçant en cas d'exercice en commun mais un conjoint. L'un aura la qualité de commerçant si l'autre ne fait que l'assister.

B - LES INTERDICTIONS ET LES INCAPACITES.

L'article 10 dispose que « nul ne peut exercer une activité commerciale, directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet ».

- d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des États parties ; que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire ;

- d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ; dans ce cas, l'interdiction ne s'applique qu'à l'activité commerciale considérée ;

- d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins 3 mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière".

L'interdiction à titre temporaire d'une durée supérieure à 5 ans de même que l'interdiction à titre définitif, peuvent être levées, à la requête de l'interdit, par la juridiction qui a prononcé cette interdiction (article 11).

S'agissant de l'interdiction du failli, il prend fin par la réhabilitation dans les conditions et formes prévues par l'AUPC.

Il convient de relever que selon l'article 12, les actes accomplis par un interdit sont inopposables aux tiers de bonne foi. Ils sont toutefois opposables à l'interdit.

Pour ce qui concerne les incompatibilités, elles sont prévues par les articles 8 et 9. En effet, l'article 8 dispose que "nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité.

L'article 9 prévoit que l'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes :

- fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;
- officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateurs et liquidateurs judiciaires ;
- expert comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime ;
- plus généralement, de toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale.

C - L'EXERCICE D'UNE ACTIVITE COMMERCIALE.

L'article 2 définit le commerçant comme celui qui accomplit des actes de commerce, et en fait sa profession habituelle. Pour être donc commerçant, il faut exercer des activités bien déterminées qui sont énumérées aux articles 3 et 4, à titre de profession habituelle. Mais l'on peut dire que cet article est quelque peu incomplet dans la mesure où il ne précise pas que ces activités doivent être exercées de manière indépendante.

1 - L'accomplissement des actes de commerce à titre personnel et indépendant.

Malgré le silence de l'AUDCG sur ce point, il est admis que la qualité de commerçant suppose l'indépendance. Ainsi, celui qui accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. De la sorte, le salarié lié au commerçant par un contrat de travail n'a pas la qualité de commerçant. C'est également le cas du fondé de pouvoirs qui, en vertu d'une procuration, conclut des contrats au nom et pour le compte de son patron. Cela s'explique par la théorie de la représentation selon laquelle le mandataire s'efface une fois le contrat conclu et cet acte produit directement ses effets à l'égard du mandant. Le conjoint qui collabore au commerce de son époux commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son époux. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 6 AUDCG, la simple collaboration de l'époux ne lui confère pas la qualité de commerçant.

2 - L'accomplissement d'acte de commerce à titre habituel.

Le particulier peut accomplir occasionnellement des actes de commerce sans pour autant devenir commerçant. Cette qualité ne lui sera acquise, conformément à l'article 2 AUDCG que s'il le fait de manière habituelle et à titre professionnel. L'habitude est caractérisée par un élément matériel qui suppose une répétition et une durée. Elle suppose aussi un élément intentionnel : l'intention d'être commerçant.

La profession est définie dans le langage courant comme une occupation déterminée et apparent dont on peut tirer ses moyens d'existence. Le professionnel s'oppose à l'amateur. Il bénéficie d'une certaine organisation. Il possède une certaine compétence et agit dans un but intéressé. L'indice généralement retenu pour déterminer la qualité d'une personne commerçante est son immatriculation au RCCM. Il ne s'agit là que d'une présomption simple pouvant être combattue par la preuve contraire.

Lorsque la profession commerciale constitue la profession principale, l'intéressé est alors commerçant. Cela même si il exerce accessoirement une profession civile. Lorsque la profession commerciale est secondaire mais sans lien nécessaire avec la profession civile principale, l'intéressé est également considéré comme commerçant. Au contraire, lorsque l'activité commerciale est le complément nécessaire d'une profession non commerciale, l'intéressé n'acquiert pas pour autant la qualité de commerçant.

III - LES OBLIGATIONS DU COMMERCANT.

Aux termes de l'article 13 AUDCG, tout commerçant personne physique ou morale doit tenir un journal enregistrant au jour le jour ses opérations commerciale. Il doit tenir également un grand livre avec balance générale récapitulatif ainsi qu'un livre d'inventaire.

Le commerçant, personne morale doit en plus respecter les dispositions prévues par l'AUSCGIE et l'Acte Uniforme relatif au droit comptable. Il doit par ailleurs ses états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit comptable.

Le commerçant a l'obligation aux termes de l'article 25 AUDCG, de requérir au greffe de la juridiction compétente son immatriculation au RCCM dans le premier mois d'exploitation de son activité.

LE REGISTRE DU COMMERCE ET DU CREDIT MOBILIER.

L'institution du registre du commerce remonte à loi française du 18 mars 1919 introduite dans le droit des États d'Afrique pendant la période coloniale. Certains de ces États ont, depuis l'indépendance, adopté des textes nationaux qui se trouvent aujourd'hui vidés de leur substance par l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) au 1^{er} janvier 1998.

Le livre II consacré à ce qu'il faut désormais appeler Registre du commerce et du crédit Mobilier (RCCM) opère une refonte des législations existantes dans les États parties. Le registre garde son objectif traditionnel de répertoire de renseignements donnés sur les commerçants personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation.

L'article 19 de l'Acte Uniforme précise dans ce sens que le RCCM a pour objet de recevoir d'une part les informations relatives à l'immatriculation des personnes physiques commerçantes et des sociétés commerciales et du GIE et permettant l'identification de l'entreprise commerciale de son activité et de ses dirigeants et d'autre part, les informations relatives aux événements marquant la vie de l'entreprise modifications, dissolution ou cessation d'activités.

L'Acte uniforme innove cependant en érigeant le nouveau RCCM en un instrument de renforcement de la sécurité du crédit et des transactions. A cet effet le RCCM reçoit dorénavant l'inscription des sûretés mobilières énumérées à l'article 19-2è, leur constitution, leur modification et leur cessation.

De manière générale la refonte opérée concerne quatre (4) points :

- la structure du RCCM ;
- le fonctionnement du RCCM ;
- les effets de l'inscription ;
 - le contentieux de l'inscription.

I^{ère} : PARTIE LA STRUCTURE DU REGISTRE DU COMMERCE ET DU CREDIT MOBILIER

Le RCCM n'est pas un document unique, il est constitué par un registre local et des registres centraux.

CHAPITRE I : LE REGISTRE LOCAL.

Tenu par le greffe du tribunal de commerce ou son équivalent sous la surveillance du Président ou d'un juge délégué à cet effet, le RCCM comporte un registre d'arrivée et une collection des dossiers individuels.

1 - Le registre d'arrivée ou registre chronologique.

Aux termes de l'article 21-1° de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, le registre d'arrivée mentionne dans l'ordre chronologique la date et le numéro de chaque déclaration acceptée, l'identité complète du déclarant ainsi que l'objet de la déclaration.

2 - La collection des dossiers individuels

Les dossiers individuels sont tenus par ordre alphabétique. Ils comprennent :

Pour les personnes physiques, sous l'indication de leur identité complète, la nature de l'activité exercée et de l'adresse de leur principal établissement, ainsi que de celle des établissements créés dans le ressort de la juridiction du siège social, ou hors de ce ressort, l'ensemble des déclarations, actes et pièces déposés les concernant ;

Pour les personnes morales assujetties, sous l'indication de leur identité, de leur forme juridique, de la nature de l'activité exercée, de l'adresse du siège social ainsi que celle du siège social des établissements créés dans le ressort de la juridiction ou hors de ce ressort, l'ensemble des déclarations , actes et pièces les concernant.

CHAPITRE II : LES REGISTRES CENTRAUX

Qualifiés de fichiers par l'OHADA(1), ces registres existent au niveau national et au niveau régional.

1 - Le fichier national

Le fichier national centralise les renseignements consignés dans chaque RCCM (article 20 al2). Il doit exister dans chaque État partie.

L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général ne prévoit pas l'organe habilité à tenir le fichier national . A qui doit-on confier le fichier national ? Il reviendra à l'Etat partie de prendre une mesure d'application désignant l'organe habilité à gérer ce fichier.

2 - Le fichier régional.

Tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, le fichier régional centralise les renseignements contenus dans chaque fichier national.

Les fichiers national et régional comprennent chacun un extrait de chaque dossier individuel, tenu par ordre alphabétique au niveau local.

Bien que l'article 20 al 3 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général prévoit que le fichier régional est tenu auprès de la CCJA, il ne précise pas l'organe à qui devra être confié ce fichier. Par ailleurs qui peut interroger le fichier ? quelle est la valeur juridique des renseignements tirés du fichier ? Les parties ou les tiers sont-ils liés par ces renseignements ?

(1) L'organisation du RCCM telle que conçue par l'OHADA s'est inspirée largement de celle adoptée par le décret français du 23 mars 1967. Sans doute, l'adoption du terme « fichier » proviendrait-t-elle du 1^{er} article du 27 juillet 1963 qui prévoyait que le registre du commerce et des sociétés, en France, comporte deux fichiers (un pour les personnes physiques et un autre pour les personnes morales)

II^{ème} PARTIE LE FONCTIONNEMENT DU RCCM

Le RCCM reçoit l'immatriculation des commerçants et autres personnes assujetties ainsi que l'inscription des sûretés mobilières

Chapitre I : L'immatriculation au RCCM

L'immatriculation vise des personnes et des actes déterminés selon une procédure établie par l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

Paragraphe 1 : Les personnes et les actes concernés.

1 - Les personnes visées

a - Les personnes physiques

Ce sont les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. Ainsi, aux termes de l'article 2 de cet acte ; « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle » (1)

b - Les sociétés commerciales

Les sociétés commerciales visées sont prévues par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE à savoir la société en non collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée et la société anonyme qu'elle soit pluripersonnelle ou unipersonnelle à l'exclusion de la société en participation et de la société de fait.

c - Les autres personnes morales

Au premier rang de ces personnes morales, il y a lieu de mentionner le GIE (nouveau venu dans le droit positif de la plupart des États parties) Le GIE n'est pas commercial par la forme. Sont également soumises à la formalité de l'immatriculation, les sociétés commerciales dans lesquelles un État ou une personne morale de droit public est associé : il s'agit essentiellement des sociétés d'État et des sociétés d'économie mixte.

L'immatriculation concerne aussi les succursales des sociétés étrangères installées sur le territoire de l'un des États parties. Elles n'ont pas la personnalité morale (article 117 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés) mais elles doivent être immatriculées.

La question pourrait se poser de savoir si les associations exploitant de véritables entreprises ne sont pas, compte tenu de leur activité, soumises à la l'inscription. En réalité, faute d'indication contraire, elles échappent à l'immatriculation. Cette solution est confortée par la jurisprudence française actuelle.

2 - Les actes concernés

Il n'est plus question d'immatriculation mais simplement d'inscription. Ces actes sont divers.

a - Les actes constatant les modifications intervenues depuis l'immatriculation.

Toute modification significative dans la situation de l'assujetti doit être inscrite qu'elle concerne l'état ou la capacité des personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation (changement dans l'état civil, l'activité, les statuts etc).

(1) Pour la définition des actes de commerce, cf. article 3 AUDCG.

b - Les décisions mentionnées d'office (article 24)

Ces décisions sont obligatoirement transmises par la juridiction qui les a rendues au greffe. Elles sont de trois (3) ordres :

les décisions intervenues dans les procédures collectives d'apurement du passif ;

les décisions prononçant des sanctions patrimoniales contre les dirigeants des personnes morales ;

les décisions de réhabilitation ou les mesures d'amnistie faisant disparaître les déchéances ou interdictions.

Paragraphe 2 - La procédure d'immatriculation.

Pour s'inscrire, il faut une demande préalable qui ouvre la voie à l'immatriculation proprement dite. La procédure aboutit à l'attribution d'un numéro.

1 - La demande préalable

Il faut distinguer selon que la demande émane d'une personne physique ou d'une personne morale.

a - La demande émanant d'une personne Physique

Toute personne physique ayant la qualité de commerçant doit, dans le premier mois d'exploitation de son commerce, requérir du greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle ce commerce est exploité, son immatriculation au registre. La demande doit indiquer l'identité le domicile de l'assujetti, la ou les activités exercées, la forme d'exploitation, la date et le lieu du mariage, le régime matrimonial adopté, les clauses opposables aux tiers restrictives de la libre disposition des biens des époux ou l'absence de telles clauses, les demandes de séparation de biens, l'identité des personnes ayant le pouvoir d'engager par leur signature la responsabilité de l'assujetti, l'adresse du principal établissement et le cas échéant, celle de chacun des autres établissements ou succursales exploités sur le territoire de l'Etat partie, le cas échéant, la nature et le lieu d'exercice de l'activité des derniers établissements qu'il a exploités précédemment avec les indications du ou des numéros d'immatriculation au RCCM de ces établissements et des autres établissements (article 25).

A l'appui de ses déclarations, le requérant est tenu de fournir les pièces justificatives à savoir : un extrait de son acte de naissance, ou de son identité ; un extrait de son acte de mariage ; un extrait de son casier judiciaire, ou de tout autre document en tenant lieu. Si le requérant n'est pas originaire de l'Etat partie dans lequel il demande son immatriculation, il devra également fournir un extrait de son casier judiciaire émanant des autorités de son pays de naissance, et à défaut de document en tenant lieu, un certificat de résidence ; une copie du titre de propriété ou de bail du principal établissement, et le cas échéant, celui des autres établissements. En cas d'acquisition d'un fonds ou de location gérance, une copie de l'acte d'acquisition, ou de l'acte de location gérance. Le requérant devra, le cas échéant, fournir une autorisation préalable d'exercer le commerce.

b - La demande émanant d'une personne morale

Les sociétés et les autres personnes morales visées par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, doivent requérir leur immatriculation, dans le mois de leur constitution, au RCCM de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé le siège social. La demande doit mentionner l'identité de la personne morale, le sigle ou l'enseigne, la ou les activités exercées, la forme de la société ou de la personne morale, le montant du capital social avec l'indication des apports en numéraire et l'évaluation des apports en nature, l'adresse du siège social, et le cas échéant, celle du principal établissement et de chacun des autres établissements ; la durée de la société ou de la personne morale telle

que fixée par les statuts ; l'identité des associés tenus personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales, avec mention de leur nationalité, leur situation matrimoniale ; l'identité et le domicile des gérants administrateurs ou associés ayant le pouvoir général d'engager la société ou la personne morale de même que des commissaires aux comptes lorsque leur désignation est prévue par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

A cette demande sont jointes deux copies certifiées conformes des statuts, deux exemplaires de la déclaration de régularité et de conformité, ou de la déclaration notariée de souscription et de versement ; deux extraits du casier judiciaire des gérants, administrateurs ou associés tenus indéfiniment et personnellement responsables ou ayant le pouvoir d'engager la société.

2 - La procédure d'immatriculation proprement dite.

Aux termes de l'article 22 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, toutes les déclarations sont établies en quatre (04) exemplaires sur formulaires fournis par le greffe. Ils sont revêtus de la signature du déclarant, ou de son mandataire qui doit à la fois justifier de son identité et sauf s'il est avocat, notaire, ou syndic être muni d'une procuration signée du déclarant.

Le premier exemplaire est conservé par le greffe; le second est remis au déclarant avec mention de la date, et de la désignation de la formalité effectuée ; les troisième et quatrième exemplaires sont adressés par le greffe au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

Des formulaires ont été proposés sur le même principe que ce qui existe dans le système français: un identifiant alphabétique permet de distinguer les différents formulaires.

3 - L'attribution d'un numéro.

L'article 30 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que « dès que la demande du requérant est en état, le greffe lui attribue un numéro d'immatriculation et mentionne celui-ci sur le formulaire remis au déclarant. » L'acte uniforme relatif au droit commercial général ne donne aucune autre précision sur ce numéro. Celui-ci prend-il la forme de numéro INSEE français ? Le numéro est-il envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception au requérant ou tenu à sa disposition au greffe ? Et dans quel délai ?

Eu égard au nombre de greffes concernés par l'immatriculation, une confusion pourrait s'instaurer au niveau de la centralisation. C'est pourquoi il a été proposé que le numéro RCCM attribué à l'entreprise et devant figurer sur ces documents commerciaux comporte, en plus de la combinaison du numéro chronologique et de la lettre, l'indication du greffe concerné.

Paragraphe 3 : L'immatriculation secondaire

Toute personne physique ou morale assujettie à l'immatriculation au RCCM est tenue, si elle exploite des établissements commerciaux secondaires, ou des succursales, dans le ressort d'autres juridictions, de souscrire une déclaration d'immatriculation secondaire dans le délai d'un mois à compter du début de l'exploitation (article 34 al 1)

Selon Dominique LEGEAIS et Dominique Le NINIVIN, constitue un établissement secondaire tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers » (1).

(1) Il est à noter qu'en plus des mentions ci dessus énuméré, l'article 8 du décret français du 30 mai 1984 prévoit expressément que le requérant indique l'identité complète du conjoint qui déclare collaborer effectivement à l'activité commerciale de l'assujetti sans être rémunéré et sans exercer aucune autre activité professionnelle ; ce que l'OHADA ne fait pas. Cette omission peut accentuer le doute voire la confusion entre les conjoints dans les États parties où la collaboration effective à l'activité commerciale d'un conjoint sans rémunération et sans exercice d'aucune autre activité professionnelle est courante

Toute inscription d'un établissement secondaire donne lieu à l'attribution d'un numéro d'immatriculation, et doit faire l'objet, dans le mois de cette immatriculation, d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales (article 35 al3. Il y a lieu de se demander si le numéro attribué à l'occasion de cette immatriculation secondaire doit être différent de celui attribué au moment de l'immatriculation principale.

La demande doit contenir les mêmes mentions qu'au niveau de l'inscription principale. Elle doit être déposée au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé cet établissement secondaire.

Le greffe en charge du registre adresse, dans le mois de l'immatriculation secondaire, une copie de la déclaration d'immatriculation secondaire au greffe en charge du registre où a été effectuée l'immatriculation principale.

Paragraphe 4 : Inscription modificative ou complémentaire

Si la situation de l'assujetti subit ultérieurement des modifications qui exigent la rectification ou le complément des énonciations portées au RCCM, celui – ci doit formuler, dans les trente jours de cette modification, une demande de mention rectificative ou complémentaire (article 33).

Toute modification concernant notamment l'état civil, le régime matrimonial, la capacité et l'activité de l'assujetti personne physique, ou encore notamment toute modification concernant les statuts de la personne morale, doit être mentionné au registre.

Toute demande d'inscription modificative ou complémentaire est signée par la personne tenue à la déclaration ou par un mandataire qui doit justifier de son identité, et s'il n'est pas avocat, huissier, syndic ou autre auxiliaire de justice habilité à cet effet par la loi. Ou être muni d'une procuration spéciale

Paragraphe 5 : La radiation

La radiation définitive concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.

Aux termes de l'article 36 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, toute personne physique immatriculée doit, dans le délai d'un mois à compter de la cessation de son activité commerciale, demander sa radiation du RCCM.

En cas de décès d'une personne immatriculée, ses ayants droit doivent dans le délai de trois mois à compter du décès, demander la radiation de l'inscription au RCCM.

A défaut de demande de radiation dans le délai prévu par l'article les al 1^{er} et 2 de l'article 36 précité, le greffe procède à la radiation après décision de la juridiction compétente, saisie à la requête ou à celle de tout intéressé. Toute radiation doit faire l'objet d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales. La loi ne précise pas aux frais de qui la radiation d'office et sa publication sont faites.

Selon l'article 37 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, la dissolution d'une personne morale pour quelque cause que ce soit doit être déclarée, en vue de son inscription au RCCM, dans le délai d'un mois au moins au greffe de la juridiction auprès de laquelle elle est immatriculée. Il en va de même pour la nullité de la société à compter de la décision qui l'a prononcée.

La radiation doit être demandée par le liquidateur dans le délai d'un mois à compter de la clôture des opérations de liquidation. A défaut de demande de radiation dans le délai prescrit, le greffe de la juridiction saisie procède à la radiation sur décision de la juridiction compétente saisie à sa requête ou à celle de tout intéressé. Toute radiation doit faire l'objet d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales.

Le nouveau dispositif comporte beaucoup de précisions de détails, cela crée une impression de complexité : les différentes formalités paraissent lourdes. En réalité deux idées peuvent expliquer cette impression : d'abord, la technique retenue est d'éviter les mesure d'application et ensuite l'objectif est d'aboutir à un système qui renseigne de façon précise et efficace les tiers sur l'identité et l'activité de l'entreprise. l'inscription des sûretés mobilières conforte cette dernière idée.

(1) D. LEGAIS et D LE NINIVIN, *Droit des entreprises commerciales Éditions techniques, 1989 P voir article 116 et suivant A U S G*

CHAPITRE II : L'INSCRIPTION DES SURETES MOBILIERES.

L'innovation remarquable de l'OHADA est l'inscription des sûretés mobilières au RCCM. Cette inscription permet la publicité des sûretés mobilières et par conséquent, leur opposabilité aux tiers. Mais l'inscription sera radiée lorsqu'elle ne présentera plus d'intérêt.

Paragraphe 1 : L'inscription principale.

Pour inscrire sa sûreté, le créancier adresse une demande au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien grevé. La loi précise la forme de la demande et son contenu.

1 - La forme de la demande.

En principe, c'est le titre constitutif de sûreté qui est déposé au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien grevé, pour inscription. A ce titre, s'ajoute un formulaire fourni par le greffier en charge de d'inscription.

Comme en matière d'immatriculation le formulaire doit être rempli en (04) quatre exemplaires.

Il est également prévu pour certaines sûretés comme le nantissement des stocks notamment, l'émission d'un bordereau. Ainsi émis, le bordereau peut être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre avec les mêmes effets. Ce mécanisme est nouveau dans le droit positif des États parties.

2 - Le contenu de la demande.

La sûreté est constatée soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé. L'acte doit contenir l'identité et l'adresse complète des parties, la description du bien grevé permettant de l'identifier, l'indication de son emplacement, le montant de la créance garantie, les conditions exigibilité de la dette principale et des intérêts, une clause prévoyant le mode de paiement, l'élection de domicile de parties dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM, et le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'assureur qui garantit les risques que court le bien grevé.

En ce qui concerne le bordereau, il doit contenir les mentions permettant d'identifier les parties et le bien grevé, la mention « nantissement des stocks », la date de la délivrance du stock, le numéro d'inscription au registre chronologique et la signature du débiteur. Le bordereau permet non seulement de compléter le contenu du titre constitutif, mais aussi de contrôler la variation des stocks. Ces règles changent lorsque l'inscription est décidée par le juge.

Paragraphe 2 : L'inscription judiciaire.

Sur présentation d'une décision de l'autorité judiciaire, le greffier de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve l'objet grevé procède à l'inscription de la sûreté, ceci est possible lorsque le créancier éprouve des difficultés à inscrire sa sûreté. Dans ce cas, les formalités d'inscription doivent s'effectuer en deux étapes successives: l'inscription provisoire et l'inscription définitive.

Aux termes de l'article 67 al2 de l'acte uniforme partant organisation des sûretés, l'*inscription provisoire* doit être prise après la décision autorisant le nantissement. Seul le juge est habilité à autoriser l'inscription provisoire de la sûreté. Comment la demande se présente-t-elle ?

La demande doit revêtir la même forme et le même contenu que celle examinée dans le cadre de l'inscription principale. L'inscription provisoire peut être révoquée à tout moment avant l'inscription définitive.

L'inscription définitive est prise après que la procédure au fond de la demande d'autorisation de nantissement ait abouti. L'inscription définitive a donc pour but de confirmer l'inscription provisoire. L'OHADA ne prévoit aucun délai pour l'inscription définitive, le juge saisi peut fixer ce délai.

L'inscription une fois réalisée peut faire l'objet d'une modification : celle-ci doit être inscrite en marge de l'inscription initiale. Le principe de l'inscription judiciaire est prévu pour chaque sûreté inscrite (article 44, 50, 58 in fine etc.) la mise en œuvre semble obéir à des règles particulières s'agissant notamment du nantissement des droits d'associés, du fonds de commerce et du privilège du vendeur.

Paragraphe 3 : Radiation de l'inscription.

La radiation est effectuée par mention faite par le greffe en marge de l'inscription initiale avec une remise par ce dernier d'un certificat aux parties qui le demandent.

Le certificat de radiation doit reprendre la nature, la date et le numéro d'inscription, la forme et la date de la vente ou de l'acte constitutif de sûreté, l'identité et, l'adresse du créancier gagiste et du débiteur ainsi que la désignation du bien grevé.

Avec la radiation de la sûreté, le créancier perd ses droits liés à l'inscription, mais ne perd pas sa créance : il perd principalement son droit de préférence qui constitue un effet de l'inscription de la sûreté.

III^{ème} Partie : LES EFFETS DES INSCRIPTIONS AU RCCM.

Les inscriptions au RCCM emportent principalement trois effets :

La présomption de commercialité (chapitre I^{er})

L'acquisition de la personnalité morale (chapitre II)

L'opposabilité des sûretés mobilières inscrites (chapitre III)

CHAPITRE I : LA PRESOMPTION DE COMMERCIALITE

Sur ce plan, l'immatriculation au RCCM crée à l'égard de toute personne une présomption légale de la qualité de commerçant. Il s'agit là d'un effet probatoire dont la portée est variable.

La présomption de commercialité n'est pas opposable aux tiers et aux administrations qui apportent la preuve contraire. Cependant, ces mêmes tiers et administration ne peuvent pas se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante. L'article 38 de l'AUDCG écarte la présomption à l'égard du GIE.

L'immatriculation produit un autre effet lié au premier, c'est de rendre applicable au commerçant, le statut de commerçant c'est - à - dire les droits et les obligations ou encore les charges et les bénéfices.

Le défaut d'immatriculation ne prive pas le commerçant de cette qualité. Mais les personnes assujetties à l'immatriculation ne peuvent, à défaut d'immatriculation, se prévaloir de leur qualité de commerçant, à l'égard des tiers et de l'administration publique. De même, elles ne peuvent se prévaloir de ce défaut d'immatriculation pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations du commerçant, sans en avoir les droits.

En conséquence, le commerçant non immatriculé ne peut invoquer en justice, pour faire preuve en sa faveur, ses livres de commerce, mais son adversaire peut, s'il est commerçant, invoquer ses propres livres. Il ne peut pas non plus invoquer la prescription quinquennale, mais son adversaire commerçant peut l'invoquer contre lui. Ne peuvent s'en prévaloir, les tiers et l'administration qui avaient connaissance de ces faits et actes. Ces problèmes ne concernent quasiment pas les sociétés assujetties à l'immatriculation.

CHAPITRE II : L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITE MORALE.

La personnalité morale est l'aptitude reconnue à un groupement et, depuis l'entrée en vigueur de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés à certaines entreprises individuelles à être sujet de droits et d'obligations.

Contrairement à la législation existante dans certains Etats parties, cette personnalité morale ne s'acquiert qu'au jour de l'immatriculation. Cela pose d'ailleurs le problème de la reprise des actes accomplis pendant la période de formation (articles 98 et suivants de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales).

Le bénéfice de la personnalité morale s'étend également au GIE.

La société jouit de la personnalité tout au long de sa vie, elle ne la perd qu'avec la dissolution de la société. L'article 201 alinéa 3 de l'acte uniforme sur les sociétés précise qu'en cas de dissolution, les personnes morales dissoutes conservent leur personnalité morale pour les besoins de la liquidation.

CHAPITRE III : L'OPPOSABILITE.

L'opposabilité concerne, d'une part, certains actes et faits et, d'autre part, les sûretés.

S'agissant des faits et des actes, les personnes assujetties à l'immatriculation au RCCM ne peuvent, dans leur activité, les opposer aux tiers aux administrations que s'ils ont été publiés au RCCM. Ainsi, une société ne peut par exemple opposer aux tiers la modification de ses statuts (article 40).

Ce sont exclusivement les tiers qui sont protégés par cette inopposabilité. Celle-ci ne joue pas si le commerçant ou la société établit qu'au moment où il a traité, le tiers ou l'administration en cause avait connaissance du fait ou de l'acte qui lui est opposé.

S'agissant des sûretés classiques auparavant soumises au régime particulier de publicité (inscription sur des registres spéciaux comme le registre de la société pour le nantissement des actions notamment), l'Acte Uniforme unifie le régime des inscriptions qui doivent être faites au registre du commerce et du crédit mobilier.

Il convient de relever que si le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières cessibles de personnes autres que les sociétés commerciales assujetties à l'immatriculation est possible selon l'article 64 de l'Acte Uniforme relatif aux sûretés, seuls peuvent être inscrits les droits sociaux des sociétés commerciales (article 44). L'AUS élargit cependant l'inscription à toutes les valeurs mobilières ainsi qu'aux parts cessibles du GIE.

En plus des sûretés classiques, des sûretés nouvelles comme la clause de réserve de propriété, le contrat de crédit bail et le nantissement des stocks peuvent faire l'objet d'une inscription.

L'inscription est prise pour une durée variable suivant la nature de la sûreté considérée. Ainsi par exemple : l'inscription du nantissement des actions et parts sociales dure cinq (5) ans (article 63). L'effet principal de cette formalité est son opposabilité aux parties et aux tiers. La portée de l'article 63 doit cependant être nuancée. Il faut dans cette optique considérer que l'inscription concerne trois catégories de sûretés mobilières :

- Les nantissements portant sur les droits d'associés, le fonds de commerce, le matériel professionnel, les véhicules automobiles et les stocks. Pour ceux-ci, l'inscription est une condition d'efficacité : sans elle, le nantissement ne produit aucun effet (articles 67,72,95 et 102 alinéa 1 de l'AUS).

- Les privilèges légaux du vendeur de fonds de commerce, du Trésor, de l'Administration des Douanes et des organismes de Sécurité sociale. Hormis le privilège du vendeur du fonds de commerce l'inscription des autres privilèges n'est requise que pour un montant excédant celui fixé par le législateur national. Les privilèges étant légaux, il est facile de comprendre l'exigence de leur inscription afin de les rendre opposables à tous.

- Le contrat de crédit bail et la clause de réserve de propriété que les auteurs désignent sous l'appellation de propriétés sûretés sont des contrats ou des clauses de contrats qui produisent effet dès leur conclusion (article 284 AUDCG). L'inscription les rend opposables aux tiers et non aux parties.

IV^{ème} PARTIE : LE CONTENTIEUX (1)

Les difficultés nées des inscriptions sont réglées par les articles 41,42,67 et 68 de l'acte uniforme relatif au droit commercial

Le greffier en charge du RCCM s'assure de la régularité de la demande. Selon l'article 41 de l'acte uniforme, il vérifie si les énonciations sont conformes aux dispositions légales et correspondent aux pièces justificatives. Il exerce un contrôle limité : il s'agit d'un contrôle préalable sur pièces qui ne permet pas d'apprécier le respect des conditions de fond requises par exemple pour la constitution d'une société.

En cas de contentieux, la juridiction compétente est saisie par le demandeur. La procédure doit être suspendue à la décision de la juridiction, celle-ci pourra revêtir la forme d'ordonnance.

Si une personne assujettie a omis de requérir dans le délai légal l'immatriculation ou les mentions exigées ou si les énonciations inscrites se révèlent inexactes ou incomplètes, la juridiction compétente peut soit d'office soit à la requête du greffe ou de tout intéressé lui enjoindre de se faire immatriculer, de demander l'inscription ou la rectification des mentions omises ou encore la radiation.

Dans tous les cas où le juge est saisi, la détermination de la compétence matérielle dépendra de la loi nationale de l'Etat partie. S'agissant cependant de la compétence rationae loci, il y a lieu de préciser les règles suivantes : lorsque les parties ont élu domicile, c'est la juridiction du domicile élu qui est compétente ; en l'absence d'élection de domicile, la juridiction compétente est celle dans le ressort de laquelle le commerce est exploité où le siège est situé s'agissant de personnes morales. Pour les sûretés mobilières, la juridiction compétente est celle dans le ressort de laquelle se trouve le bien grevé.

La volonté de moderniser et de sécuriser les inscriptions au RCCM a conduit le législateur à mettre en place un système intégré. L'objectif est louable mais il risque de souffrir des difficultés de mise en œuvre compte tenu de l'état dans lequel se trouvent actuellement les greffes de la plupart des Etats parties. Un énorme travail de formation et de restructuration est donc à entreprendre pour assurer la mise en œuvre de la nouvelle réglementation.

3 - L'attribution d'un numéro.

L'article 30 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que « dès que la demande du requérant est en état, le greffe lui attribue un numéro d'immatriculation et mentionne celui-ci sur le formulaire remis au déclarant. » L'acte uniforme relatif au droit commercial général ne donne aucune autre précision sur ce numéro. Celui-ci prend-il la forme de numéro INSEE français ? Le numéro est-il envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception au requérant ou tenu à sa disposition au greffe ? Et dans quel délai ?

Eu égard au nombre de greffes concernés par l'immatriculation, une confusion pourrait s'instaurer au niveau de la centralisation. C'est pourquoi il a été proposé que le numéro RCCM attribué à l'entreprise et devant figurer sur ces documents commerciaux comporte, en plus de la combinaison du numéro chronologique et de la lettre, l'indication du greffe concerné.

Paragraphe 3 : L'immatriculation secondaire

Toute personne physique ou morale assujettie à l'immatriculation au RCCM est tenue, si elle exploite des établissements commerciaux secondaires, ou des succursales, dans le ressort d'autres juridictions, de souscrire une déclaration d'immatriculation secondaire dans le délai d'un mois à compter du début de l'exploitation (article 34 al 1)

Selon Dominique LEGEAIS et Dominique Le NINIVIN, constitue un établissement secondaire tout établissement permanent, distinct de l'établissement principal dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers » (1).

(1) le terme contentieux s'entend ici de façon large, il englobe le règlement de toutes les difficultés nées de l'inscription La demande doit contenir les mêmes mentions qu'au niveau de l'inscription principale. Elle doit être déposée au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé cet établissement secondaire.

Le greffe en charge du registre adresse, dans le mois de l'immatriculation secondaire, une copie de la déclaration d'immatriculation secondaire au greffe en charge du registre où a été effectuée l'immatriculation principale.

Toute inscription d'un établissement secondaire donne lieu à l'attribution d'un numéro d'immatriculation, et doit faire l'objet, dans le mois de cette immatriculation, d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales (article 35 al3). Il y a lieu de se demander si le numéro attribué à l'occasion de cette immatriculation secondaire doit être différent de celui attribué au moment de l'immatriculation principale.

Paragraphe 4 : Inscription modificative ou complémentaire

Si la situation de l'assujetti subit ultérieurement des modifications qui exigent la rectification ou le complément des énonciations portées au RCCM, celui – ci doit formuler, dans les trente jours de cette modification, une demande de mention rectificative ou complémentaire (article 33).

Toute modification concernant notamment l'état civil, le régime matrimonial, la capacité et l'activité de l'assujetti personne physique, ou encore notamment toute modification concernant les statuts de la personne morale, doit être mentionné au registre.

Toute demande d'inscription modificative ou complémentaire est signée par la personne tenue à la déclaration ou par un mandataire qui doit justifier de son identité, et s'il n'est pas avocat, huissier, syndic ou autre auxiliaire de justice habilité à cet effet par la loi. Ou être muni d'une procuration spéciale

Paragraphe 5 : La radiation

La radiation définitive concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.

Aux termes de l'article 36 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, toute personne physique immatriculée doit, dans le délai d'un mois à compter de la cessation de son activité commerciale, demander sa radiation du RCCM.

En cas de décès d'une personne immatriculée, ses ayants droit doivent dans le délai de trois mois à compter du décès, demander la radiation de l'inscription au RCCM.

A défaut de demande de radiation dans le délai prévu par l'article les al 1^{er} et 2 de l'article 36 précité, le greffe procède à la radiation après décision de la juridiction compétente, saisie à la requête ou à celle de tout intéressé. Toute radiation doit faire l'objet d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales. La loi ne précise pas aux frais de qui la radiation d'office et sa publication sont faites.

Selon l'article 37 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, la dissolution d'une personne morale pour quelque cause que ce soit doit être déclarée, en vue de son inscription au RCCM, dans le délai d'un mois au moins au greffe de la juridiction auprès de laquelle elle est immatriculée. Il en va de même pour la nullité de la société à compter de la décision qui l'a prononcée.

La radiation doit être demandée par le liquidateur dans le délai d'un mois à compter de la clôture des opérations de liquidation. A défaut de demande de radiation dans le délai prescrit, le greffe de la juridiction saisie procède à la radiation sur décision de la juridiction compétente saisie à sa requête ou à celle de tout intéressé. Toute radiation doit faire l'objet d'une insertion dans le journal habilité à publier les annonces légales.

Le nouveau dispositif comporte beaucoup de précisions de détails, cela crée une impression de complexité : les différentes formalités paraissent lourdes. En réalité deux idées peuvent expliquer cette impression : d'abord, la technique retenue est d'éviter les mesure d'application et ensuite l'objectif est d'aboutir à un système qui renseigne de façon précise et efficace les tiers sur l'identité et l'activité de l'entreprise. l'inscription des sûretés mobilières conforte cette dernière idée.

LE FONDS DE COMMERCE

L'essentiel du patrimoine du commerçant est constitué par le fonds de commerce dont la définition détermine en grande partie le contenu et le régime juridique. Le fonds ainsi défini peut faire l'objet de contrats.

1 - La définition du fonds de commerce.

Aucun des textes applicables dans la plupart des États de l'OHADA ne contenait la définition du fonds de commerce. Le nouvel acte uniforme s'appuyant sur la doctrine française dominante, définit le fonds comme « un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». Cette définition a l'avantage de mettre l'accent sur la clientèle comme élément essentiel du fonds. C'est elle qui lui confère sa nature d'élément incorporel. L'article 104 confirme cette idée en affirmant que le fonds de commerce doit comprendre obligatoirement la clientèle. Il reprend, sur ce point, une jurisprudence bien établie et également l'avant-projet français de réforme du code de commerce.

En disposant que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial le législateur crée à travers l'article 104 alinéa 2, la notion nouvelle de fonds commercial qui devra être comprise comme constituant le "noyau dur" du fonds de commerce. Le fonds de commerce ayant une composition variable, il se posait, à l'occasion des opérations qui y sont relatives, des problèmes de détermination des éléments essentiels. La question est dorénavant réglée par la notion fonds commercial qui comprend la clientèle l'enseigne ou le nom commercial.

L'article 105 complète le tableau en énumérant de façon indicative les autres éléments du fonds : les installations, aménagements et agencements, le matériel, le mobilier, les marchandises en stock, le droit au bail, les licences d'exploitation et les droits de propriété industrielle. Ces éléments isolément ou dans le cadre du fonds de commerce donnent lieu à des contrats.

2 - Les principaux contrats portant sur le fonds de commerce.

Le législateur a procédé d'une part à la généralisation de la location gérance à tous les États parties et d'autre part à la mise à jour de la cession du fonds de commerce.

a - La généralisation de la location gérance

Très peu d'États avaient réglementé la location-gérance, de sorte que son intégration dans l'AUDCG est une manière de généraliser ce mode d'exploitation.

L'exploitation du fonds de commerce peut se faire directement ou par location gérance. Ce type de contrat semble avoir la faveur des compagnies pétrolières pour la gestion des points de distribution de carburant.

Aux termes de l'article 106 alinéa 3 "la location-gérance est la convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale, qui l'exploite".

Le législateur n'a pas cru devoir préciser que le locataire- gérant exploite le fonds moyennant le paiement d'une redevance. Le locataire gérant est un commerçant soumis aux obligations professionnelles et notamment à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Le contrat de location-gérance fait l'objet d'une publicité aussi bien à sa conclusion qu'à son terme. La conclusion du contrat est soumise à certaines conditions, elle emporte aussi certains effets.

Le bailleur doit avoir été commerçant pendant deux (2) ans (au lieu de 7 ans auparavant) ou avoir été gérant ou directeur technique ou commercial d'une société. Il doit aussi avoir exploité le fonds pendant au moins une année. S'il est interdit ou déchu de l'exercice du commerce, il ne peut concéder une location-gérance. Ces conditions ne sont pas applicables à l'État et ses démembrements ni aux héritiers ou légataires d'un commerçant décédé.

La loi donne pouvoir au juge de réduire ou de supprimer ces délais en cas d'impossibilité d'exploitation personnelle du fonds. Le juge peut également déclarer immédiatement exigibles les dettes du loueur du fonds donné en location-gérance s'il estime que la location gérance met en péril leur recouvrement (article 112).

La location-gérance donne lieu à des obligations qui s'apparentent à celles découlant du bail.

La fin de la location-gérance provoque la déchéance des dettes du locataire gérant : les dettes contractées pendant l'exploitation non encore échues deviennent exigibles.

b - La mise à jour de la cession de fonds du commerce

Pour l'essentiel l'acte uniforme reprend les dispositions de la loi du 17 mars 1909 qui visent à assurer la protection des parties et des tiers. Cependant, certaines dispositions nouvelles méritent d'être relevées.

Il s'agit en premier lieu des modalités de l'opposition. Tout créancier du vendeur peut faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher son prix. Le délai d'opposition initialement de dix (10) jours est porté à trente (30) jours à compter du jour de la parution de la publicité de la vente dans un journal d'annonces légales. L'opposition a un effet conservatoire et il appartient à l'opposant de saisir la juridiction compétente pour valider son opposition. A défaut, cette opposition peut être levée par le juge.

Il s'agit en second lieu du prix. L'article 125 fait obligation de payer le prix soit, entre les mains du notaire, soit, entre celles du banquier désigné par les parties. L'acte ne reprend pas le sectionnement du prix figurant dans la loi de 1909 et qui consistait à distinguer trois prix différents : un pour les éléments incorporels, un pour le matériel et un pour les marchandises. En réalité, le sectionnement du prix était prévue dans l'intérêt du vendeur dans la mesure où l'acquéreur de biens meubles est protégé par l'article 2279CC. Le vendeur impayé dispose d'un privilège sur le fonds vendu, il peut faire inscrire son privilège au RCCM.

Par ailleurs, l'article 126 sanctionne la dissimulation du prix ou d'une partie du prix en déclarant la contre-lettre nulle et de nul effet. Auparavant, ce résultat était obtenu par application du droit fiscal.

LE BAIL COMMERCIAL

L'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (A.U.D.C.G.) apporte un certain nombre de modifications importantes à la législation concernant les baux commerciaux. Tout bail conclu en vue de l'exercice d'une activité professionnelle devient un bail commercial. Le preneur, qu'il soit commerçant ou professionnel libéral reçoit du bail un titre juridique par lequel il assure l'assise matérielle de son exploitation. Ainsi, l'AUDCG définit-il le bail commercial dans l'article 71 dans les termes suivants : "est réputée bail commercial toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble compris dans le champ d'application de l'article 69, et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelles".

Par cette disposition, l'Acte Uniforme se démarque de la conception traditionnelle des baux commerciaux dont la mise en œuvre repose, sur l'existence dans les lieux loués d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal. Avec l'OHADA, le bail commercial n'est plus seulement le louage d'un immeuble ou d'un local affecté à un usage commercial ou artisanal, il est aussi le louage pour un usage professionnel. Un droit nouveau des baux commerciaux est donc né.

L'intrusion de l'activité professionnelle dans les activités d'exploitation donnant lieu à l'application du statut des baux commerciaux constitue un fait nouveau : dorénavant, les professionnels civils bénéficieront du statut au même titre que les commerçants alors qu'ils n'effectuent pas des actes de commerce. L'extension du statut des baux commerciaux à diverses catégories socioprofessionnelles hétéroclites est le résultat d'une politique d'assimilation des non-commerçants au régime juridique applicable aux commerçants. Le bail commercial qui résulte de la définition précitée se distingue du bail commercial classique mis en place par le décret du 30 septembre 1953 après que la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale ait accordé aux locataires commerçants une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement du bail sans motif légitime.

A l'origine, l'on retient que la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce permettait d'utiliser le fonds de commerce comme instrument de crédit. Elle ne visait pas la protection du fonds. Cette lacune a été en partie comblée par la loi de 1926, qui n'obligeait le bailleur à verser au locataire évincé une indemnité qu'en cas de refus de renouvellement abusif. En d'autres termes, elle n'accordait pas aux locataires un droit au renouvellement. En conséquence, elle ne protégeait pas le bail, mais en protégeant la clientèle qui a servi à apporter une plus-value à la valeur locative de l'immeuble ou à la valeur du fonds, le bail en profitait indirectement dès lors que le refus injustifié de renouvellement atteignait la clientèle. Il n'était pas non plus question de porter atteinte au droit de propriété du propriétaire foncier. Ce pas sera franchi en 1953 lorsque le décret du 30 septembre a codifié la législation sur les baux commerciaux en reconnaissant aux locataires un droit au renouvellement du bail. Tout était parti des réformes et extensions du statut des baux commerciaux qui ont complètement transformé l'économie de la législation sur ces baux. Au début, loi de protection du fonds, elle était devenue une loi des loyers pour être aujourd'hui, une loi de protection ou de défense de l'activité économique.

Si dans les pays de la zone franc la matière des baux commerciaux a été réglementée et souvent calquée sur le modèle français, il est aujourd'hui heureux de constater que l'OHADA a rénové cette législation qui était le reflet de l'Histoire de la France. Cet élargissement du statut atténue la position traditionnelle qui s'appuyait sur la condition d'existence d'un fonds de commerce pour refuser le bénéfice du statut aux non commerçants, notamment les professions libérales. Ainsi, avec l'OHADA, c'est l'entrée d'activités de nature civile dans les activités ouvrant droit au bénéfice du statut. De la sorte, on assiste, non seulement à la naissance d'un phénomène d'élargissement du statut mais, surtout d'un concept nouveau de bail commercial différent du concept français. Ici, la considération de la nature de l'activité importe peu.

Dans cette perspective, le législateur s'est efforcé de donner au nouveau bail commercial un ensemble de règles à caractère d'ordre public (article 102 AUDCG). Le nouveau statut vise à accorder tant aux commerçants qu'aux professionnels libéraux une réelle protection quant à la jouissance des lieux et aux différents mécanismes de maintien du locataire dans l'immeuble. Dans cet ordre d'idées, l'introduction d'un certain nombre d'assouplissements dans le statut se justifie par la sauvegarde des prérogatives du locataire dès lors qu'elles sont indispensables à l'exercice de son activité. Il est donc remarquable de constater la souplesse caractérisant, par exemple la durée du bail et la fixation du loyer. Il en est de même en ce qui concerne la protection du locataire lorsque le bailleur décide de vendre l'immeuble ou en cas de renouvellement du bail, voire en cas de reprise de l'immeuble. Parallèlement, le statut se révèle rigide pour le bailleur qui ne peut en sortir librement, notamment lorsqu'il exerce son droit de refus de renouvellement (articles 94 et 95 AUDCG).

Pour l'essentiel, l'A.U.D.C.G. met en place un statut de bail commercial qui répond aux préoccupations des commerçants et des professionnels civils en leur apportant de la stabilité et apaise les tensions entre les bailleurs et les locataires.

I - généralités sur le bail commercial

Les dispositions du Titre I relatif au bail commercial précisent avant toute chose le champ d'application du nouveau bail commercial et les modalités de conclusion du contrat de bail.

A - Le champ d'application du nouveau bail commercial.

Le champ d'application du nouveau bail commercial est déterminé à un double point de vue :

- l'objet du bail.
- les parties au contrat de bail.

1 - L'objet du bail.

Le bail porte naturellement sur un immeuble qui en est l'objet principal. Il porte parfois (le cas échéant) sur des locaux accessoires et dans certains cas particuliers sur des immeubles nus.

L'objet principal du bail commercial est un immeuble situé dans une ville de plus de 5000 habitants. Cette dernière exigence ne constitue pas en réalité une innovation : dans certains États comme le Burkina-Faso et le Niger, le droit au renouvellement n'était acquis que pour les baux portant sur des immeubles situés dans les villes de plus de 5000 habitants ou même 10 000 habitants pour le cas du Sénégal.

La raison en est probablement que dans les petites villes, la protection offerte par le statut de bail ne s'impose pas véritablement puisque le risque de déstabilisation et de perte de la clientèle est relativement faible.

Le terme immeuble s'entend généralement d'immeubles bâtis.

L'usage est déterminé : il est commercial mais également artisanal ou professionnel, c'est-à-dire l'exercice d'une activité quelle qu'elle soit à titre habituel.

L'article 69-1° ne le précise pas mais les installations mobiles et les emplacements sur les murs ne sont pas concernés.

L'objet accessoire du bail: ce sont les locaux qui dépendent d'un immeuble à usage commercial, industriel ou professionnel. Ces locaux dits accessoires ne sont soumis à l'application du statut qu'à la double condition que leur location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur et que cette destination ait été portée à la connaissance du propriétaire au moment de la conclusion du bail.

Le cas particulier des terrains nus : les terrains nus loués comme tels ne peuvent pas bénéficier du statut légal des baux commerciaux. Ils ne pourront en bénéficier que si les constructions ont été édifiées sur ces terrains avant ou après le bail et si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire ou à sa connaissance. Que faudra-t-il entendre par "à sa connaissance" ?

Le locataire peut-il se prévaloir d'un consentement tacite ? A priori, il faut répondre par l'affirmative lorsque des faits précis sont de nature à corroborer l'attitude du bailleur.

2 - Les parties au contrat de bail.

Le bailleur : il doit être propriétaire des locaux faisant l'objet du bail. Il doit aussi avoir la capacité de contracter.

Le locataire : le locataire n'est plus exclusivement le commerçant au sens de l'article 2 AUDCG. Il est aussi l'architecte, le médecin, l'artiste créateur qui se consacrent habituellement et de façon principale à leur activité. Ces personnes exercent des activités professionnelles dans les locaux affectés à cet usage.

Peuvent également être parties à un contrat de bail commercial en qualité de bailleur ou de locataire, les personnes morales de droit public (à caractère industriel ou commercial), les sociétés d'état et les sociétés d'économie mixte (article 70 AUDCG).

B - Les modalités du bail.

Elles concernent les conditions de conclusion du bail, la durée du bail et le loyer.

L'AUDCG (article 71) a opté pour le consensualisme, *l'écrit n'est exigé ni comme condition de validité ni comme condition de preuve*. Les parties ont donc la liberté de recourir ou non à l'écrit. Une telle règle rompt avec l'ancienne qui exigeait un bail écrit.

La liberté des parties s'exerce également par rapport à la *durée du bail* : elles choisissent entre un bail à durée déterminée et un bail à durée indéterminée (article 72).

En l'absence d'indication relative à la durée ou d'écrit, le bail est réputé conclu à durée indéterminée. La faculté de conclure le bail pour 9 ans peut dès lors être conservée si les parties le souhaitent.

La fixation du montant du loyer relève aussi de l'accord des parties. Cependant, les dispositions de l'article 84 autorisent les États à adopter des textes fixant le montant du loyer dans certains cas. Cette situation paraît plutôt exceptionnelle.

Lorsque les parties fixent le loyer, elles précisent en même temps les modalités de sa révision, c'est-à-dire le taux et la période de révision. La loi supplée leur défaillance en précisant une révision triennale dont le taux peut être fixé par le juge qui doit tenir compte des éléments indiqués à l'article 85 (situation des locaux, superficie, état de vétusté et prix des loyers commerciaux pratiqués pour des locaux similaires).

II - L'EXECUTION DU BAIL COMMERCIAL.

Elle comporte les obligations des parties, les modifications en cours du bail et le droit au renouvellement.

A - Les obligations des parties.

Le bail commercial étant un contrat synallagmatique, il met des obligations à la charge de chaque partie.

Les obligations du bailleur consistent avant toute chose en la délivrance des locaux en bon état. Cette obligation est présumée satisfaite dans deux hypothèses : lorsque le bail est verbal et lorsque le locataire a signé le bail écrit sans avoir formulé de réserve quant à l'état des lieux. Cette règle probablement destinée à faciliter le règlement des contestations relatives à la mise en œuvre de l'obligation du bailleur, peut se révéler dangereuse pour le locataire trop confiant ; il lui faudra procéder à la vérification de l'état des lieux avant de signer le bail.

Le bailleur a en outre l'obligation de faire procéder à ses frais les grosses réparations énumérées dans l'article 74. Celles-ci concernent notamment : les gros murs, les voûtes, les poutres, la toiture...

Si ces réparations deviennent nécessaires et urgentes et qu'aucune stipulation du bail ne les met à la charge du preneur, celui-ci peut se faire autoriser par le juge des référés en cas de refus du bailleur, à les faire exécuter pour le compte du bailleur. Le juge saisi en fixe le montant et les modalités du remboursement par le bailleur. Cela exclut la possibilité pour le preneur de se faire payer par prélèvement sur le loyer.

Le locataire assume plusieurs obligations. Son obligation principale est de payer le loyer aux termes convenus. La loi ne vise pas le paiement du pas-de-porte qui est une somme destinée à compenser la perte subie par le bailleur en raison du droit au renouvellement du bail prévu en faveur du preneur. Cette éventualité n'est pas exclue, le bailleur peut donc en exiger le versement immédiat conformément aux usages.

Par ailleurs, le preneur doit exploiter les locaux en bon père de famille et conformément à la destination des lieux loués. L'obligation d'exploitation en bon père de famille suppose que le bailleur jouisse des lieux conformément aux usages et respectant les clauses et conditions du bail.

Il peut arriver que le preneur change la destination des lieux loués ou décide d'adjoindre de nouvelles activités à celles déjà existantes. On parle de désécialisation totale ou partielle selon le cas. La désécialisation qu'elle soit totale ou partielle peut, si elle réussit, valoriser le bail et rendre l'indemnité d'éviction plus onéreuse. Elle peut également entraîner l'exercice d'activité contraire aux intérêts du propriétaire et qui peut entraîner la dévalorisation des locaux mais rentables pour le preneur. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur n'a pas cru devoir interdire la désécialisation bien qu'elle aboutisse dans certaine mesure à neutraliser les stipulations contractuelles relatives à la destination des locaux.

Le législateur offre néanmoins la faculté pour le bailleur de saisir la juridiction compétente pour demander la résiliation du bail. En clair, il appartient au juge d'évaluer l'importance du préjudice et décider sur cette base si le bail doit ou non être poursuivi. Une telle solution constitue une innovation qu'il convient de relever.

Le contrat de bail met également à la charge du preneur l'obligation d'entretien. A ce titre, il répond des dégradations et des pertes dues à son défaut d'entretien pendant la durée du bail.

B - Le renouvellement du bail.

On parle généralement de propriété commerciale alors qu'en réalité, le preneur n'a à l'encontre du bailleur qu'un droit personnel. Il a droit au maintien dans les lieux mais ce droit est limité dans la mesure où il ne s'exerce pas contre la volonté du bailleur qui conserve la possibilité de lui offrir une indemnité compensatoire en cas de refus de renouvellement.

Le droit au renouvellement du bail commercial.

Le preneur a droit au renouvellement du bail à durée indéterminée qui vient à expiration ou du bail à durée indéterminée pour lequel le bailleur veut exercer son droit à résiliation à condition qu'il remplisse les conditions de l'article 91 et qu'il respecte la procédure de l'article 92.

Le preneur doit avoir exploité l'activité pour l'exercice de laquelle le bail a été conclu pendant deux ans. L'AUDCG a uniformisé ce délai qui était de trois ans dans certaines législations et de deux ans dans d'autres. Ce délai constitue un minimum légal en-dessous duquel il n'est pas possible de descendre, l'article 91 étant d'ordre public (cf. article 102). En outre, l'activité doit avoir été exploitée conformément aux stipulations du bail. La loi n'exige pas une exploitation personnelle ; cela signifie que la location gérance ou la cession ne saurait faire échec au droit au renouvellement, l'essentiel étant l'exploitation effective.

Cependant, la déspecialisation pourra être source de difficulté dans la mesure où le bailleur sera autorisé à faire valoir une exploitation non conforme aux stipulations du contrat.

La procédure d'obtention du droit au renouvellement varie suivant que le bail est conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée.

Le preneur doit, dans le cas d'un bail à durée déterminée, sous peine de déchéance de son droit, former une demande de renouvellement au bailleur par acte extrajudiciaire (exploit d'huissier notamment) dans les trois mois précédant la date d'expiration du bail. Le délai de 6 mois dans de nombreuses législations a été considérablement raccourci. Si le bailleur ne lui fait aucune réponse au plus tard un mois avant la fin du bail, il est présumé avoir accordé le renouvellement du bail.

Lorsque le bail est à durée indéterminée, le bailleur qui entend le résilier doit donner par acte extrajudiciaire au moins 6 mois à l'avance. Le non respect de ce délai entraînera le nullité du congé. Malgré l'absence de précision du législateur, il est généralement admis que l'absence d'indication de motif du congé est aussi cause de nullité.

Il appartiendra au preneur qui a reçu congé de le contester également par acte extrajudiciaire (parallélisme des formes oblige) au plus tard à la date d'effet du congé. S'il est inactif, il perd le droit au renouvellement.

Le refus du droit au renouvellement

Le bailleur qui refuse de renouveler sera tenu de payer une indemnité d'éviction à moins que son refus ne soit justifié par un motif légal (article 95)

- *L'indemnité d'éviction* est destinée à réparer le préjudice que subit le preneur du fait du non renouvellement de son bail. Le montant est librement déterminé par les parties et ce n'est qu'en cas de désaccord que le juge sera saisi pour fixer ce montant en se fondant sur les éléments prévus à l'article 94 à savoir : le montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le locataire, de la situation géographique du local.

- *L'indemnité d'éviction n'est pas due dans les cas suivants :*

* le refus de renouvellement pour motif grave : le refus est motivé par la faute de preneur qui a eu un comportement suffisamment blâmable pour justifier le refus. Naturellement, sa faute doit se rattacher à l'exécution du bail ;

* reprise pour démolir ;

* reprise pour habiter.

III - La cession du bail et la sous-location

En cette matière, les principes classiques sont demeurés intacts : la cession est possible alors que la sous-location est en principe interdite (article 89).

Dans la cession du bail, à cause de la déconnexion du bail du fonds de commerce, le législateur a certainement estimé qu'il n'était plus nécessaire de conserver la solution antérieure qui facilitait considérablement la cession. Désormais, la cession doit être signifiée au bailleur sous peine d'inopposabilité à son égard. Le bailleur peut donc s'opposer à la cession mais seulement pour des motifs sérieux appréciés souverainement par le juge du fond.

Traditionnellement, l'interdiction de la sous-location est justifiée par le profit injustifié qu'elle procure parfois au preneur. Cette interdiction n'est cependant pas absolue dans la mesure où les parties peuvent y déroger par une clause. Malgré l'existence de cette clause, l'acte de sous-location autorisée doit être porté à la connaissance du bailleur sous peine d'inopposabilité. Pour éviter le profit injustifié, le bailleur peut exiger une augmentation du loyer lorsque le prix de la sous-location est supérieur à celui du loyer principal.

IV - La fin du bail.

A l'instar de tout contrat, le bail finit par l'arrivée du terme lorsqu'il est à durée déterminée et en l'absence de demande de renouvellement. Au contraire, à défaut d'indication de la durée, le bail finit par le congé donné par l'une ou l'autre des deux parties conformément aux dispositions de l'article 93.

Lorsque l'une des parties commet une faute dans l'exécution, l'autre partie a la faculté de demander la résiliation du bail à la juridiction compétente après avoir observé une procédure préalable consistant en la mise en demeure de la partie concernée d'avoir à respecter les clauses et conditions du bail dans un délai d'un mois. Si la mise demeure reste sans réponse, la procédure sera poursuivie devant le juge. Un sort particulier est réservé aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce qui doivent être informés de la mise en œuvre de la procédure de résiliation judiciaire.

LES INTERMEDIAIRES DE COMMERCE.

L'intermédiaire est celui qui fait profession de mettre en relation deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une convention. En matière commerciale, le commerçant est amené à passer une multitude de contrats avec une multitude de clients que bien souvent il ne connaît pas lui-même. Depuis déjà longtemps, l'activité du commerçant ne se résume plus à la simple production. Il faut non seulement produire, mais il faut vendre.

Les commerçants ont pris l'habitude de recourir à des personnes dont le rôle est de faciliter la réalisation de leurs opérations.

L'activité de ces personnes appelées intermédiaires n'a pas cessé de croître au fil des temps pour s'imposer comme une profession indispensable à part entière. Le législateur a peu à peu codifié les usages en reconnaissant l'accès à la vie juridique à ces professions. Ainsi le code de commerce a-t-il réglementé les professions de courtier (articles 77 et suivants code de commerce) et de commissionnaire (articles 94, 95 code de commerce français).

Par contre, les agents commerciaux n'ont fait l'objet de réglementation que plus récemment.

Ce sont ces réglementations (pour les deux premières) qui ont été rendues applicables dans les États africains à la faveur de la colonisation.

Par la suite, certains États ont adopté des textes particuliers. D'autres ont conservé la législation française en l'état. Il en est résulté dans l'ensemble une législation souvent éparse et comportant parfois des lacunes importantes.

L'A U D C G a rénové cette législation en s'inspirant à la fois des conventions internationales en la matière, de la directive européenne du 18 décembre 1986 et des dispositions du code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal

Le législateur de l'OHADA a réglementé ensemble les trois catégories d'intermédiaires que sont le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial. Ce choix d'un statut commun (première partie) laisse cependant la place à des règles particulières s'appliquant à chaque catégorie d'intermédiaire (deuxième partie).

PREMIERE PARTIE : LE STATUT JURIDIQUE DE L'INTERMEDIAIRE.

Le corps de règles applicables à la fois au commissionnaire, au courtier et à l'agent commercial précisent la notion d'intermédiaire du commerce (chapitre I) et définissent son activité (chapitre II).

CHAPITRE I - NOTION D'INTERMEDIAIRE.

Dans l'approche de la notion d'intermédiaire, l'ambition du législateur de l'OHADA a été de créer une catégorie d'intermédiaires appelés intermédiaires de commerce. Cela ne veut pas pour autant dire que cette notion englobe toutes les catégories d'intermédiaires. Il s'agit d'intermédiaires professionnels (section 1) distincts à la fois des VRP et des distributeurs de biens qui, intégrés dans un réseau, restent de simples vendeurs. Ils se distinguent également par la délimitation de leur sphère d'activité, ce qui fait d'eux des professionnels déterminés (Section 2)

Section 1 : L'Intermédiaire est un professionnel.

Cette affirmation est tirée du texte même de l'article 137 AUDCG ; le législateur utilise une formule d'insistance lorsqu'il parle d'agir «habituellement et professionnellement» (chacun sait que la profession implique l'habitude). L'exercice de la profession est fondée sur le mandat qui constitue à bien des égards l'instrument juridique par excellence de l'intermédiation en matière commerciale (paragraphe I) . En

plus d'être un mandataire, l'intermédiaire est un commerçant, qualité qui requiert une certaine indépendance (paragraphe II)

Paragraphe I - L'intermédiaire de commerce : un mandataire professionnel.

Le contrat de mandat sur lequel se fonde l'article 137 AUDCG est défini par le code civil (article 1984 al 1er) comme l'"acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom".

A priori, *le commissionnaire* défini par le législateur lui-même dans l'article 160 AUDCG est celui qui se charge d'opérer en son propre nom pour le compte du commettant ; il n'y a donc pas représentation. Faute de représentation, le commissionnaire n'est pas un mandataire.

De la même manière, *le courtier* défini par l'article 176 AUDCG comme "celui qui fait habituellement profession de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir, la conclusion de conventions, opérations ou transactions entre ces personnes" ne traite pas lui même l'opération, il ne représente pas les parties. Il ne découle donc pas de cette définition l'existence d'un mandat.

En définitive seule, la définition de *l'agent commercial* entendue comme "celui qui, à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être lié envers eux par un contrat de travail" correspond à la définition du mandat. Il réunit en effet en sa personne tous les éléments caractéristiques du contrat de mandat. Il faut noter que la représentation y est parfaite à l'inverse de ce qui a pu être observé à l'égard des autres intermédiaires.

Il faut cependant reconnaître que cette conception du mandat contenue dans le code civil a considérablement évolué ; elle a été enrichie par la doctrine et la jurisprudence et par la multiplication des statuts particuliers pour lesquels le législateur a imposé un régime propre.

Aujourd'hui, le mandat est devenu un "contrat aux mille visages".

La doctrine a peu à peu développé l'idée d'une nouvelle catégorie de mandats dits mandats sans représentation. Certains sont allés jusqu'à affirmer que la représentation n'est pas de l'essence du mandat. Sans aller jusque là, il y a lieu de reconnaître que pour des raisons de commodité, il était plus facile d'admettre que l'habitude avait déjà été prise de déterminer les obligations des parties dans le contrat de commission par référence à celles qui découlent du contrat de mandat et que le courtier, bien que n'étant pas mandataire au départ, le devient facilement lorsque, comme c'est souvent le cas, les parties lui confèrent une mission précise.

Le législateur de l'OHADA a certainement préféré une solution pragmatique qui seule permet d'unifier des statuts a priori différents.

Paragraphe II : L'intermédiaire, un professionnel commerçant.

La qualité de commerçant de l'intermédiaire constitue le second volet de la notion d'intermédiaire de commerce. C'est ce qui découle de façon explicite de l'article 138 al 1^{er}.

Traditionnellement, la qualité de commerçant est déterminée par trois éléments tirés de la définition du commerçant. Dans l'AUDCG il faut se reporter à l'article 2. Selon ce texte, le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce, qui les accomplit à titre de "profession habituelle" et pour son compte. L'AUDCG a unifié le régime des actes des intermédiaires en disposant que "les opérations des intermédiaires de commerce telles que commission, courtage, agences..." ont le caractère d'acte de commerce.

L'idée est d'ériger les opérations visées en actes de commerce par nature et donc de ne plus reconnaître des régimes différents aux actes des intermédiaires suivant le type d'intermédiaire qui les accomplit.

Naturellement, ces actes sont accomplis professionnellement. Ce qui implique une activité déployée non seulement d'une façon continue et régulière, mais également de façon indépendante.

Étant commerçants, les intermédiaires de commerce vont être soumis au régime relatif à leur qualité.

L'accès à la profession commerciale requiert de la part de l'intermédiaire la capacité commerciale. Il est en outre soumis aux règles d'incompatibilité énoncées dans les articles 8 à 12 de l'AUDCG. L'intermédiaire doit également remplir les obligations professionnelles du commerçant notamment les obligations comptables. Sa qualité de commerçant lui impose de s'inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier. Cette inscription lorsqu'elle est faite au RCCM de l'un des États parties rend le régime du droit uniforme applicable à l'intermédiaire.

En dehors des règles générales, l'intermédiaire de commerce doit satisfaire aux conditions particulières d'accès à la profession selon qu'il est commissionnaire, courtier ou agent commercial. Cette précision laisse subsister les dispositions nationales régissant les différentes professions regroupées dans la notion d'intermédiaire;

Il convient enfin de rappeler que le régime juridique des actes de commerce s'applique à l'activité de l'intermédiaire commerçant et notamment la liberté de la preuve ainsi que la prescription.

Section 2 : L'intermédiaire de commerce, un professionnel déterminé.

Le titre I du livre IV relatif aux intermédiaires de commerce contient des précisions importantes qui constituent d'une certaine manière le minimum applicable à tout intermédiaire.

Le législateur a voulu, par ce biais, faire de l'intermédiaire un professionnel déterminé quant à ses fonctions c'est à dire son domaine d'activité (Paragraphe I) et quant à ses pouvoirs c'est à dire l'ensemble des prérogatives juridiques que lui permet d'exercer sa qualité d'intermédiaire de commerce (Paragraphe II)

Paragraphe 1 : Les fonctions de l'intermédiaire.

La qualité d'intermédiaire n'est reconnue qu'à ceux qui exercent des activités visées par la loi à l'exclusion de toute autre activité notamment celles faisant l'objet d'une exclusion légale expresse.

L'activité des intermédiaires est définie par l'article 137 AUDCG comme l'action pour le compte d'une autre personne en vue de la conclusion d'un contrat de vente à caractère commercial. Cette définition est complétée par l'article 139 qui vise expressément tout acte accompli par l'intermédiaire en vue de la conclusion du contrat ou relatif à l'exécution du contrat. Cela revient à dire que l'intervention de l'intermédiaire de commerce se situe à trois niveaux : avant la conclusion du contrat, à la conclusion du contrat, au cours de l'exécution du contrat.

Avant la conclusion du contrat, l'intermédiaire peut aider le représenté à déterminer de façon précise ses besoins et donc de préciser le contenu de l'offre. Il peut également rechercher les partenaires potentiels susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat. Il leur fournit des informations relatives aux caractéristiques du contrat (nature, objet, montant, spécifications particulières etc. . .). Ce ne sont là que quelques exemples de ce qu'il faut entendre par tout acte accompli en vue de la conclusion du contrat.

L'expression « tout acte relatif à l'exécution du contrat » signifie que l'intermédiaire participe à la mise en œuvre de l'exécution du contrat. Il sera donc amené à accomplir des actes juridiques et matériels permettant de réaliser la prestation caractéristique du contrat.

Ainsi, s'agissant d'une opération de transport de marchandise, le commissionnaire de transport opérant par ses propres moyens, va employer les services de différents voituriers avec lesquels il passe des contrats. Il peut par exemple procéder à des opérations de groupage ou d'affrètement. L'agent commercial sera amené par exemple à livrer ou à facturer la marchandise vendue au nom et pour le compte d'un producteur notamment.

Le législateur a pris soin de préciser que certaines catégories de mandataires sont exclues du champ d'application de ce texte. Ces mandataires peuvent être classés en trois groupes :

- La représentation dans les relations familiales ;
- La représentation dans les ventes spéciales ;
- Les mandataires intervenant dans la gestion des entreprises.

Paragraphe II - Les pouvoirs de l'intermédiaire

L'article 143 AUDCG tend à rappeler que l'intermédiaire de commerce est un mandataire lorsqu'il soumet les relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers aux règles du mandat.

Les pouvoirs de l'intermédiaire découlent du contrat de mandat. C'est donc le contrat de mandat qui investit l'intermédiaire de ses pouvoirs; ce contrat n'est soumis à aucune règle de forme. C'est un acte consensuel. Le législateur de l'AUDCG a conservé cette règle s'agissant du contrat d'intermédiaire.

L'intermédiaire en tant que mandataire, a le « pouvoir de faire quelque chose » pour le mandant ou plus précisément de faire des actes juridiques. Ces actes juridiques définis par l'article 134 AUDCG, doivent avoir pour finalité selon le même article, la conclusion d'un contrat de vente à caractère commercial.

Ces pouvoirs ainsi définis englobent également tous les actes concourant à la conclusion et à l'exécution du contrat. La définition des pouvoirs de l'intermédiaire relève également des usages.

Muni de ces pouvoirs généraux et agissant dans sa sphère d'activité, l'intermédiaire de commerce doit encore être investi par un contrat de commission, de courtage ou d'agence commerciale conclu avec un donneur d'ordre. Ce contrat doit définir expressément les pouvoirs spéciaux qui lui sont conférés à cette occasion.

Lorsque les pouvoirs sont mal définis ou totalement ignorés par la convention des parties, la loi dispose que l'étendue du mandat de l'intermédiaire pourra être déterminé par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte. La distribution entre le mandat conçu en termes généraux et mandat express est importante en pratique quant à l'étendue des pouvoirs du mandataire. Les juges du fond apprécient souverainement l'étendue des pouvoirs. La nature de l'affaire doit s'entendre du type d'opération envisagé.

Les articles 146 et 147 A U D C G imposent des limites aux pouvoirs du mandataire. Ces limites tiennent à la nature des actes et au respect des pouvoirs conférés au mandataire.

L'alinéa 3 de l'article 146 interdit à l'intermédiaire *l'accomplissement de certains actes sans pouvoir spécial*. A contrario, le pouvoir de l'intermédiaire est limité aux actes d'administration définis comme des opérations de gestion normale et courante d'un bien. Elles sont susceptibles de varier selon la nature du bien considéré.

L'AUDCG adapte en réalité l'article 1988 c. civ qui exige dans son alinéa 2, un mandat exprès pour certains actes comme l'hypothèque ou l'aliénation d'un bien. L'intermédiaire de commerce ne peut donc pas engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, vendre ou hypothéquer des immeubles ni faire des donations. Si le donneur d'ordre entend lui conférer de tels pouvoirs, il doit le spécifier dans le mandat. On parlera dès lors d'un mandat exprès. Au total, l'accomplissement de l'un des actes énumérés dans le texte de l'article 146 al 3 doit avoir fait l'objet d'un mandat exprès. Dans tous les cas, *il faut respecter les termes du mandat*.

CHAPITRE 2 : LA REGLEMENTATION DE L'ACTIVITE DE L'INTERMEDIAIRE.

La réglementation de l'activité de l'intermédiaire telle qu'elle résulte de l'AUDCG appelle quelques observations. Il se dégage de l'ensemble des dispositions une impression d'inachevé. En effet, le mandat du code civil auquel ces règles sont empruntées est un mandat avec représentation. Or, les contrats de commission et de courtage demeurent des contrats sans représentation, de sorte que la généralité des règles n'est plus évidente. Elles n'ont finalement vocation à s'appliquer que lorsque la commission et le courtage se transforment en véritable mandat.

Ce ne sont finalement que des règles générales de portée réduite. La loi soumet l'activité de l'intermédiaire à deux corps de règles : celles régissant les rapports entre les parties au contrat d'intermédiaire (section 1) et celles régissant les rapports avec les tiers (section 2). La coexistence de ces deux corps de règles montre bien que le contrat dépasse le cadre restreint des seules parties. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu des règles spécifiques à la cessation du mandat de l'intermédiaire (section 3).

Section 1: Les rapports juridiques entre les parties.

Le contrat d'intermédiaire donne naissance à un certain nombre d'obligations que chaque partie assume vis-à-vis de l'autre. Il s'agit en l'occurrence de l'intermédiaire (Paragraphe I) et du représenté (Paragraphe II) selon la terminologie adoptée par l' AUDCG.

Paragraphe I : Les obligations de l'intermédiaire

Il convient de préciser le contenu des obligations et de déterminer la responsabilité de l'intermédiaire.

L'intermédiaire est tenu *d'exécuter le contrat et de rendre compte*.

L'article 150 AUDCG met à la charge de l'intermédiaire deux obligations spécifiques : la bonne et fidèle exécution du mandat et l'exécution personnelle.

La bonne et fidèle exécution suppose avant toute chose le respect des instructions reçues : c'est la fidélité. L'intermédiaire doit accomplir les actes prévus par sa procuration. Il n'est pas autorisé à utiliser les pouvoirs qu'il a reçus pour servir d'autres intérêts que ceux de son mandat. Ainsi, s'il est chargé d'aliéner un bien, il ne peut le vendre à un prix dérisoire tout en recevant un avantage en nature de l'acquéreur.

Son devoir de fidélité et de loyauté lui interdit de se porter contrepartie à moins que la contrepartie ne soit autorisée.

Aux termes de l'article 150 al 3, l'intermédiaire est tenu d'exécuter personnellement le mandat. Le contrat d'intermédiaire est donc un contrat conclu intitu personae sans possibilité pour le mandataire de se substituer un tiers dans l'accomplissement de son mandat.

L'obligation de rendre compte contenue dans l'article 155 al 1^{er} AUDCG est liée à la nature même du mandat. Cette obligation comporte deux aspects. Un premier aspect purement informatif consiste pour l'intermédiaire à mettre le mandant au courant du déroulement de la mission, des actes accomplis, des conditions dans lesquelles ils l'ont été. Un deuxième aspect porte spécialement sur la gestion des biens reçus en vertu du mandat.

De façon générale, l'obligation de reddition des comptes due par le mandataire à l'égard du mandant n'obéit à aucune règle de forme ni de délai.

Le non respect de ses obligations peut entraîner la responsabilité du mandataire.

Deux types de règles sont applicables à cette responsabilité.

D'abord, selon l'article 150 al 1^{er} AUDCG, les règles du mandat sont applicables à la responsabilité de l'intermédiaire. Cela signifie que pour les États ayant légiféré sur le mandat, il faut se reporter à cette législation. Il en va ainsi du Sénégal, en effet, l'article 465 du COCC définit les règles régissant la responsabilité du mandataire. Pour les autres États, le code civil français reste applicable dans ses articles 1991 et suivants.

Ensuite, aux termes de l'article 155 al2 AUDCG, l'intermédiaire doit l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat.

De manière générale, les éléments caractéristiques de la responsabilité de l'intermédiaire reposent sur deux distinctions:

La distinction entre le fait personnel du mandataire et le fait du sous mandataire

La distinction entre l'exécution incorrecte et l'inexécution totale

La responsabilité de l'intermédiaire envers le représenté est une responsabilité contractuelle nécessitant la preuve d'une faute. En d'autres termes, l'intermédiaire assume une obligation de moyens, exceptionnellement, il peut assumer une obligation de résultat. Tel est le cas lorsque le mandat comporte une clause du croire, par cette clause, le mandataire devient garant envers le mandant de la bonne exécution du contrat conclu avec le tiers cocontractant.

Devant en principe exécuter sa mission personnellement, l'intermédiaire répond donc de son fait personnel. S'il se voit donner des ordres clairs et précis, sa responsabilité sera engagée dès lors qu'il ne les aurait pas suivis ou qu'il s'en serait écarté sans motif. Ainsi, la responsabilité de l'intermédiaire peut être engagée pour diverses fautes : s'il ne prend pas les initiatives nécessaires pour sauvegarder les intérêts de son mandat, s'il fournit des informations erronées

Le mandataire a la possibilité de se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission, soit parce qu'il a été autorisé par le donneur d'ordre, soit parce qu'il a été contraint par les circonstances ou que cette substitution est généralement acceptée par les usages.

En principe, lorsqu'il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire qui exécute son obligation par l'intermédiaire d'autrui reste totalement responsable de l'exécution de la mission. Lorsque la possibilité de substitution d'un tiers a été envisagée ou autorisée, la responsabilité du mandataire ne sera engagée que s'il a choisi un sous mandataire notoirement incapable ou insolvable. Dans ces deux hypothèses, la loi donne au mandant une action directe contre le sous mandataire. Cette responsabilité du sous mandataire est soumise aux mêmes règles que la responsabilité du mandataire.

La distinction mauvaise exécution et inexécution totale n'apparaît pas dans les dispositions de l'AUDCG qui envisagent simplement les deux situations comme constituant une source de responsabilité pour le mandataire.

Lorsque le mandant prétend que le mandataire n'a pas exécuté correctement la mission qui lui incombe, il est le mieux placé pour mettre en évidence ce qu'il attendait du mandataire : il va comparer le résultat procuré au résultat attendu. Mais lorsque l'inexécution est totale et qu'aucun résultat n'est procuré, la comparaison n'est pas possible, sa responsabilité pourra dès lors être présumée.

Paragraphe II Les obligations du représenté

Le représenté assume des obligations générales et des obligations particulières.

La première obligation revêt la forme d'un *devoir de coopération*, une sorte d'*affectio contractus* : le représenté doit mettre le représentant en mesure d'exécuter sa mission. Le représenté doit mettre tout en œuvre pour faciliter la tâche à l'intermédiaire. Il lui donnera les informations dont il peut avoir besoin ; il lui remettra les documents nécessaires à l'exécution de la mission et il se gardera d'exécuter cette mission à la place de l'intermédiaire.

La seconde obligation découle du caractère professionnel du contrat d'intermédiaire tel que défini à l'article 137 AUDCG : *c'est la rémunération*.

Le représenté est appelé à supporter les conséquences financières et juridiques de la mission qu'il a confiée à l'intermédiaire.

Selon l'article 154 AUDCG, « le représenté doit rembourser à l'intermédiaire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a avancés pour l'exécution régulière du mandat ».

Selon l'expression du législateur de l'OHADA, le représenté doit « libérer l'intermédiaire des obligations contractées ». En d'autres termes, le mandant est tenu de rendre le mandataire indemne de tout engagement personnel qu'il pourrait avoir pris à l'égard des tiers.

Section 2 : Les relations juridiques avec les tiers.

Dans les rapports avec les tiers, le contrat d'intermédiaire, à l'instar du mandat, rompt avec le principe de l'effet relatif des contrats. Il trouve là indiscutablement sa spécificité par rapport à la plupart des contrats. Ce trait distinctif est cependant modulé par l'exécution de la mission dévolue à l'intermédiaire. De la sorte, les effets du contrat d'intermédiaire varient selon que l'exécution est conforme (Paragraphe I) ou non (Paragraphe II) à cette mission.

Paragraphe I - L'exécution conforme.

Lorsque l'intermédiaire accomplit les actes prévus par sa procuration conformément aux instructions reçues, le principe de la représentation s'applique pleinement et fait encourir aux parties une responsabilité à l'égard des tiers. Par la technique de la représentation, le mandataire s'efface et les actes effectués par lui, au nom et pour le compte du mandant produisent leurs effets dans le patrimoine de ce dernier. C'est donc le mandant qui se trouve en relation avec les tiers contractant. Cette règle est exprimée par le législateur de l'OHADA dans l'article 148 AUDCG : lorsque l'intermédiaire agit pour le compte du représenté, ses actes lient directement le représenté et le tiers.

Les limites sont contenues dans les articles 148 et 149 et sont au nombre de deux : l'ignorance par le tiers de la qualité d'intermédiaire du représentant et la référence à un contrat de mandat sans représentation tel que le courtage ou la commission.

* Lorsque l'intermédiaire néglige de faire connaître au tiers sa qualité, il fait échec au jeu de la transparence qui caractérise le mandat (avec représentation) : les actes juridiques conclus par l'intermédiaire ne lient pas le donneur d'ordre. Seul l'intermédiaire est engagé. L'article 149 n'exige pas que la qualité de l'intermédiaire soit tenue au secret. Il suffit que le tiers ignore la qualité de l'intermédiaire ou tout simplement ne soit pas censé connaître cette qualité.

* La seconde limite est relative à la référence à un contrat de mandat sans représentation tel que le courtage ou la commission. Cette seconde limite semble aller de soi dans la mesure où ces contrats de par leur nature font échec au mécanisme de la représentation, sauf à considérer que le contrat d'agence est un contrat de représentation pleine et entière.

Le contrat d'intermédiaire met en présence trois personnes entretenant des relations de nature très différente. L'intermédiaire appelé à s'effacer lorsqu'il a exécuté sa mission ne saura en principe assumer une quelconque responsabilité à l'égard des tiers. Il n'est pas censé avoir contracté avec eux.

Cependant, il est des cas où sa responsabilité contractuelle peut être engagée c'est naturellement lorsque l'intermédiaire contracte en son nom propre ou se porte fort en déclarant s'engager personnellement à l'égard du tiers contractant.

Qu'il s'agisse de l'intermédiaire ou du représenté, chacun d'eux est personnellement responsable des délits et quasi-délits qu'ils commettent à l'égard des tiers.

La responsabilité de l'intermédiaire provient des fautes qu'il a commises spontanément ou sur les ordres de son mandant. Quant au représenté, sa responsabilité peut être recherchée soit sur le terrain des articles 1382 ou 1383 CC pour mauvais choix ou défaut d'information.

Paragraphe II : L'exécution non conforme.

L'exécution non conforme est celle qui s'écarte de la mission donnée par le représenté ou qui se situe en dehors d'une mission. Le représentant qui agit ainsi "hors du périmètre de ses attributions" ne peut prétendre agir au nom et pour le compte du représenté. Cette solution connaît cependant quelques tempéraments.

Dans deux cas il y a échec au principe de la représentation : l'absence de pouvoir et le dépassement de pouvoir.

L'absence de pouvoirs suppose qu'il n'existe pas de mandat, soit parce que le mandat est expiré, soit parce que le mandat est nul, soit parce qu'il a été révoqué. Par contre, dans le dépassement, le mandat existe mais le mandataire n'a pas respecté les "bornes de ses pouvoirs".

Lorsque l'intermédiaire agit sans pouvoirs, l'acte qu'il conclut est nul. L'article 151 AUDCG se contente d'indiquer que les actes faits dans ces circonstances ne lient ni le représenté, ni le tiers.

Des tempéraments ont pour effet de restaurer le principe de la représentation. Ils tiennent soit au fait du tiers, soit au fait du mandat.

Il y a *mandat apparent* « lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté ».

Le recours à cette notion répond à un besoin de sécurité et de rapidité du commerce juridique.

La ratification produit des effets comme s'il y avait eu mandant dès l'origine. Elle emporte approbation de la gestion de l'intermédiaire. Les actes accomplis par l'intermédiaire sont réputés être réguliers au moment de leur accomplissement nonobstant l'absence de mandat.

Section 3 : L'extinction du contrat d'intermédiaire

Le particularisme du mandat de l'intermédiaire explique sans doute que le législateur ait aménagé les causes (paragraphe I) et les effets (paragraphe II) de l'extinction de ce contrat.

Paragraphe I : Les causes d'extinction

Les articles 156 et 157 de l'AUDCG, distinguent les causes qui sont liées aux parties et celles qui ne dépendent pas d'elles.

A l'instar de tout contrat, le contrat d'intermédiaire prend fin lorsque les parties le souhaitent. Il en est ainsi de l'accord qui peut intervenir entre le représenté et l'intermédiaire en vue de la cessation du mandat.

De même, la consommation de l'affaire c'est-à-dire l'accomplissement de sa mission par l'intermédiaire met fin au contrat de l'intermédiaire. Dans ces hypothèses, la volonté qui met fin au contrat est commune aux deux parties. Celle-ci peut être aussi discordante c'est à dire unilatéral et émaner soit de l'intermédiaire, soit du représenté.

Dans tous les cas, il faut préciser en dernière analyse que la cessation n'est pas automatique puisque par définition, le contrat d'intermédiaire fait intervenir des tiers.

Paragraphe II - Les effets de l'extinction du contrat d'intermédiaire.

En principe, l'extinction provoque la disparition du contrat d'intermédiaire. Cependant, dans certains circonstances, ce contrat peut survivre exceptionnellement.

La disparition du contrat est l'effet normal de l'extinction. Une fois que l'événement emportant extinction se produit, les obligations des parties cessent. Pour le mandataire, cette situation se traduit par l'obligation de restituer l'écrit qui l'a constitué intermédiaire lorsqu'un écrit a été dressé et de rendre compte immédiatement. Le mandataire doit s'abstenir de tout acte d'exécution à partir du moment où il a connaissance du fait qui met fin à son mandat.

Le mandat de l'intermédiaire prend fin sans rétroactivité. La rémunération lui est due pour le travail accompli à moins que la cessation ne résulte d'une faute qui lui est imputable.

La survie du contrat intervient dans deux situations : lorsque le tiers n'est pas informé et lorsqu'il y a urgence.

DEUXIEME PARTIE : LA REGLEMENTATION SPECIFIQUE A CHAQUE TYPE D'INTERMEDIAIRE.

Les intermédiaires de commerce que les commerçants sollicitent en vue de l'accomplissement des opérations complexes de la distribution des biens et services sont issus de traditions commerciales distinctes apparues au fil du temps suivant les besoins spécifiques. Les tentatives du législateur de l'OHADA de leur conférer un statut commun n'a pas fait disparaître les spécificités de chaque catégorie d'intermédiaire. Ainsi, si le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial sont des intermédiaires de commerce soumis à des règles générales communes, il reste que chacun d'eux est régi par des règles propres reflétant le diversité des opérations qu'ils accomplissent et le degré de leur implication dans les

opérations qu'ils suscitent ou accomplissent. Il convient dès lors d'envisager successivement l'étude de chacune de ces trois catégories d'intermédiaires à savoir :
Le commissionnaire (chapitre 1), le courtier (chapitre 2), et l'agent commercial (chapitre 3) et ce d'autant plus que l'Acte Uniforme a introduit plusieurs innovations dans les règles qui leur sont applicables.

CHAPITRE I : LE COMMISSIONNAIRE.

Le contrat de commission a été défini la première fois par le code de commerce de 1807 dans ses articles 91 et 92 : « le commissionnaire est celui qui agit sous son propre nom ou un nom social pour le compte d'un commettant. Les droits et les devoirs du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le code civil, livre III, titre XII. »

Pour être commissionnaire, il faut agir en son propre nom.. c'est cette conception qui a prévalu également dans les États parties de l'OHADA où le code de commerce de 1807 a été introduit à la faveur de la colonisation. Hormis certains États comme le Sénégal qui ont adapté cette définition, la situation est restée comme telle jusqu'à l'introduction de l'AUDCG, dans les législations.

Aux termes de l'article 160 AUDCG, "le commissionnaire en matière de vente et d'achat, est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, amis pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de marchandises moyennant une commission".

A la vérité, cette définition doit être complétée par les articles 172 et 174 du même acte qui visent la commissionnaire expéditeur ou agent de transport et le commissionnaire agréé en douane qui interviennent tous deux en dehors des opérations d'achat et de vente.

La spécificité du commissionnaire se manifeste par les rapports juridiques qu'entretiennent les parties (section 1) et les garanties d'exécution mises à leur charge. (section 2)

Section 1 : Les rapports juridiques entre les parties

Chacune des parties au contrat de commission assume un certain nombre d'obligations (paragraphe I) dont l'inexécution peut entraîner des sanctions. (Paragraphe II)

Paragraphe I : Les obligations des parties.

Il convient de distinguer d'une part, les obligations du commissionnaire, d'autre part, les obligations du commettant.

A - Les obligations du commissionnaire.

Le commissionnaire est un intermédiaire de commerce et en tant que tel, il doit en assumer les obligations. Le commissionnaire est cependant un intermédiaire particulier dont la situation justifie que des obligations spécifiques soient mises à sa charge.

De façon générale, les articles 161, 162, 163, 168 reprennent en les précisant et parfois en les amplifiant les obligations de l'intermédiaires de commerce.

Ainsi l'obligation d'exécuter fidèlement les opérations faisant l'objet du contrat de commission est ici modulée en fonction du degré de précision des instructions.

L'obligation de renseignement du commissionnaire doit s'exécuter tout au long de l'opération et à la fin de celle-ci. A la différence de ce que prévoit l'article 155 al 1^{er} AUDCG, le commissionnaire ne doit pas attendre que le commettant sollicite des informations avant de les lui communiquer. L'article 163 AUDCG précise que le commissionnaire doit donner au commettant tout renseignement relatif à l'opération. Ainsi par exemple, le commissionnaire a l'obligation de porter à la connaissance de son donneur d'ordre les conditions auxquelles il s'apprête à conclure l'opération objet de la commission.

En fin de mission, le commissionnaire devra, pièces justificatives à l'appui, rendre compte de sa mission de sorte que le commettant puisse avoir la certitude notamment que les conditions annoncées ont été effectivement appliquées.

Ainsi qu'il a déjà été précisé, la loyauté est inhérente au contrat d'intermédiaire. S'agissant spécialement du commissionnaire, l'AUDCG a entendu lui donner un contenu plus strict. Ce caractère résulte de deux interdictions : l'interdiction de tirer profit de l'opération et l'interdiction de contrepartie.

A ces obligations générales mises à la charge du commissionnaire s'ajoutent des obligations inhérentes à la nature du contrat de commission.

Il y a lieu de distinguer celles qui sont assumées par tous les commissionnaires de celles propres à certaines catégories de commissionnaire.

Elles sont de deux ordres : l'obligation de secret et l'obligation de sauvegarde.

L'obligation de secret apparaît comme une limite ou une exception à l'obligation de renseignement ou d'information dans la mesure où il est difficile de demander au commissionnaire d'informer son commettant et de garder le secret dans le même temps.

Contrairement au législateur sénégalais qui prévoit que "le commissionnaire doit garder le secret sur le nom du commettant l'AUDCG n'a pas expressément prévu cette obligation. Celle-ci est de l'essence même de la commission puisque le commissionnaire n'a pas à "révéler l'identité du commettant"

L'obligation de sauvegarde est fondée sur l'idée de protection. Il s'agit en général de défendre des intérêts jugés essentiels. Dans ce sens, le commissionnaire est tenu de donner à la chose qui lui est confiée des soins propres à la sauvegarder contre les risques susceptibles d'être évités par la prudence habituelle.

Selon l'article 167 AUDCG, l'obligation de sauvegarde du commissionnaire est mise en œuvre « lorsque les marchandises expédiées en commission pour être vendues se trouvent dans un état manifestement défectueux ». En clair, il faut que la défectuosité soit évidente c'est à dire très apparent et qu'elle se révèle d'elle-même sans que le commissionnaire ne soit amené à procéder à un examen approfondi pour s'en rendre compte.

L'obligation de sauvegarde peut aller jusqu'à la vente des marchandises à la double condition de la détérioration rapide et du respect de l'intérêt du commettant.

Outre le commissionnaire de vente et d'achat, le Titre II relatif aux commissionnaires s'applique également au commissionnaire de transport et au commissionnaire agréé en douane. Ils assument l'un et l'autre des obligations liées à la nature particulière de leur activité.

Le commissionnaire de transport n'est pas un transporteur qui lui, accomplit exclusivement des actes matériels consistant dans l'acheminement de la marchandise à destination par ses propres moyens.

La profession de commissionnaire de transport est caractérisée par deux éléments. Le premier élément est la liberté de choix des voies et moyens à mettre en œuvre pour réaliser le transport Le second élément est l'obligation de soigner le transport de bout en bout.

Le commissionnaire de transport promet un résultat final. C'est en ce sens que l'article 173 AU.D.C.G. affirme que le commissionnaire expéditeur répond notamment de l'arrivée des marchandises dans les délais fixés, des avaries et des pertes. En d'autres termes, le commissionnaire est tenu d'une obligation de résultat envers son commettant. Il est ainsi tenu de la bonne exécution du transport de bout en bout et à ce titre endosse automatiquement la responsabilité de ce qui sera constaté d'anormal à l'arrivée de la marchandise.

Le commissionnaire agréé en douane accomplit pour le compte de son client, les formalités douanières. Ces formalités peuvent consister en la rédaction et au dépôt en douane des déclarations, à la reconnaissance des marchandises, à la représentation auprès de l'administration des douanes.

L'A.U.D.C.G. met deux obligations à la charge du commissionnaire agréé en douane. Il doit d'abord acquitter pour le compte de son client le montant des droits, taxes ou amendes liquidés par le service des douanes. Il est ainsi tenu de verser aux services compétents la somme d'argent correspondant à l'impôt, taxes dues à l'occasion du franchissement du cordon douanier et des amendes et autres pénalités qui pouvaient s'y ajouter. Il doit ensuite effectuer une déclaration exacte et appliquer les tarifs appropriés.

B - Les obligations du commettant.

La décision du commettant de s'attacher les services d'un intermédiaire obéit dans une large mesure à un souci d'efficacité. Le commettant doit dès lors mettre le commissionnaire en mesure de réaliser l'opération objet du contrat. Pour ce faire, il doit lui fournir tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission : il s'agit notamment des informations, instructions ou recommandations et des marchandises qu'il est chargé de vendre. Cette obligation paraît aller de soi. Selon certains auteurs, il s'agit d'une obligation lui incombant en tant que mandant dans un mandat salarié. Outre cette obligation générale, le commettant assume deux obligations prévues expressément par les articles 164 et 165 A.U.D.C.G. : l'obligation de rémunération et l'obligation de remboursement et d'indemnisation.

L'obligation de rémunération constitue la principale obligation du commettant. Celui-ci doit verser au commissionnaire une rémunération connue sous l'appellation de "commission". L'article 164 A.U.D.C.G. qui prévoit cette obligation de rémunération précise à quelles conditions l'obligation de rémunération naît à la charge du commettant : l'obligation de rémunération naît "dès lors que le mandat est exécuté". Cela signifie que la mission confiée au commissionnaire est accomplie ; il a exécuté ses obligations : il a vendu les marchandises qui lui avaient été confiées.

Aux termes de l'article 165 A.U.D.C.G., le commettant doit en plus de la rémunération, rembourser au commissionnaire les frais et débours normaux exposés par ce dernier.

Paragraphe II : La sanction des obligations.

Il existe un grand écart entre les responsabilités assumées par le commissionnaire et celles assumées par le commettant. En effet, la responsabilité du commettant paraît moins étendue (A) que celle du commissionnaire (B).

A - La responsabilité du commettant.

Elle peut être envisagée à l'égard du commissionnaire et à l'égard des tiers.

La responsabilité du commettant à l'égard du commissionnaire découle de la violation des obligations qui sont mises à sa charge. Le commettant étant tenu de mettre le commissionnaire en mesure d'exécuter les obligations prévues au contrat, lorsqu'il ne fournit pas d'informations ou qu'il fournit des informations erronées et qu'il en résulte la non conclusion du contrat ou la conclusion dans de mauvaises conditions, le commettant peut avoir sa responsabilité engagée ; il sera donc condamné à verser des dommages-intérêts au commissionnaire.

En principe, le commettant et le tiers ne se connaissent pas et n'entretiennent pas de relations directes puisque le commissionnaire agit en son nom propre.

Il résulte de cette situation que le commettant qui ne livre pas des marchandises dont le tiers s'est porté acquéreur ne peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis de ce dernier. Il y a comme un "cloison étanche" entre eux.

B - La responsabilité du commissionnaire.

Le commissionnaire qui se rend coupable d'actes de mauvaise foi envers le commettant en indiquant par exemple un prix plus élevé que le montant de l'opération, perd le droit à commission et peut être tenu des obligations nées de l'opération conclue. Le commissionnaire devient garant de la bonne exécution de l'opération puisque le tiers, véritable exécuteur de l'opération, sera ignoré.

L'examen de la responsabilité peut être faite à deux niveaux : le cas général et les cas particuliers.

En principe, le commissionnaire répond de ses fautes comme un mandataire salarié :

- d'abord, il répond de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations mises à sa charge ;
- ensuite, considéré comme un professionnel, ses fautes sont appréciées plus sévèrement ;

- enfin, il assume, sauf exception, une obligation de moyen, dans la mesure où il s'engage à faire tout ce qu'il peut pour mener à bien l'opération qui lui a été confiée.

Certains des cas de responsabilité sont énumérés par les textes. Dans ce sens, le commissionnaire qui omet de donner au commettant des informations utiles relatives à l'opération engage sa responsabilité. De même, celui qui ne prend pas les mesures pour sauvegarder les droits de recours contre le transporteur, constater les avaries, pourvoir à la conservation de la chose se rend coupable de négligence et peut voir sa responsabilité engagée.

Ils concernent le commissionnaire de transport, le commissionnaire agréé en douane et le commissionnaire du croire.

Le commissionnaire de transport, faut-il le rappeler, garantit à son commettant expéditeur que la marchandise parviendra à destination en bon état dans les délais convenus.

Il assume une obligation de résultat. Le seul fait que la marchandise soit perdue ou avariée en cours de transport l'oblige à réparer le dommage subi par le commettant.

Le commissionnaire de transport répond également du fait des personnes avec lesquelles il traite.

Indépendamment des cas particuliers énumérés dans l'article 175 AUDCG, le commissionnaire en douane verra sa responsabilité personnelle engagée chaque fois qu'il aura manqué à l'une des obligations inhérentes à sa qualité de commissionnaire. Il en sera ainsi chaque fois qu'il n'aura pas exécuté sa mission conformément aux instructions reçues et dans la limite de son mandat ou qu'il aura omis de rendre compte à son commettant ou d'apporter toute diligence que l'on est en droit d'attendre de lui. Dans ces cas, sa responsabilité ne sera engagée que lorsque la preuve d'une faute pourra être apportée contre lui. C'est au commettant qu'il appartient d'apporter cette preuve.

L'article 175 AUDCG précise que le commissionnaire en douane est responsable non seulement à l'égard du commettant mais également à l'égard de l'administration des douanes.

A l'égard du commettant, le commissionnaire en douane verra sa responsabilité engagée lorsqu'il n'aura pas respecté les obligations relatives aux documents douaniers.

Il n'entre généralement pas dans la nature du contrat de commission que le commissionnaire garantisse l'exécution correcte et effective de l'opération. Pourtant, bien souvent, dans le cadre d'une commission de vente ou d'achat de marchandises notamment, le commettant souhaite mettre toute sa confiance dans le commissionnaire afin d'échapper aux aléas de l'opération, c'est-à-dire toute inexécution du contrat, même fortuite. Le commettant voudrait par exemple s'assurer que le prix de vente de la marchandise sera payé ou que la livraison sera effectuée et cela dans les délais convenus. Pour ce faire, il va adjoindre au contrat de commission, une clause en vertu de laquelle le commissionnaire contracte un engagement supplémentaire (qui s'ajoute à ses obligations normales) de garantir la bonne fin de l'opération moyennant une commission supplémentaire: *c'est la convention du croire*.

SECTION 2 : LES GARANTIES D'EXECUTION.

L'exécution du contrat de commission peut être remise en cause par des événements dont les effets peuvent se révéler désastreux pour les parties. C'est la raison pour laquelle les usages, la loi et la jurisprudence ont admis des mécanismes permettant de limiter la portée de tels événements. Le législateur de l'OHADA a repris ou entériné les garanties dont peuvent bénéficier le commissionnaire (paragraphe I) et le commettant (paragraphe II) sans recourir à une procédure particulière.

Paragraphe I : Les garanties du commissionnaire.

Pour assurer le paiement de ses créances, le commissionnaire dispose d'un droit de rétention et d'un privilège.

Le droit de rétention prévu par l'article 166 AUDCG offre au commissionnaire, créancier du commettant, la faculté de retenir des marchandises qu'il détient pour son compte.

"Instrument de coercition sur le bien retenu qui sert d'otage au créancier", le droit de rétention se définit comme le droit de retenir une chose que l'on devrait restituer. Connu pour être une "sûreté imparfaite" parce qu'il n'est pas consacré formellement par un texte de droit de portée générale, le droit de rétention a été érigé par l'article 41 AUS en "sûreté autonome et achevée" à l'image de ce qui a pu être constaté dans la législation sénégalaise.

Aux termes de l'article 166 AUDCG, "Tout commissionnaire a, pour toutes ses créances contre le commettant, un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient". Il convient de préciser que le droit de rétention ne peut porter que sur les marchandises à l'exclusion des documents représentatifs de la marchandise et des sommes d'argent dont le commissionnaire serait en possession. L'exercice du droit de rétention doit respecter les conditions de droit commun contenu dans l'article 42 AUS.

Curieusement, *le privilège du commissionnaire* n'est pas prévu par les dispositions relatives au commissionnaire mais dans l'article 115 AUS. Le privilège de par son essence confère au créancier, en l'occurrence le commissionnaire, le droit d'être préféré aux autres créanciers. Il repose sur l'idée de gage tacite.

L'article 115 AUS précise que le privilège du commissionnaire garantit les créances nées du contrat de commission. Les effets du privilège du commissionnaire tiennent à la notion même de privilège. Aux termes de l'article 109 AUS, le créancier titulaire de privilège spécial a sur les meubles que la loi lui affecte comme assiette un droit de préférence qu'il exerce après saisie.

Paragraphe II : La garantie du commettant : la revendication.

Le commettant qui a confié les marchandises au commissionnaire va dans certaines circonstances être confronté à une difficulté majeure : l'arrêt des poursuites individuelles en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif.

Les marchandises confiées au commissionnaire ont peut-être été déjà vendues, dans ce premier cas, le commissionnaire a acquis le prix ; elles ne le sont peut-être pas encore, dans ce second cas, elles constituent tout de même le gage des créanciers du commissionnaire.

Dans ces deux situations, le commettant va se trouver en concours avec d'autres créanciers. Son droit de propriété s'oppose au droit des créanciers du commissionnaire. Pour éviter cet inconvénient, le législateur a élaboré un mécanisme particulier connu sous le nom d'action en revendication dont l'objet est de permettre au commettant d'échapper au concours des autres créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Aux termes de l'article 78 AUPC, les titulaires d'un droit de revendication doivent produire leurs créances auprès du syndic sous peine de forclusion à partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales.

CHAPITRE II : LE COURTIER

Le courtier est un intermédiaire de commerce dont la profession consiste à "mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir, la conclusion de convention, opération ou transaction entre ces personnes".

La conception du code de commerce repose sur l'idée que le courtier est un simple médiateur entre deux parties qui négocient ensuite directement le marché. Si l'essentiel de cette conception est demeuré pratiquement intact, il reste qu'avec le temps, le domaine d'activité du courtier s'est considérablement élargi. Il existe aujourd'hui plusieurs catégories de courtiers (courtiers en assurance, en transport, en banque, courtiers interprètes et conducteurs de navire et même des courtiers matrimoniaux). Le contrat de courtage a trouvé à s'appliquer plus récemment aux centrales de référencement dont le rôle est d'offrir, à des commerçants distributeurs de produits, de négocier en leur faveur des conditions plus favorables auprès des fournisseurs.

Il est généralement admis que les courtiers contribuent au développement des échanges de marchandises physiques sur les marchés nationaux et internationaux. Ils constituent un rouage indispensable du marché dont ils assurent la transparence.

L'AUDCG n'a véritablement envisagé que le courtier en marchandises dont l'activité se limite à la vente et à l'achat de marchandises et conformément à l'article 139 alinéa 1^{er} aux opérations connexes.

Le contrat de courtage se caractérise par la particularité des obligations qu'assument les parties l'une envers l'autre (Sections 1 et 2)

Section 1 : Les obligations du courtier

Les obligations du courtier sont en grande partie déterminées par son rôle qui est de mettre en rapport des personnes désireuses de réaliser une opération donnée par la conclusion d'un contrat. Le courtier doit, dès lors, mettre les parties en mesure de contracter (§I). S'il ne le fait pas ou s'il le fait mais à des conditions telles que les parties ne peuvent pas contracter, il engage sa responsabilité d'intermédiaire professionnel (§II).

Paragraphe I : Le contenu des obligations du courtier.

N'étant pas lui-même chargé par les parties de réaliser l'opération projetée, l'essentiel de ses obligations consistera à accomplir toutes les démarches et tous les actes de nature à favoriser la conclusion du contrat. Le législateur ayant visé spécialement "les opérations de vente à caractère commercial", l'étude des obligations du courtier sera axée sur celles qu'assume particulièrement le courtier en marchandises.

En premier lieu, il doit rechercher le cocontractant; Le courtier de marchandise a pour mission principale, à l'instar de tout courtier, de rapprocher des personnes souhaitant contracter. L'article 177 AUDCG insiste d'ailleurs sur cette obligation première ; il doit "entreprendre toute démarche pour faciliter l'accord" entre les parties.

La finalité des démarches entreprises est de trouver un acquéreur ou un vendeur dont l'offre correspondra à celle du donneur d'ordre.

Aux termes de la loi, il doit limiter ses activités à mettre en rapport des personnes qui doivent contracter. La loi ne lui fait donc pas obligation d'aller plus loin et d'intervenir personnellement dans la transaction. Il n'assume pas la représentation des parties.

L'extension conventionnelle des obligations du courtier lui fait perdre une obligation inhérente à sa qualité, celle de rester indépendant des parties.

En deuxième lieu, il doit garantir les offres présentées. Cette obligation complète fort logiquement l'obligation de rechercher le cocontractant. Le courtier garantit les offres qu'il transmet par l'exactitude et la précision des renseignements qu'il communique aux parties. En cela, le courtier se distingue du simple démarcheur qui se borne à communiquer des informations sans aucun engagement de sa part.

Le courtier doit s'assurer du consentement de l'acquéreur ou du vendeur à réaliser l'opération aux conditions déterminées qu'il a portées à la connaissance des parties. Il doit ensuite s'assurer que les parties disposent de toutes les informations utiles pouvant leur permettre de traiter en toute connaissance de cause.

L'obligation de reddition de compte du courtier n'est que l'application de l'obligation générale de rendre compte dégagé à propos de l'intermédiaire professionnel.

Telles sont les obligations légales que le courtier doit assumer à l'égard de son donneur d'ordre sous peine d'engager sa responsabilité.

Paragraphe II : La sanction des obligations du courtier.

A priori, il paraît difficile de concevoir qu'un commerçant intermédiaire se bornant à rapprocher les parties en vue de la conclusion d'un contrat et demeurant indépendant de ces parties puisse encourir une quelconque responsabilité à leur égard en dehors de la fraude. Pourtant, il a été démontré que durant les périodes de spéculation notamment, les courtiers en marchandises peuvent créer des marchés artificiels et réaliser des opérations en dehors de la solvabilité des clients.

L'AUDCG prévoit deux types de sanctions : d'une part la responsabilité du courtier et d'autre part la perte de la rémunération.

A - Une sanction générale : la responsabilité du courtier.

Si l'obligation du courtier est de favoriser la conclusion du contrat, il en résulte que sa responsabilité sera engagée chaque fois qu'il aura mal rempli sa mission. Il convient de préciser tout de suite que sa responsabilité ne sera pas engagée en cas de non conclusion du contrat ou de l'inexécution du contrat conclu par l'une des parties.

Si la marchandise livrée comporte par exemple des vices cachés, aucun recours ne sera ouvert contre le courtier qui par définition est étranger à ce contrat.

Au contraire, le courtier sera responsable des fautes qu'il aura commises dans l'accomplissement de sa mission, a fortiori, lorsqu'il se sera abstenu de toute exécution des ordres reçus. Le législateur, à travers l'article 178 alinéa 2 retient la responsabilité du courtier qui communique sciemment à l'autre partie de fausses déclarations.

B - Une sanction particulière : la perte du droit à rémunération.

Le contrat de courtage est un contrat à titre onéreux. La rémunération du courtier professionnel est inhérente à son activité. Dès lors, la perte du droit à rémunération constitue une sanction grave qui doit être soumise à des conditions précises.

L'article 183 AUDCG énonce que la sanction est applicable au courtier dans deux hypothèses : soit il a violé l'obligation d'agir dans l'intérêt du donneur d'ordre, soit il s'est fait remettre une rémunération par le tiers contractant à l'insu du donneur d'ordre.

La sanction prévue par l'article 183 AUDCG est double. Le courtier perd à la fois son droit à rémunération et son droit au remboursement des frais qu'il a engagés.

Section 2 : Les obligations du donneur d'ordre.

C'est le donneur d'ordre qui en principe, prend l'initiative de l'opération en confiant au courtier la recherche d'un cocontractant. Cette situation détermine le contenu de ses obligations et leurs sanctions.

Paragraphe I : Le contenu des obligations du donneur d'ordre.

Outre les obligations générales d'information, le donneur d'ordre assume deux obligations distinctes : la conclusion de l'opération et la rémunération du courtier.

En premier lieu, il doit conclure l'opération. Le courtier est un intermédiaire indépendant des parties dont la mission se limite au rapprochement des parties en vue de la conclusion du contrat.

On considère généralement que sa mission est accomplie une fois qu'il a mis les parties en mesure de conclure le contrat. Il appartient au donneur d'ordre de conclure l'opération avec le tiers contractant.

En second lieu, il doit rémunérer le courtier. L'obligation de rémunération du courtier fait l'objet dans l'AUDCG d'un ensemble de règles précisant le débiteur de la rémunération, la naissance du droit à rémunération, la détermination du montant de la rémunération et l'époque de la rémunération.

En principe, l'obligation de rémunération est à la charge du donneur d'ordre. Le droit français ayant considéré que le tiers contractant et le donneur d'ordre ont tiré profit de l'opération, a toujours admis que la rémunération est due par les deux parties.

A la différence de cette solution française, l'AUDCG semble avoir érigé le donneur d'ordre en débiteur exclusif de la rémunération. Aux termes de l'article 108 al. 2 le vendeur seul donneur d'ordre est débiteur exclusif de la rémunération du courtier, qui vient en diminution du prix encaissé.

La naissance du droit à rémunération peut se situer à trois niveaux : on peut considérer qu'une fois que les parties ont été rapprochées, le courtier s'est acquitté de sa tâche et a donc droit à la rémunération. On peut également penser que le seul rapprochement ne suffit pas et qu'il faille entendre la conclusion du contrat. Enfin, on peut estimer que si le contrat conclu rencontre un obstacle dans son exécution, la rémunération ne sera pas due.

Le choix du législateur s'est porté sur la seconde hypothèse. L'article 181 al. 1^{er} dispose en effet que le courtier a droit à rémunération dès que l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit.

Aux termes de l'article 182 al. 1^{er} AUDCG, le montant de la rémunération est librement fixé par les parties.

Paragraphe II : La sanction des obligations du donneur d'ordre.

La sanction des obligations du donneur d'ordre ne comporte aucune particularité. Aucune disposition ne la régit ; ce qui oblige à rechercher les règles du droit commun de l'intermédiaire qui sanctionnent le non respect des obligations du représenté. En principe le donneur d'ordre sera responsable de ses manquements à l'égard du courtier sauf exception.

La responsabilité du donneur d'ordre sera engagée en cas de violation des obligations qu'il est tenu d'assumer, à savoir la conclusion du contrat, le paiement de la rémunération et le remboursement des frais.

La limitation à la responsabilité du donneur d'ordre peut être conventionnelle et résulter d'une clause limitative ou élisive de responsabilité.

Lorsque les parties n'ont rien prévu, il convient de se référer au droit commun, faute de disposition particulière du législateur de l'OHADA.

La responsabilité du donneur d'ordre peut être limitée par deux événements : la faute du courtier et la force majeure.

CHAPITRE III : L'AGENT COMMERCIAL.

L'appellation précise d'"*agent commercial*" et la configuration actuelle de la profession ne se dessineront que peu à peu à travers le temps.

Le Code de commerce de 1807 n'avait pourtant pas mentionné les agents commerciaux parmi les auxiliaires de commerce contrairement au courtier et au commissionnaire. L'agent commercial est demeuré un représentant mandataire pour lequel la jurisprudence avait élaboré les principes de l'intérêt commun.

A la suite de la décision du législateur français de placer le Voyageur Représentant Placier (VRP) sous le régime de louage de service, il est subsisté une catégorie de représentant attachée à son indépendance à laquelle le législateur va conférer en 1941 le titre d'agent commercial. La reconnaissance légale de la profession et une protection d'ordre public n'interviendront véritablement qu'en 1958. Cette évolution va être confirmée par la loi du 25 juin 1991 qui a transposé en droit français les dispositions de la directive européenne du 18 décembre 1986.

La profession d'agent commercial présente un intérêt économique certain. Pour le mandant, l'agent commercial n'est rémunéré qu'en fonction du chiffre d'affaires qu'il va permettre au mandant de réaliser.

Le mandant ne prend donc aucun risque dans la mesure où l'agent commercial sera rémunéré en fonction des ventes réalisées. Pour l'agent commercial lui-même, les risques sont également limités dans la mesure où il n'a pas la charge d'acheter un stock de marchandises au mandat.

Dans les pays africains francophones membres de l'OHADA, aucune réforme législative importante ne semble avoir été conduite depuis les indépendances sauf à considérer les articles 493 et 494 COCC. Le législateur de l'OHADA s'est plutôt inspiré de la législation française. Il a repris la notion (section 1), les obligations des parties (section 2) et les règles relatives à la cessation du contrat d'agence commerciale (section 3).

Section 1 : La notion d'agence commerciale.

Aux termes de l'article 184 "l'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de service, au nom et pour le compte de producteurs, d'individuels, de commerçants ou d'autres agents, sans être lié envers eux par un contrat de travail". Il convient d'approfondir les éléments de cette définition (paragraphe I) et de déterminer les caractères que doit revêtir la profession d'agent commercial ainsi définie (paragraphe II).

Paragraphe I : La définition.

Deux éléments distinguent le contrat d'agence : sa nature et son objet.

L'agent commercial est un mandataire et il est le seul parmi les intermédiaires de commerce à être mandataire au sens du droit classique. Il agit "au nom" et "pour le compte" de producteurs, industriels et commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il en résulte une impossibilité d'être l'agent commercial d'un professionnel qui n'entre pas dans une des catégories énumérées par la loi tel par exemple un artisan non producteur, un artiste ou un particulier. Il n'est pas lié envers eux par un contrat de travail contrairement à ce que prévoit le COCC dans son article 493 aux termes duquel "les agents commerciaux sont salariés...".

L'agent commercial se distingue du concessionnaire qui achète et revend en son nom et pour son compte. Il se distingue également du commissionnaire qui agit en son nom personnel et est personnellement partie aux contrats qu'il conclut et qui assume les obligations nées de ses contrats à l'égard des tiers.

L'agent commercial se distingue enfin du courtier dans la mesure où celui-ci se contente de rapprocher vendeur et acheteur sans représenter l'une des parties.

Mandataire représentant des parties, l'agent commercial est aussi un mandataire professionnel; ce qui implique la permanence du mandat.

Aux termes de l'article 184 AUDCG, la mission principale de l'agent commercial est de négocier, auprès de la clientèle, les contrats au nom et pour le compte du mandant. Celui-ci ne sera engagé que s'il accepte de conclure le contrat proposé. La loi offre au mandant la faculté d'aller plus loin et de confier à l'agent commercial la mission de conclure les contrats avec la clientèle au nom et pour le compte du mandant. Dans cette hypothèse, le mandant est engagé vis-à-vis de la clientèle par la signature de l'agent commercial.

Paragraphe II : Les caractères de la profession d'agence commerciale.

Deux éléments caractérisent le contrat d'agence commerciale : l'indépendance de la profession et l'intérêt commun.

L'article 184 confirme en effet les dispositions de l'article 137 AUDCG quant à la nécessité d'un exercice professionnel et indépendant. L'agent commercial est donc à l'instar des autres intermédiaires de commerce, un professionnel indépendant.

Il a dans l'organisation de son activité, un libre choix de la structure juridique de l'entreprise.

Les usages "ne permettent pas à une compagnie de congédier sans dédommagement un agent qui n'a pas démerité pour s'approprier du fruit de son labeur". C'est par cette formule devenue célèbre que la jurisprudence française a reconnu l'existence d'un intérêt commun dans le mandat de l'agent commercial.

Aujourd'hui, l'intérêt commun doit être regardé comme étant une convergence d'intérêts particuliers marqués d'une part, par l'adhésion du mandant et du mandataire à une cause commune : la conquête ou la fidélisation d'une clientèle et d'autre part, par la participation des deux parties aux profits et aux risques de l'opération. On a pu parler à ce propos de contribution à un aléa commercial commun.

Section 2 : Les obligations des parties.

Du fait de l'existence de l'intérêt commun, les parties assument des obligations réciproques (paragraphe I) qui laissent subsister des obligations particulières. (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les obligations réciproques des parties.

Elles sont contenues dans l'article 185 al. 2 AUDCG : les rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants sont régies par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information

La loyauté désigne la sincérité dans la conclusion du contrat et la bonne foi dans l'exécution. Cette obligation de par son caractère réciproque, s'écarte de l'obligation générale d'exécution personnelle et loyale de l'intermédiaire de commerce contenue dans l'article 150 AUDCG. Elle a pour but de favoriser l'établissement d'accords durables entre l'agent commercial et ses mandants qui doivent pouvoir compter sur lui sans aucune réticence. L'obligation de loyauté apparaît ici comme une conséquence de l'intérêt commun. Pour l'agent commercial, elle se traduit par l'obligation de non concurrence et pour le mandant par l'obligation de respecter l'exclusivité accordée à l'agent.

L'agent commercial se voit généralement confier par le mandant une exclusivité sur un territoire ou / et une catégorie de clientèle ; le mandant doit assurer le respect de cette clause : le mandant s'interdit dès lors de prospecter et de vendre directement ou de donner mandat à un autre agent dans ce secteur.

Par le contrat d'agence, l'agent commercial s'oblige également à *informer le mandant* et le mandant à son tour s'oblige à lui communiquer des instructions et la documentation nécessaire à l'exercice de son activité.

L'obligation de l'agent d'informer le mandant découle de l'obligation de rendre compte incombant à tout intermédiaire de commerce et plus généralement à tout mandataire. Cette obligation ne porte atteinte ni à son indépendance, ni à sa liberté d'organiser ses activités. Le mandant doit fournir à l'agent commercial des instructions aussi complètes que possible.

Paragraphe II : Les obligations particulières des parties.

Ces obligations sont particulières à l'agent commercial (A) et au mandant (B).

A - Les obligations particulières de l'agent commercial.

Plus que les autres intermédiaires de commerce, l'agent commercial est un mandataire. Il doit exécuter son mandat en bon professionnel et s'abstenir de révéler les informations dont il a eu connaissance dans l'exercice de son mandat.

Étant mandataire, l'agent commercial doit exécuter les obligations découlant de son mandat conformément aux clauses de son contrat. Il doit dès lors respecter les instructions du mandant par exemple visiter la clientèle selon la fréquence prévue au contrat.

Il peut être chargé d'organiser un réseau de distribution. Le plus souvent, l'agent commercial s'engage pour une période donnée à provoquer un certain volume de commande pour un montant minimum. Il s'engage ainsi à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation de son objectif. Il développe dans ce sens une compétence particulière et met en place une organisation appropriée : il doit agir en bon professionnel (article 185 al 2 AUDCG).

En tant que professionnel, l'agent commercial doit être compétent et doit respecter le secret des affaires. Sinon, il compromettrait la part du marché qu'il est chargé de développer dans l'intérêt de son mandant et cela pourra justifier que le mandant s'abstienne d'exécuter les obligations mises à sa charge.

B - Les obligations particulières du donneur d'ordre.

Le mandant assure deux obligations : celle de rémunérer l'agent commercial et celle de mettre ce dernier en mesure d'exécuter le contrat.

Sans être un élément caractéristique du contrat d'agence, la rémunération apparaît comme une obligation principale que doit assumer l'agent commercial. La loi définit le droit à commission, fixe les règles de son calcul et détermine les modalités de paiement.

Aux termes de l'article 188 AUDCG, la commission est tout élément de la rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires. Le droit à commission existe même en l'absence d'écrit. Cette règle permet d'écarter tout risque d'anéantissement du contrat pour indétermination de la rémunération due à l'agent.

Le droit à commission est acquis dès que le mandant a exécuté l'opération ou devrait l'avoir exécuté en vertu de l'accord conclu avec le tiers ou bien encore dès que le tiers a exécuté l'opération, précise l'article 192 al. 1^{er}.AUDCG

Bien souvent, il s'écoule un temps entre le moment d'intervention de l'agent et la date de conclusion de l'opération. Si le contrat d'agence vient à être rompu dans cet intervalle, que doit-il advenir de la commission de l'agent ? Le législateur de l'OHADA prend en compte ce délai de latence et reconnaît un droit à commission après la cessation du contrat d'agence. Il va de soi que l'acquisition de ce droit ne vaudra que pour les contrats conclus grâce à l'activité déployée par l'agent avant la cessation du mandat.

Le montant de la rémunération est déterminé librement par les parties. Dans le silence des parties, l'agent commercial a quand même droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués dans le secteur d'activités couvert par le mandat et du lieu où l'activité est exercée.

En l'absence d'usages, l'agent commercial a droit à une rémunération raisonnable ; elle sera fixée par le juge qui devra alors tenir compte des éléments qui ont trait à l'opération tels que le montant de l'affaire, la nature et le prix des biens vendus, le chiffre d'affaires, les difficultés de pénétration du marché...

Par ailleurs, le droit à commission ne s'étend pas au remboursement de frais et débours lorsque ceux-ci résultent de l'exercice normal de l'activité d'agence.

Section 3 : La cessation du contrat d'agence.

Le contrat d'agence peut prendre fin pour toutes les causes indiquées aux articles 156, 157 AUDCG. Toutefois, cette cessation obéit à des règles particulières caractérisées par l'intérêt commun qui fait échec au principe de la libre révocabilité du mandat contenu dans le code civil. L'objectif poursuivi est d'organiser en faveur de l'agent en situation d'infériorité, une protection comparable à celle du travailleur en cas de rupture du contrat de travail. L'examen de ces règles (Paragraphe I) permettra de préciser les modalités de leur mise en œuvre (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les règles régissant la rupture du contrat d'agence.

En cas de rupture anticipée, l'auteur doit en aviser son cocontractant. Par ailleurs, l'agent commercial a droit à une indemnité sauf lorsque la rupture peut lui être imputable.

L'article 196 soumet le droit à résiliation unilatérale à un préavis réciproque obligatoire et réglementé. Il va de soi en premier lieu que cette règle ne pourra s'appliquer qu'aux contrats à durée indéterminée qui impliquent en principe le pouvoir pour les parties de se dégager unilatéralement. Elle pourra éventuellement s'appliquer au contrat à durée déterminée lorsque celui-ci continue à être exécuté par les parties après son terme. Il se produit dans cette hypothèse une novation en contrat à durée indéterminée du contrat à durée déterminée conformément à la présomption posée par l'article 195 al. 2 AUDCG. Cette présomption peut être combattue par la preuve contraire.

Le préavis n'est pas obligatoire en cas de faute lourde ou de force majeure. Le préavis doit être donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture. C'est elle qui doit porter à l'attention de son cocontractant qu'elle entend mettre fin au contrat qui les lie.

La durée du préavis ne peut être inférieure à un délai d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée et de trois mois pour la troisième année commencée et les autres années.

Étant d'intérêt commun, le mandat de l'agent commercial n'est pas résiliable au seul gré de l'entreprise avec laquelle il travaille. Cela ne veut pas pour autant dire que le contrat d'agence est irrévocable mais seulement que l'agent a droit à une indemnité. Avec la rupture du contrat, l'agent perd la part du marché qu'il avait conquise pour le compte de son mandant. Il subit de ce fait un préjudice important.

L'article 197 AUDCG qui prévoit le droit à une indemnité compensatrice ne distingue pas selon qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Si le droit à indemnité est le principe, il reste que dans certains cas l'agent perd ce droit.

Trois circonstances sont susceptibles de priver l'agent du droit à indemnité :

- la faute grave de l'agent ;
- la démission volontaire ;
- la cession des droits et obligations.

A ces trois événements, il y a lieu d'adjoindre le cas particulier de l'extinction du droit à indemnité provoquée par l'inaction de l'agent lui-même.

Paragraphe II : La mise en œuvre de la rupture du contrat d'agence.

La mise en œuvre pose deux problèmes : celui de la détermination du montant de l'indemnité et celui des obligations liées à la cessation du contrat.

L'article 199 AUDCG fixe les règles de détermination du montant de l'indemnité compensatoire due à l'agent commercial.

Ce minimum légal est calculé selon le rapport mois de commission/année de contrat exécuté. Ainsi, pour une année de contrat exécuté, l'agent commercial a droit à un mois de commission, pour deux années, il a droit à deux mois de commission, pour trois années, il a droit à trois mois de commission. Le calcul du montant de la commission mensuelle est basé sur la mensualité moyenne des douze derniers mois d'exécution du contrat.

Au delà de trois ans, c'est-à-dire à partir de la quatrième année de contrat exécuté, l'indemnité est fixée librement par les parties. Cette partie de l'indemnité librement fixée s'ajoute au minimum légal. Il va de soi que ce montant de l'indemnité pourra être plus élevé lorsque l'agent commercial est dépositaire des marchandises du mandant. En plus du minimum légal, l'agent devra percevoir également des indemnités de dépôt.

Le juge saisi d'un litige relatif au calcul de l'indemnité sera amené à en contrôler le montant ; pour ce faire, il doit tenir compte de tous les éléments d'activité de l'agent commercial et de la perte globale de la rémunération qui lui est allouée.

En dehors de l'indemnité compensatrice, l'agent percevra en outre une indemnité spéciale prévue à l'article 187 AUDCG en compensation de l'interdiction de concurrence convenue entre les deux parties ainsi que les dommages-intérêts éventuellement mis à la charge du mandant.

Trois obligations sont liées à la cessation du contrat d'agence : l'obligation au secret, l'obligation de restituer ce qui a été remis, l'obligation de non concurrence.

Les intérêts attachés à la préservation du secret par l'agent ne disparaissent pas avec la cessation du contrat. L'agent peut encore et parfaitement fragiliser l'entreprise mandante après l'expiration du contrat. C'est la raison pour laquelle le législateur maintient l'obligation pendant la période post-contractuelle.

L'obligation de restitution qui naît avec la rupture du contrat, correspond a priori à la disparition de l'obligation qu'avait le mandant en "cours de contrat" de mettre l'agent en mesure d'exécuter le contrat en lui fournissant les documents et matériels requis pour la mise en œuvre du contrat.

Pour pallier l'inexistence d'obligation légale de non concurrence qui laisse la liberté à l'agent de concurrencer l'ancien mandant, il est souvent inséré dans le contrat d'agence une clause de non concurrence visant à restreindre la liberté de l'agent pour l'après contrat. La loi ne prévoit pas expressément cette clause mais celle-ci peut être déduite des termes de l'article 187 al. 2 AUDCG qui envisage la possibilité d'une interdiction de concurrence convenue entre l'agent commercial et son mandant sans la restreindre à la période contractuelle.

Tout comme l'extinction, la cessation du contrat d'agence porte la marque de l'intérêt commun propre à ce contrat et qui le distingue des autres contrats d'intermédiaire : la commission et le courtage. Le législateur a souhaité les rassembler sous la bannière du mandat au prix d'un élargissement certain de la notion.