

PRESENTATION DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL

Par SANTOS Pedro
Université de LOME

1. L'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (AU DCG) a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} avril 1998. Il comporte six livres relatifs au statut du commerçant, au registre du commerce, au bail commercial et au fonds de commerce, aux intermédiaires de commerce, à la vente commerciale et aux dispositions finales. Les nouvelles dispositions traduisent l'objectif du législateur de moderniser la matière et la rendre plus accessible.

2. L'AU DCG s'applique au commerçant, personne physique ou morale, tel que le précise l'article 1^{er}. Il abroge toutes les lois nationales contraires et laisse subsister les lois non contraires. Il en résulte une coexistence des différentes normes. Le commerçant (personne physique ou morale) soumis au nouveau droit commercial, reste également soumis au droit national antérieur dans la mesure où celui-ci n'est pas contraire aux nouvelles dispositions (sur la notion de loi contraire, voir CCJA, avis N° 001/2001/EP du 30 avril 2001).

3. S'agissant des situations juridiques existantes à la date d'adoption de l'AU, un délai de deux ans (à compter de la publication de l'AU) avait été imparti aux commerçants pour mettre en harmonie les conditions d'exercice de leurs activités avec les nouvelles dispositions. Cette injonction n'étant pas assortie de sanction, il est difficile de se faire une idée exacte de sa mise en application effective. Tout porte à croire que la régularisation peut intervenir après l'expiration du délai imparti sur décision du juge et sous astreinte à la demande de tout intéressé (article 1^{er} al 4 AU DCG).

Dans leur ensemble, les dispositions de l'Acte Uniforme régissent le commerçant et son activité.

1^{ère} partie : LE COMMERCANT

4. Les dispositions de l'AU définissent le statut du commerçant et réglementent son activité.

Chapitre 1 : LE STATUT DU COMMERCANT

5. Le statut du commerçant est déterminé à partir d'un certain nombre d'éléments qu'il convient d'examiner (section 1). L'acquisition de ce statut entraîne un certain nombre de conséquences (section 2).

Section 1 : les éléments déterminant le statut de commerçant

6. Pour être commerçant, il faut accomplir des actes de commerce et en faire sa profession habituelle (§I). Il faut en outre avoir la capacité de faire des actes de commerce (§II).

Paragraphe I : L'accomplissement d'actes de commerce

7. L'AU n'a pas modifié la définition traditionnelle du commerçant. Aux termes de l'article 2 "sont commerçants, ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle".

A- La notion d'actes de commerce

8. Le législateur ne définit pas les actes de commerce mais en fait une énumération à l'article 3 AU DCG. Cette énumération appelle trois observations :

9. La première est que seuls sont visés les actes et les opérations. Le législateur évite ainsi dans cette énumération, de confondre les professions commerciales et les actes juridiques (confusion relevée par Georges Ripert dans l'article 632 du code de commerce, Traité Élémentaire de Droit Commercial, LGDJ 1954, 3^{ème} ed. n° 276, P. 127). Il n'existe donc plus d'actes devant leur caractère commercial à l'idée de répétition ou d'organisation désignés sous l'appellation d'actes de commerce par entreprise. L'opposition entre acte de commerce isolé et acte de commerce par entreprise a donc disparu.

10. La seconde est que la catégorie dite des actes de commerce par accessoire figure dans l'énumération. Il s'agit notamment des actes effectués par les sociétés commerciales, des contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et des opérations des intermédiaires de commerce.

11. La 3^{ème} remarque tient au fait que la liste des actes de commerce s'est élargie du fait de l'adjonction d'opérations nouvelles telles que l'achat de biens immeubles en vue de leur revente, l'exploitation industrielle des mines, carrières et gisements de ressources naturelles et les opérations de télécommunications.

Cet élargissement concerne aussi les actes de commerce par la forme dont la commercialité est indépendante de la qualité de l'auteur de l'acte. A la lettre de change et aux sociétés commerciales par la forme définies à l'alinéa 2 de l'article 6 AU SCGIE, le législateur ajoute le billet à ordre et le warrant.

Il reste entendu que l'accomplissement des actes de commerce par la forme ne confère jamais à leur auteur la qualité de commerçant.

B- L'exercice habituel à titre de profession

12. Comme dans la législation antérieure, l'acquisition de la qualité de commerçant tient non seulement à l'accomplissement d'actes de commerce, mais également à leur exercice répété à titre de profession et pour son compte.

Paragraphe II : La capacité

13. Le commerçant doit avoir la capacité de faire des actes de commerce. Cette capacité est en principe déterminée par la loi nationale de chaque Etat partie. L'AU énonce cependant quelques règles relatives à la situation du conjoint d'un commerçant, aux incompatibilités et aux interdictions.

A - La qualité de commerçant du conjoint d'un commerçant

14. En cas d'exercice en commun du commerce par les deux époux, ce n'est plus le mari qui est réputé commerçant mais un conjoint (c'est-à-dire soit la femme, soit le mari). Ainsi, le

conjoint non-commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce par nature à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son époux.

B - Les incompatibilités

15. En la matière, le législateur pose qu'il n'y a pas d'incompatibilité sans texte. L'incompatibilité résulte, soit d'un statut particulier établi par le droit national ou de l'énumération de l'article 9 qui vise les agents de l'Etat, les officiers ministériels, les auxiliaires de justice et les professions libérales.

C - Les interdictions

16. Les interdictions privent le commerçant du droit d'exercer le commerce. Elles constituent des sanctions prononcées par une instance professionnelle ou juridictionnelle. Ces interdictions peuvent être spéciales ou générales, définitives ou temporaires.

Les actes accomplis par les interdits non réhabilités restent valables mais ne peuvent être opposables aux tiers de bonne foi. Cette règle repose sur la théorie de l'apparence qui doit toujours profiter à ceux qui sont de bonne foi.

Section 2 : Les conséquences découlant du statut de commerçant

17. La qualité de commerçant entraîne essentiellement deux conséquences : les obligations que la loi met à sa charge et le régime spécial auquel sont soumis les actes qu'il accomplit.

Paragraphe 1 : les obligations du commerçant

18. Elles sont de deux ordres : le commerçant doit se faire immatriculer au RCCM et remplir un certain nombre d'obligations comptables.

A - l'immatriculation au RCCM

19. Aux termes de l'article 25 AU DCG, tout commerçant doit se faire immatriculer au RCCM dans le premier mois d'exploitation de son commerce. Le RCCM a pour objet de recevoir d'une part, les informations relatives à l'immatriculation des personnes physiques commerçantes, 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 (modification, dissolution, cessation d'activité etc....).

Le RCCM est constitué par un registre local et des registres centraux. Le registre local comporte un registre d'arrivée ou registre chronologique dont l'objet est de mentionner les déclarations dans l'ordre chronologique et une collection de dossiers individuels tenus par ordre alphabétique.

Les registres centraux sont des fichiers qui centralisent au niveau national et au niveau régional les renseignements contenus dans ces divers registres.

Afin de bénéficier des effets de l'immatriculation, le commerçant doit introduire une demande suivant la procédure décrite dans les articles 25 et suivants de l'AU DCG.

1 – La procédure d'immatriculation

20. Le requérant remplit un formulaire de demande d'immatriculation qu'il dépose au greffe de la juridiction du siège social ou du lieu d'exploitation du commerce. La demande indique les informations relatives à l'identification du commerçant personne physique ou morale, la nature et le lieu d'exercice de l'activité, la forme de l'exploitation. Le requérant signe sa demande à laquelle il joint des pièces justificatives (extrait d'acte de naissance, casier judiciaire, statuts de société, contrats de GIE ...).

Le greffier lui attribue un numéro RCCM qui devra figurer sur ses documents commerciaux.

Les établissements commerciaux secondaires (c'est-à-dire les établissements permanents distincts de l'établissement principal et dirigés par l'assujetti, son préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers) et les succursales (voir article 116 AU SCGIE) sont également assujettis à l'obligation d'immatriculation suivant une procédure identique.

2 – Les effets de l'immatriculation

21. L'immatriculation au RCCM crée à l'égard de toute personne physique la présomption de qualité de commerçant. Elle rend applicable au commerçant le statut de commerçant c'est – à-dire les droits et les obligations. Il reste cependant que le défaut d'immatriculation ne prive pas le commerçant de cette qualité sauf à relever que faute d'immatriculation, une personne ne peut pas se prévaloir de cette qualité à l'égard des tiers et de l'administration.

S'agissant des personnes morales (sociétés commerciales, GIE), elles acquièrent la personnalité juridique à compter de l'immatriculation. Les personnes morales autres que les sociétés commerciales et le GIE restent soumises au droit antérieur quant à leur immatriculation.

22. Il faut ajouter qu'en dehors de l'immatriculation proprement dite, le RCCM est également destiné à recevoir l'inscription des actes constatant les modifications intervenues depuis l'immatriculation (changement dans l'état civil, l'activité, les statuts etc....) et les décisions mentionnées d'office par le greffier (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 à la suite de déchéance ou d'interdiction).

L'effet principal de l'inscription de ses faits et actes est l'opposabilité c'est-à-dire que les personnes assujetties à l'immatriculation au RCCM ne peuvent dans leur activité, les opposer aux tiers ou aux administrations que s'ils ont été publiés au RCCM.

23. Lorsque la personne assujettie cesse son activité commerciale, elle doit demander sa radiation au RCCM dans un délai d'un mois. Bien qu'obligatoire, la radiation n'entraîne pas forcément la perte de la personnalité morale.

B - les obligations comptables du commerçant

24. Les obligations comptables du commerçant comportent un double aspect : la mise en place d'une compatibilité et la tenue de certains documents.

1-la mise en place d'une comptabilité

25. La mise en place d'une comptabilité générale est prescrite par les articles 1^{er} et 2 AU CE. Cette obligation qui s'impose à tout commerçant personne physique ou morale, vise à assurer l'information externe de ses partenaires et à procurer à celui-ci un instrument d'évaluation de son activité. C'est la raison pour laquelle le commerçant doit satisfaire aux exigences de régularité et de sincérité susceptibles de garantir l'authenticité des écritures (conf. Article 14 AU CE).

Au titre des documents obligatoires, le commerçant doit d'abord tenir un journal enregistrant au jour le jour ses opérations commerciales. Outre ce journal, le commerçant doit tenir également un grand livre constitué par l'ensemble des comptes de l'entreprise où sont inscrits ou reportés par compte les différents mouvements des exercices. Ce document n'était pas prévu par le code de commerce tel qu'il a été rendu applicable dans les Etats membres de l'OHADA.

Le commerçant doit enfin transcrire le bilan et le compte de résultats de chaque exercice ainsi que le résumé de l'opération d'inventaire sur un livre appelé "livre d'inventaire".

Sous l'appellation d'états financiers de synthèse, le législateur regroupe le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois et l'état annexé.

L'établissement des états financiers de synthèse incombe à toute personne physique ou morale commerçante, contrairement à ce que prévoit l'article 17 AU DCG qui semble limiter cette obligation aux seules personnes morales.

En réalité, l'article 11 AU CE rend les états financiers annuels obligatoires en instituant une possibilité de moduler les exigences en fonction de la taille des entreprises. Ainsi, les grandes et les moyennes entreprises sont soumises au système normal. Les petites entreprises sont soumises au système allégé et les très petites au système minimal de trésorerie.

2 – Les règles de tenue

26. Tous les livres obligatoires sont tenus par ordre de date sans blanc ni altération d'aucune sorte. Cela signifie qu'ils ne doivent pas être raturés. Toute correction d'erreur s'effectue exclusivement par inscription en négatif des éléments erronés ; l'enregistrement exact est ensuite opéré (article 20 al 2 AU CE). Par ailleurs, ces livres sont cotés et paraphés à l'avance par le président de la juridiction compétente ou le juge désigné par lui.

Paragraphe 2 : Le régime des actes accomplis par le commerçant

27. Traditionnellement, le régime juridique des actes effectués par le commerçant comporte plusieurs aspects notamment la compétence juridictionnelle, la spécificité des règles d'exécution (présomption de solidarité, la liberté de forme de la mise en demeure), les règles de preuve et de prescription.

28. L'AU n'aborde pas la compétence juridictionnelle, celle-ci étant laissée au droit national. De même, l'exécution des obligations commerciales ne fait l'objet d'aucune réglementation

générale. En la matière, les principes antérieurs demeurent sauf lorsqu'une disposition spécifique en écarte expressément l'application. Les règles relatives à la preuve et à la prescription sont contenues dans les articles 5 et 18 AU DCG.

Paragraphe I – les règles de preuve

29. Le législateur de l'OHADA reconnaît le système de la liberté de preuve qui s'oppose au système de la preuve préconstituée établi par le code civil. Un tel principe se justifie en grande partie par les impératifs de simplicité de rapidité et de souplesse nécessaires en matière commerciale. Il découle de ce principe que la preuve d'une obligation commerciale peut être faite par tous les moyens tels que factures, livres et documents comptables, témoignage et présomption quel que soit le montant de la valeur en cause. En outre, même lorsque les parties ont dressé un écrit, la preuve peut être faite contre les mentions de cet écrit. Ce principe a également pour conséquence d'évincer les formalités prescrites aux articles 1325 et 1326 du code civil (formalité de double et mention manuscrite de la somme par le souscripteur).

30. Il faut cependant regretter que le législateur n'ait pas envisagé des règles spécifiques à la preuve des actes faits entre un commerçant et un non commerçant, généralement appelés actes mixtes.

31. Par ailleurs, le principe posé par l'article 5 AU DCG ne s'applique pas pleinement s'agissant de la preuve du contrat d'intermédiaire et du contrat de vente commerciale. Il résulte des articles 144 et 208 AU DCG que le principe de la liberté de preuve n'est véritablement admis que lorsque les parties n'ont pas dressé d'écrit. En revanche, lorsqu'un écrit a été dressé, la preuve devra être apportée par écrit. Le législateur considère sans doute que les parties ont librement décidé que la preuve de leur acte sera faite par écrit. Une telle solution contredit quelque peu la tradition mais paraît se situer dans le sens de la résurgence du formalisme en droit commercial.

32. Le cas particulier de la preuve par les livres de commerce : Les livres de commerce peuvent contenir des indications précieuses pouvant servir à établir la matérialité de certaines opérations en cas de contestation. C'est la raison pour laquelle le législateur de l'OHADA, s'inspirant en cela des dispositions des articles 12 et suivants du code de commerce français, a posé le principe que les livres de commerce peuvent être admis par le juge pour constituer une preuve entre commerçants.

La force probante que consacre le législateur ne vaut que pour les livres obligatoires (le journal, le grand livre et le livre d'inventaire (articles 13 al 2 AU DCG) à l'exclusion des livres facultatifs. Ces livres doivent être tenus non seulement sans blanc ni altération d'aucune sorte, mais également conformément aux dispositions de l'AU CE (voir supra, n°s 24 et ss). Il faut souligner que seuls les commerçants peuvent recourir à ce mode de preuve. Les non commerçants ont néanmoins la possibilité de demander au juge, au cours d'un procès, d'ordonner la représentation des livres d'un commerçant c'est-à-dire la consultation de ces livres soit par le juge, soit par un expert désigné par lui afin d'en extraire ce qui concerne le différend. Curieusement, l'AU DCG ne reprend pas les dispositions relatives à la communication des livres pourtant nécessaire dans certaines situations comme l'ouverture d'une procédure collective ainsi que tendent à le démontrer les énonciations exigées dans les articles 6 et 26 AU PC. (Voir également les législations fiscales et douanières des Etats membres, l'article 445 et suivants COCC, 939 et suivants Code général des impôts du Togo).

Paragraphe II – les règles de prescription

33. La prescription est fondée sur l'idée que l'écoulement d'un certain temps peut entraîner l'acquisition ou l'extinction d'un droit subjectif. En matière commerciale, il a toujours été admis que la prescription doit être brève. Cela s'explique probablement par la fragilité inhérente au principe de la liberté de preuve et par le délai de conservation des documents comptables qui est de dix ans. L'article 189 bis (rédaction 18 août 1948 et rendu applicable dans les territoires d'outre mer), avait donc fixé la prescription à dix ans s'agissant des "obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce".

Par rapport à ce texte, l'AU innove doublement. La prescription n'est plus décennale, elle est dorénavant quinquennale sauf dans certains cas particuliers où elle est de deux ans. (Voir cependant article 224 COCC). En outre, le domaine de la prescription quinquennale est étendu aux "obligations nées entre commerçants et non commerçants", suivant en cela le législateur français (loi du 3 janvier 1977 modifiant l'article 189 bis du code de commerce).

34. S'agissant spécialement de la vente, les actions nées du contrat de vente commerciale notamment les actions en nullité, les actions en résolution et les actions en garantie des vices cachés se prescrivent par deux ans (article 274 AU DCG). Cette prescription ne doit pas être confondue avec le délai préfix fixé en vue de contraindre le débiteur à effectuer promptement un acte déterminé comme prévu par les articles 227 à 229 AU DCG relatifs aux délais d'examen des marchandises et de dénonciation du défaut de conformité.

La prescription biennale de l'article 274 court à partir de la date à laquelle l'action peut être exercée. Le législateur fournit dans l'article 275 AU DCG des précisions quant au point de départ de ce délai. S'agissant d'une action résultant d'un manquement au contrat, c'est la date à laquelle le manquement s'est produit alors que pour l'action fondée sur un défaut de conformité, c'est la date de découverte du défaut. En cas de dol, l'action en nullité court également à compter de sa découverte.

Le délai de prescription est susceptible de suspension ou d'interruption. Les articles 277 à 280 AU DCG énumèrent les faits susceptibles d'interrompre la prescription. Il s'agit notamment des faits que la loi nationale reconnaît comme interruptifs de la prescription, la soumission du litige à l'arbitrage. Par ailleurs, l'effet interruptif de la prescription s'étend au codébiteur solidaire dès lors que l'action est introduite contre le débiteur. Il s'étend également au vendeur par l'action introduite par le sous acquéreur. Dans les deux cas, le défendeur doit recevoir notification de l'introduction de la procédure avant l'expiration du délai de prescription (article 280 AU DCG).

Les parties ne peuvent aménager les règles de la prescription. Ils sont d'ordre public. De son côté, le juge saisi ne peut soulever d'office d'exception de prescription ; celle-ci doit être invoquée par la partie intéressée.

Chapitre 2 : LE PATRIMOINE DU COMMERÇANT

35. L'essentiel du patrimoine du commerçant est constitué par le fonds de commerce dont le bail est l'un des éléments constitutifs. Du fait de son statut spécial, le bail commercial renforce le patrimoine du commerçant en lui procurant ce que les auteurs appellent la

propriété commerciale. Pris dans leur ensemble ou isolement, certains des éléments du fonds de commerce peuvent être nantis et permettre ainsi au commerçant de se procurer du crédit.

Section 1 : Le fonds de commerce

36. L'AU DCG définit le fonds de commerce et énonce les règles gouvernant les contrats dont il peut faire l'objet.

Paragraphe I : Définition du fonds de commerce

37. Aucun des textes applicables dans la plupart des Etats 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 de commerce 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.

38. Par ailleurs, 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 de fonds commercial qui comprend la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial.

39. L'article 105 AU DCG 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.

Paragraphe II : Les Contrats relatifs au fonds de commerce

40. Le fonds de commerce peut faire l'objet de trois contrats principaux : la location gérance, la cession et le nantissement. L'AU DCG n'envisage que la location gérance et la cession du fonds. En ce qui concerne le nantissement du fonds, il faudra se référer aux dispositions de l'article 69 et suivants AU S.

A - La location-gérance

41. La location-gérance est un mode d'exploitation du fonds de commerce dont la particularité est d'opérer une séparation entre la propriété et l'exploitation du fonds. La définition de l'article 106 AU DCG confirme cette idée : « il y a location-gérance d'un fonds de commerce lorsque le propriétaire en concède la location à un gérant et que celui-ci l'exploite à ses risques et périls. »

42. L'utilité de ce contrat est indiscutable dans la mesure où les commerçants propriétaires d'un fonds, dans l'impossibilité matérielle ou juridique de l'exploiter personnellement

peuvent en conserver la propriété en concédant la location. Il reste que les risques d'insolvabilité sont réels pour les créanciers. La réglementation a donc pour objet essentiel de "clarifier" les relations entre le loueur et le locataire-gérant aussi bien au moment de la formation du contrat que durant l'exécution ainsi qu'à l'expiration.

1- La formation du contrat de location-gérance

La conclusion du contrat est subordonnée à des conditions de fond et forme.

a) - Conditions de fond

43. Le contrat de location-gérance confère au locataire-gérant la qualité de commerçant. Il faut dès lors qu'il remplisse toutes les conditions requises pour acquérir cette qualité. Il doit être capable et n'encourir aucune interdiction ou déchéance.

44. Etant commerçant, il est soumis aux obligations professionnelles du commerçant (voir supra n°s 18 et suiv.).

45. S'agissant du loueur, l'article 109 AU DCG pose deux conditions cumulatives : l'exercice de la profession commerciale pendant au moins deux années à la date du contrat. La première exigence est, cependant, satisfaite si le loueur a exercé des fonctions dirigeantes dans une société pendant la même durée ; s'il a exploité personnellement le fonds durant une année.

Il convient de noter l'assouplissement contenu dans le texte de l'article 109. Celui-ci ramène le délai auparavant de 7 ans à 2 ans. Par ailleurs, la faculté est ouverte au juge de réduire ces délais lorsqu'il constate souverainement que le loueur a été dans l'impossibilité d'exploiter le fonds personnellement ou par mandataire. De plus, des dispenses légales sont accordées aux démembrements de l'Etat, aux locations-gérance intervenant dans le cadre des successions et des procédures collectives d'apurement du passif. Elles sont néanmoins limitées puisque le législateur ne reconduit pas les dérogations dont bénéficiaient dans la législation antérieure les fonds de commerce particuliers tels les cinémas, les stations-services notamment.

b)- Conditions de forme

46. Ces conditions visent surtout la publicité du contrat, l'écrit n'étant qu'implicitement obligatoire (il apparaît difficilement concevable de procéder à la publicité d'un contrat verbal). La publicité doit être faite sous forme d'extrait dans un journal d'annonces légales dès la conclusion du contrat puisqu'elle va déterminer la date de la séparation entre la propriété du fonds et son exploitation.

47. Il appartiendra ensuite au loueur de demander au greffe du tribunal de modifier son inscription au RCCM, ce qui exclut une radiation pure et simple. De son côté, le locataire-gérant est tenu à se faire immatriculer et de mentionner son numéro d'immatriculation sur ses documents commerciaux.

En fin de contrat, les parties devront procéder à une inscription modificative, cette obligation ne s'impose pas en cas de tacite reconduction.

2 - Les obligations des parties

48. Par la location gérance, le locataire-gérant s'engage à exploiter le fonds à ses risques et périls (c'est-à-dire en toute indépendance), mais en bon père de famille. Comme tout locataire, il doit verser un loyer dont la fixation est laissée à la liberté des parties qui peuvent l'assortir d'une clause d'échelle mobile.

49. L'expiration du contrat de location-gérance n'a pas été envisagée par le législateur dans les relations entre les parties. Pourtant, s'il est certain que le locataire-gérant n'a pas droit au renouvellement et que par suite, il ne peut prétendre à une indemnité d'éviction, l'hypothèse du développement d'une branche d'activité nouvelle peut soulever quelques difficultés. En la matière, le juge français a admis que dans les cas où cette activité nouvelle exploitée avec l'accord du loueur peut être considérée comme un fonds distinct, elle demeurera la propriété du locataire-gérant.

50. La situation des tiers. : Outre les mesures de publicité destinées à les informer, l'AU DCG consacre les articles 112 à 114 aux droits des tiers. Ceux-ci ont quelques raisons de s'inquiéter pour leurs créances à la conclusion et à l'expiration du contrat de location-gérance.

A la conclusion du contrat de location-gérance, les créanciers à terme du propriétaire peuvent demander au juge de déclarer leurs créances immédiatement exigibles. L'action doit être introduite à peine de forclusion dans le délai de trois mois à compter de la publication du contrat de location-gérance. Le juge saisi ne peut prononcer cette déclaration que s'il estime que la location-gérance met en péril les créances en question.

Par ailleurs, les créanciers sont protégés par la solidarité légale du propriétaire avec le locataire gérant jusqu'à la publication du contrat de location-gérance. Cela se justifie dans la mesure où les fournisseurs qui traitent avec le locataire gérant peuvent ne pas connaître sa véritable qualité.

A l'expiration du contrat de location-gérance, il se produit de plein droit une déchéance du terme sans demande préalable pour toutes les dettes afférentes à l'exploitation du fonds et contractées par le locataire gérant pendant la gérance du fonds de commerce.

B - La cession du fonds de commerce

51. Le fonds de commerce étant souvent le seul bien important du commerçant, sa cession (vente, apport en société...) peut être dangereuse pour le commerçant lui-même (s'il n'est pas assuré de recouvrer la créance du prix), pour les créanciers (qui eux risquent de perdre leur gage) et pour l'acquéreur qui n'est pas à l'abri d'une tromperie sur la consistance ou la valeur du fonds. De ce fait, les règles de la vente paraissent insuffisantes pour éviter ces différents écueils. Le législateur a donc prévu un régime spécifique applicable aussi bien aux conditions qu'aux effets de la cession du fonds de commerce.

1 – Les conditions de la cession du fonds de commerce

Elles sont relatives au fond et à la forme.

a)- Les conditions de fond

52. Il convient de noter que la vente du fonds de commerce est soumise à trois corps de règles :

- En premier lieu, il y a le droit commun de la vente (consentement, capacité, existence de l'objet etc...) qui relève des dispositions du droit antérieur de chaque Etat partie et

non des dispositions du livre V AU DCG consacré exclusivement à la vente de marchandises, biens mobiliers corporels entre commerçants ;

- En second lieu, les dispositions régissant certaines activités commerciales telles que le commerce des armes, de pharmacie, de débit de boisson, qui relèvent également de la compétence du législateur national de chaque Etat ;
- Enfin, les dispositions des articles 115 à 136 AU S.

53. S'agissant spécialement de l'objet, il ne peut avoir cession de fonds de commerce que lorsque celle-ci porte sur la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial. Il s'agit d'un objet obligatoire auquel les parties peuvent adjoindre d'autres éléments du fonds de commerce comme le droit au bail, les installations et aménagements, le matériel et mobilier... En cas de cession ne comportant pas les éléments du fonds commercial, le régime légal de cession du fonds de commerce n'est pas applicable.

b)- Les conditions de forme

54. La cession du fonds de commerce doit être constatée par un écrit qui peut être un acte sous seing privé ou un acte authentique. Cet écrit doit contenir des mentions obligatoires dont l'omission ou l'inexactitude peut entraîner la nullité de l'opération. Ces mentions sont relatives à :

- l'identité des parties ;
- la désignation du fonds ;
- la valeur réelle du fonds ;
- au prix convenu ;
- l'identité du séquestre désigné.

55. La nullité qui sanctionne l'omission ou l'inexactitude des énonciations est enfermée dans des conditions restrictives qui font penser qu'il s'agit d'une sanction facultative inapplicable lorsque le vendeur ne s'en prévaut pas dans un délai d'un an. S'il souhaite s'en prévaloir, il devra démontrer que le manquement a non seulement affecté la consistance du fonds, mais lui a également causé préjudice.

56. A l'exigence de l'écrit, s'ajoutent les exigences de publicité qui se réalisent d'abord par le dépôt des copies certifiées conformes par les parties au RCCM et la publication dans un journal d'annonces légales. Toutefois, la loi ne précise pas quelles sanctions s'attachent à l'absence de publicité. Il faut en déduire que le défaut de publicité n'affecte pas la validité de la cession mais retarde simplement le moment de libération de l'acquéreur à l'égard des tiers.

2 - Les effets de la cession du fonds de commerce

57. La cession du fonds de commerce produit les effets d'une vente. La propriété du fonds est transférée à l'acquéreur (si la vente est inscrite au RCCM, art. 73 AU S) qui s'oblige à en payer le prix. Cependant, la cession ne doit pas préjudicier aux intérêts des tiers.

a)- Les effets entre les parties

- Les obligations des parties

L'acquéreur et le vendeur assument des obligations distinctes

- Les obligations de l'acquéreur

58. Outre l'obligation de publicité déjà signalée, la loi ne mentionne que l'obligation de payer le prix. Il reste que la référence au droit commun contenue dans l'article 115 AU DCG implique que l'acquéreur du fonds de commerce assume les obligations de tout acquéreur : il doit prendre possession du fonds, payer les frais de la vente et les droits fiscaux afférents à l'opération. Par ailleurs, lorsque l'acte de cession ne règle pas le sort des contrats en cours, il paraît tout à fait concevable que les contrats ne présentant d'intérêt que relativement au fonds soient repris par l'acquéreur (contrats d'assurance, contrats de travail, contrats de fourniture...) afin de préserver la continuité de l'exploitation.

59. S'agissant du prix, celui-ci doit être déterminé ou déterminable comme l'exigent les règles de droit commun. Il doit en outre être sérieux et correspondre à la valeur réelle du fonds. Lorsque les parties décident, dans un acte séparé, d'augmenter le prix stipulé ou de dissimuler une partie du prix, on parle de *contre-lettre*. Aux termes de l'article 126 AU DCG, la contre-lettre est nulle (voir dans le même sens article 1293 code Général des Impôts du Togo). Cette nullité n'affecte pas l'acte de cession au prix apparent. Le vendeur ne pourra pas réclamer en justice la partie dissimulée du prix.

Le prix est payé suivant les modalités de l'article 125 AU DCG c'est-à-dire entre les mains d'un séquestre qui est soit un notaire, soit un établissement bancaire désigné par les parties. Celui-ci conserve le prix pendant le délai d'opposition qui est de trente (30) jours. En dépit des frais supplémentaires que peut générer le recours à un tiers, ce système procure deux avantages : le dépôt préalable est de nature à rassurer le vendeur que l'acquéreur dispose du prix et est prêt à le payer ; de plus, le montant déposé chez un séquestre sort du patrimoine de l'acquéreur et échappe ainsi à ses éventuels créanciers.

- Les obligations du vendeur

60. L'obligation première du vendeur est de mettre le fonds cédé à la disposition de l'acheteur à la date prévue dans l'acte de cession : c'est l'obligation de délivrance. Celle-ci est renforcée par un certain nombre d'obligations prévues par les articles 123 et 124 AU DCG.

61. Deux obligations résultent de l'article 123 AU DCG: En premier lieu, il y a la garantie du fait personnel. Le vendeur ne doit rien faire qui puisse troubler l'acquéreur dans l'exercice des droits qu'il a acquis du fait de la cession. Ainsi par exemple, il ne saurait se permettre de détourner la clientèle du fonds. En cédant son fonds, le vendeur contracte l'obligation de ne pas se rétablir de manière à conserver en partie ou en totalité la clientèle attachée au fonds cédé. Il ne peut cependant lui être interdit de se rétablir. Lorsque les parties prévoient une clause de non-rétablissement, celle-ci doit être limitée dans le temps et dans l'espace pour être valable. Le législateur allège cette condition en édictant qu'"une seule de ces limitations suffit pour rendre la clause valable".

Par ailleurs, le vendeur est garant, non seulement du trouble qu'il peut causer lui-même, mais également de celui causé par un tiers qui revendiquerait par exemple la propriété du fonds. La garantie des vices cachés que mentionne l'article 124 AU DCG connaît une extension importante puisqu'elle couvre également l'inexactitude des énonciations figurant dans l'acte de vente.

- Les garanties de paiement du vendeur

62. Le vendeur impayé bénéficie de deux garanties spéciales : le privilège du vendeur et l'action résolutoire. Lorsqu'il est inscrit au RCCM (74 AU S), le privilège protège le vendeur contre tous les nantissements qui pourraient être consentis par l'acquéreur et contre les aliénations du fonds. Le vendeur bénéficie ainsi d'un droit de préférence pendant cinq ans (art. 63 AU DCG). Il y a lieu d'observer que ce privilège est indivisible en ce qu'il grève tous les éléments du fonds sans distinction (contra, voir article 1^{er} al 1 à 4 loi du 17 mars 1909).

En cas de non-paiement, le vendeur peut obtenir la résolution de la cession conformément au droit commun. Cependant, il court le risque de se heurter aux créanciers de l'acquéreur notamment à ceux qui sont inscrits sur le fonds. C'est la raison pour laquelle la loi exige que les créanciers soient préalablement avertis de l'exercice de cette action par la notification prévue à l'article 75 AU S. Une fois la résolution obtenue, celle-ci doit être publiée au RCCM.

b) – Les effets de la vente du fonds de commerce à l'égard des tiers

63. Le fonds de commerce étant également un moyen de crédit, les tiers créanciers sont intéressés à sa cession. La publicité à laquelle donne lieu la vente du fonds est d'ailleurs en grande partie destinée à les informer et surtout à leur permettre de s'opposer à cette opération.

Le législateur confère le droit d'opposition à tout créancier sans autre précision. Il va de soi que seuls sont concernés les créanciers privilégiés ou non, titulaires d'une créance exigible et certaine au moins dans son principe. L'opposition doit être formée dans un délai de trente (30) jours à compter de la parution de la publicité de la vente dans un journal d'annonces légales (art. 125 al 2 AU DCG). L'opposition doit être notifiée au séquestre, à l'acquéreur et au greffe du tribunal (art. 127 AU DCG).

L'opposition a pour effet de rendre le prix indisponible. Cette situation de gel reste maintenue jusqu'à la main levée amiable ou judiciaire. Toutefois, si l'opposant ne saisit pas la juridiction compétente dans un délai d'un mois à compter de la notification, le vendeur pourra demander la main levée judiciaire de l'opposition.

Par ailleurs, le créancier opposant, privilégié ou nanti, dispose du droit de surenchère après la publication de la vente ou après adjudication. La nouvelle vente se déroulera conformément aux dispositions de l'AU RVE.

Section 2 : Le bail commercial

64. L'A.U.D.C.G. définit le bail commercial comme étant : “ 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 AU DCG, et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle. ” (Article 71 AU DCG).

Il ressort de cette définition que 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 par un professionnel.

65. 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 de bail commercial au même titre que les commerçants alors qu'ils n'effectuent pas d'actes de commerce. 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.

66. 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 en grande partie le reflet de l'histoire de la France.

Pour l'essentiel, l'AU DCG met en place un statut de bail commercial qui répond aux préoccupations des commerçants et des professionnels civils en leur apportant une certaine stabilité et apaise les tensions entre les bailleurs et les locataires.

Paragraphe I – Généralités sur le bail commercial

67. 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

68. 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

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

70. *L'objet principal* du bail commercial est un immeuble situé dans une ville de plus de 5 000 habitants. Cette dernière exigence ne constitue pas tout à fait une innovation : dans certains Etats 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 5 000 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 y est relativement faible.

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

71. *L'usage est déterminé* : il est commercial mais également artisanal ou professionnel, c'est-à-dire que l'exercice d'une activité quelle qu'elle soit à titre habituel suffit pour obtenir le statut de bail commercial.

72. 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.

73. 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 en sa connaissance.

2 – Les parties au contrat de bail

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

75. Le locataire : le locataire n'est plus exclusivement le commerçant au sens de l'article 2 AU DCG. 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.

76. 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'Etat et les sociétés d'économie mixte (article 70 AU DCG).

B – Les modalités du bail

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

78. L'AU DCG (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 législation qui exigeait un bail écrit.

79. 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 AU DCG).

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.

80. La fixation du montant du loyer relève aussi de l'accord des parties. Cependant, les dispositions de l'article 84 AU DCG autorisent les Etats 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 prescrivant une révision triennale dont le taux peut être fixé par le juge. Celui-ci doit tenir compte des éléments indiqués à l'article 85 AU DCG : situation des locaux, superficie, état de vétusté et prix des loyers commerciaux pratiqués pour des locaux similaires.

Paragraphe II –L'exécution du bail commercial

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

A– Les obligations des parties

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

83. *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.

Le bailleur a, en outre, l'obligation de faire procéder à ses frais aux grosses réparations énumérées à l'article 74 (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.

84. *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 prévue en faveur du preneur.

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 signifie que le preneur jouisse des lieux conformément aux usages et en respectant les clauses et conditions du bail doit jour.

85. 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 déspecialisation totale ou partielle selon le cas. La déspecialisation 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'activités contraires aux intérêts du propriétaire et provoquer ainsi la dévaluation des locaux mais se révéler rentable pour le preneur. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur n'a pas cru devoir interdire la déspecialisation bien qu'elle aboutisse dans une certaine mesure à neutraliser les stipulations contractuelles relatives à la destination des locaux.

En offrant la faculté au bailleur de saisir la juridiction compétente pour demander la résiliation du bail, le législateur donne au juge un pouvoir d'évaluer l'importance du préjudice et de décider sur cette base si le bail doit ou non être poursuivi.

86. 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

87. 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.

1 - Le droit au renouvellement du bail commercial.

88. Le preneur a droit au renouvellement du bail à durée déterminée 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 AU DCG et qu'il respecte la procédure de l'article 92 AU DCG.

Le preneur doit avoir exploité l'activité pour l'exercice de laquelle le bail a été conclu pendant deux ans. L'AU DCG 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 AU DCG). 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 du bail ne saurait faire échec au droit au renouvellement, l'essentiel étant l'exploitation effective.

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

89. 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 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.

90. Lorsque le bail est à durée indéterminée, le bailleur qui entend le résilier doit donner congé par acte extrajudiciaire au moins 6 mois à l'avance. Le non-respect de ce délai entraînera la 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.

91. 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.

2 - Le refus de renouvellement

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

- *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 AU DCG à savoir : le montant du chiffre d'affaires, les investissements réalisés par le locataire, 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 du preneur qui a eu un comportement suffisamment blâmable pour justifier le refus. Naturellement, sa faute doit se rattacher à l'exécution du bail ;
- la reprise pour habiter ;
- la reprise pour démolir.

Paragraphe II - La cession du bail commercial et la sous - location

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

94. 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.

95. Traditionnellement, l'interdiction de la *sous-location* se fonde sur 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.

Si passant outre l'interdiction légale, le locataire consent une sous-location non autorisée, celle-ci peut constituer un motif de résiliation du bail commercial (Cour d'Appel de Dakar, 13 avril 2001, Arrêt n°237).

Paragraphe III – La fin du bail

96. 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 AU DCG.

97. 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 en 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.

Dans la pratique, la résiliation judiciaire du bail commercial soulève deux problèmes récurrents : les conditions d'application de la clause résolutoire expresse et la détermination du tribunal compétent pour prononcer la résiliation.

Sur le premier point, il est certain que le législateur, en prescrivant une résiliation judiciaire n'a pas entendu faire disparaître l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat. En réalité, ce qui change véritablement, c'est le jeu automatique de cette clause : le bénéficiaire de la clause doit recourir au juge auquel il reviendra d'apprécier la réunion des conditions du jeu de la clause.

Le deuxième point concerne précisément la juridiction compétente. Il reste entendu que le législateur s'est gardé de s'immiscer dans l'organisation judiciaire des Etats parties de sorte que la solution devra être recherchée dans les dispositions du droit national (ABIDJAN 15 déc.2000).

98. Cependant, il peut être observé que des constantes se dégagent des décisions rendues par les juridictions nationales. Ainsi, en présence d'une clause expresse, c'est le juge des référés qui est compétent alors que l'appréciation des conditions mises à la résiliation d'un bail commercial outrepassa ses pouvoirs et relève donc du juge du fond (voir à ce sujet DAKAR, 26 janvier 2001, arrêt N° 59).

Section 3 : La garantie du crédit : l'inscription des sûretés mobilières au RCCM

99. A travers le titre III du livre II, le législateur étend à tous les Etats parties, le régime d'inscription des sûretés mobilières que connaissaient déjà le Sénégal et le Mali. L'objectif est d'organiser la publicité en centralisant toutes les informations dans un seul fichier : le RCCM.

Le législateur détermine les sûretés pouvant faire l'objet d'une inscription, précise les modalités de l'inscription et régleme ses effets.

Paragraphe I : L'objet de l'inscription

100. Il s'agit en premier lieu des nantissements. L'AU vise les nantissements des actions et parts sociales de sociétés commerciales, du fonds de commerce, du matériel professionnel, des véhicules automobiles et des stocks. Les dispositions relatives à leur assiette et à leur constitution sont prévues par l'AU S.

101. En second lieu, l'inscription concerne le privilège du vendeur de fonds de commerce, les privilèges du Trésor, de l'administration des douanes et des institutions de sécurité sociale. Les règles d'existence de ces privilèges sont déterminées par les articles 106 et suivants AU S.

102. Parmi les sûretés pouvant faire l'objet d'inscription figurent aussi les propriétés sûretés. Ces dernières sont constituées par la clause de réserve de propriété régie par l'article 284 AU DCG et le contrat de crédit bail.

Paragraphe II : Les modalités de l'inscription

103. Hormis le nantissement des actions et parts sociales qui est inscrit auprès du greffe de la juridiction du siège social, de façon générale, l'inscription se fait au lieu d'immatriculation du

débiteur c'est-à-dire du propriétaire du fonds de commerce pour le nantissement et le privilège du vendeur de fonds, l'acquéreur pour le matériel professionnel, véhicule automobile et la clause de réserve de propriété, le propriétaire du stock pour les stocks gagés, le redevable pour les privilèges, le preneur pour le crédit bail.

Le bénéficiaire de la sûreté désireux de procéder à son inscription doit être muni du titre constitutif de la sûreté. Il doit aussi remplir le formulaire d'inscription en y mentionnant les informations relatives à la dette garantie et aux conditions de remboursement. En outre, en cas de modification intervenant dans la situation des parties, une inscription modificative sera nécessaire.

Il y va de l'intérêt du créancier nanti d'inscrire sa sûreté le plus tôt dans la mesure où la date d'inscription détermine son rang et sa date d'effet.

Paragraphe III : Les effets de l'inscription

104. Les effets de l'inscription doivent être envisagés dans les rapports entre les parties, à l'égard des tiers et dans le temps.

A - Les effets de l'inscription dans les rapports entre les parties

105. Aux termes de l'article 63 AU DCG, l'inscription régulièrement prise est opposable aux parties. Cette formulation pose le problème de savoir si le législateur a entendu ériger l'inscription au RCCM, qui intrinsèquement est une condition de publicité, en condition de validité. La réponse dépend de la sûreté considérée. Les nantissements étant des contrats, ils sont censés produire effet entre les parties dès leur conclusion. Cependant, leur efficacité sera suspendue jusqu'à la date de leur inscription au RCCM. Les privilèges étant légaux, leur efficacité peut parfaitement dépendre de l'inscription.

106. L'application de l'article 63 AU DCG à la clause de réserve de propriété soulève un problème de contrariété de textes. En effet, si l'article 63 subordonne les effets entre les parties à l'inscription au RCCM, l'article 284 al 2 AU DCG exige simplement que l'acheteur en ait eu connaissance au plus tard au jour de la livraison pour produire des effets entre les parties. Il faut en déduire qu'en réalité, l'inscription ne constitue qu'une condition d'efficacité à l'égard des tiers. L'alinéa 3 de l'article 284 confirme d'ailleurs cette interprétation. La solution vaut également pour le contrat de crédit bail.

B - Les effets à l'égard des tiers

107. Ce n'est véritablement qu'à l'égard des tiers qu'on peut parler d'opposabilité. Les tiers n'ayant pas été informés, ne peuvent se voir opposer l'existence d'une sûreté non inscrite au RCCM. Dans ces conditions, il faut considérer l'inopposabilité comme étant une sanction, la sanction du défaut d'accomplissement d'une formalité légale.

C - Les effets dans le temps

108. Les effets de l'inscription sont limités dans le temps. La loi prévoit pour chaque type de sûreté une durée particulière qui varie entre 1 et 5 ans. Au bout de cette période, l'inscription est périmée et en principe radiée d'office par le greffe et donc sans formalité préalable. Il reste

que le créancier a la faculté de demander le renouvellement de l'inscription avant la date de péremption. Ce renouvellement doit s'analyser en une prorogation de l'inscription initiale.

D - La radiation

109. Par ailleurs, avant la date de péremption, le créancier peut, en cas d'extinction de la dette notamment, accorder la main levée de l'inscription par acte authentique ou sous seing privé. L'inscription peut également être radiée à l'initiative du débiteur. Celui-ci doit recourir au juge du tribunal du lieu de l'inscription pour lui demander d'ordonner la main levée totale ou partielle de l'inscription s'il justifie de motifs sérieux et légitimes.

2^{ème} Partie : L'ACTIVITE DU COMMERCANT

110. L'AU DCG envisage d'abord les personnes qui, tout en étant elles – mêmes commerçantes, concourent à la réalisation d'opérations commerciales indispensables à l'activité du commerçant, et ensuite, le contenu de l'activité.

Chapitre 1 : LES PERSONNES INTERVENANT DANS L'ACTIVITE COMMERCIALE : LES INTERMEDIAIRES DE COMMERCE

111. L'élaboration du livre IV consacré aux intermédiaires de commerce, semble traduire deux soucis contradictoires du législateur :

- Opérer un rapprochement entre un certain nombre d'intermédiaires : tel est l'objet du Titre I intitulé « Dispositions communes » ;
- Préserver dans le même temps la spécificité de chacun de ces intermédiaires, c'est ce qui ressort des titres II, III, et IV traitant respectivement du commissionnaire, du courtier et des agents commerciaux.

Ces soucis se traduisent par la création d'un statut général commun et la reconnaissance de statuts particuliers.

Section 1 – La création d'un statut général

112. La nécessité des intermédiaires s'est imposée depuis longtemps dans la conclusion des opérations commerciales avec le développement de la taille des entreprises, l'éparpillement de la clientèle et des fournisseurs. Cette évolution n'a pas échappé au législateur de l'OHADA qui a entièrement renouvelé la législation applicable aux intermédiaires en s'inspirant des conventions de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, de la directive européenne du 18 décembre 1986 et des dispositions des articles 473 et suivants du COCC sénégalais.

Les articles 137 à 159 AU DCG déterminent le statut général de l'intermédiaire en l'occurrence la qualité d'intermédiaire et les effets qui s'attachent au contrat d'intermédiaire.

Paragraphe I – La qualité d'intermédiaire

113. Le législateur a pris soin de définir l'intermédiaire de commerce, ses activités et ses pouvoirs.

A - La notion d'intermédiaire

114. Aux termes de l'article 137 AU DCG, « l'intermédiaire de commerce est celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial ».

115. Il ressort de ce texte que la notion d'intermédiaire a vocation à s'appliquer à des fonctions distinctes : celles de commissionnaire, de courtier et d'agent commercial (voir art. 139 al 3 AU DCG). L'intermédiaire est d'abord un mandataire puisqu'il agit ou entend agir pour le compte d'une autre personne. Son mandat semble cependant bien particulier puisqu'il est privé d'un élément essentiel : la représentation. Un tel choix consacre l'évolution de la notion de mandat et l'idée d'une nouvelle catégorie de mandat que la doctrine française qualifie de mandat sans représentation. (Voir A. BENABENT Droit civil, les contrats spéciaux, éd Monchrestien 1993, n° 694, P. 369. Malgré cette faiblesse, le mandat est apparu au législateur comme étant le mécanisme juridique qui traduit le mieux l'activité de l'intermédiaire, qu'il s'agisse du commissionnaire, du courtier ou de l'agent commercial. Par ailleurs, il y a lieu de relever que l'idée n'est pas totalement nouvelle. En effet, l'article 1^{er} d'un arrêté français du 5 novembre 1946 (validant les décisions relatives à l'exercice du mandat commercial (J.O.F. 13 nov., P. 9576, annulé par CE 10 avril 1948 D 1948 P. 410 concl. Lefas.) avait retenu le mécanisme du mandat défini comme le " contrat synallagmatique par lequel un mandataire, appelé intermédiaire, commis pour préparer ou pour conclure, pour le compte d'un mandant, des achats, des ventes ou des actes de commerce quelconques" (Voir également article 473 COCC sénégalais).

116. L'intermédiaire est également un professionnel puisqu'il exerce ses fonctions « habituellement et professionnellement ». Il faut en déduire une certaine permanence et une stabilité qui exclut l'exercice occasionnel ou sporadique. Le caractère professionnel de l'intermédiaire fait de lui un commerçant comme le confirme l'article 138 AU DCG. Il réalise des actes de commerce visés à l'article 3 AU DCG. A ce titre, il doit se faire immatriculer au RCCM et remplir les obligations mises à la charge du commerçant dès lors qu'il établit son activité sur le territoire de l'un des Etats parties.

B - Les activités de l'intermédiaire

117. L'intermédiaire intervient d'abord avant la conclusion du contrat pour la détermination du contenu de l'offre, la recherche des partenaires ou encore la fourniture d'informations sur le contrat projeté. Ensuite, il participe à la conclusion du contrat en facilitant l'échange des consentements et bien souvent il rédige le contrat. Enfin, dans la phase d'exécution, l'article 139 AU DCG lui permet d'accompagner la réalisation de la prestation caractéristique du contrat.

118. Afin de spécialiser l'intermédiaire de commerce, l'article 141 AU DCG exclut du champ d'application du livre IV AU DCG, les représentants légaux ou judiciaires du mineur, les représentants du conjoint incapable, de même que l'exécuteur testamentaire. Le législateur exclut également les auxiliaires de justice, habilités à procéder aux ventes aux enchères et de façon générale aux ventes par autorité administrative ou judiciaire. Les dirigeants sociaux sont pour leur part régis par les articles 212 et suivants AU SCGIE. Ils n'ont donc pas la

qualité d'intermédiaire de commerce. Cette exclusion vise également le syndic et le liquidateur dans les procédures collectives d'apurement du passif.

C- Les pouvoirs de l'intermédiaire

119. De manière générale, l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté. Ses pouvoirs découlent donc du mandat que lui confère le contrat d'intermédiaire et ils sont orientés vers la conclusion ou l'exécution du contrat envisagé. A défaut ou en cas d'insuffisance, les usages de la profession peuvent suppléer la volonté des parties. La nature de l'affaire (la spécificité du contrat ou encore la nature des biens faisant l'objet du contrat) peut également être prise en compte dans la délimitation de l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire.

120. Cependant, l'intermédiaire ne saurait accomplir que des opérations de gestion normale et courante. Les actes de disposition nécessitent un mandat exprès. De plus, les actions de l'intermédiaire doivent être contenues dans le périmètre délimité par les pouvoirs conférés sauf urgence ou force majeure.

Paragraphe II – Les effets du contrat de l'intermédiaire

121. Le contrat d'intermédiaire produit des effets entre les parties et à l'égard des tiers. Ces effets cessent dans les conditions prévues par les articles 156 à 159 AU DCG.

A - Les effets du contrat dans les relations entre les parties

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

1- Les obligations de l'intermédiaire

123. L'intermédiaire assume deux obligations principales : celles d'exécuter le contrat envisagé et de rendre compte.

124. L'exécution du contrat doit être conforme aux instructions reçues. On parle de la "bonne et fidèle exécution". La mission doit être exécutée avec diligence. Il va de soi que l'intermédiaire étant un professionnel, le représenté est en droit d'attendre de lui qu'il agisse avec compétence c'est-à-dire qu'il puisse éventuellement l'informer des inconvénients de l'exécution ou des précautions nécessaires.

125. Le contrat d'intermédiaire est un contrat *intuitus personae* qui interdit à l'intermédiaire de se substituer un tiers dans la réalisation de sa mission. Dans ce sens, l'article 150 al 3 précise que le représenté est tenu d'exécuter personnellement le contrat et que la substitution d'un tiers ne peut être qu'exceptionnelle.

126. Outre l'exécution fidèle et personnelle, l'intermédiaire doit rendre compte à son donneur d'ordre à sa demande. On parle de reddition des comptes. Le donneur d'ordre est en droit d'exiger de son mandataire des informations précises sur les conditions d'exécution c'est-à-dire la nature des actes accomplis et les circonstances de leur accomplissement et aussi des conséquences matérielles et financières. Ainsi, il doit restituer les biens reçus en vertu du mandat.

127. L'inobservation de ces obligations peut entraîner la responsabilité de l'intermédiaire. Celle-ci est, aux termes de l'al 1^{er} article 150 AU DCG, soumise aux règles du mandat telles que définies par les dispositions du droit national applicable. Il convient de signaler que de façon générale, cette responsabilité est une responsabilité contractuelle pour faute puisque le mandataire assume des obligations de moyen.

2- Les obligations du représenté

128. Avant toute chose, le représenté assume une obligation de coopération qui lui impose de mettre tout en œuvre pour faciliter la mission de l'intermédiaire notamment en lui fournissant les informations nécessaires et en s'abstenant de tout acte de nature à compromettre l'aboutissement de l'affaire.

129. Par ailleurs, il doit rémunérer l'intermédiaire. Cette obligation ne figure pas dans l'AU DCG au titre des dispositions générales mais elle est inhérente au caractère professionnel du contrat d'intermédiaire.

130. En plus de la rémunération, le représenté assume les conséquences financières et juridiques de l'exécution.

B - Les effets du contrat à l'égard des tiers

131. Deux situations sont envisagées par le législateur : celle dans laquelle l'intermédiaire agit dans les limites de son pouvoir et celle dans laquelle l'intermédiaire agit en dehors des pouvoirs.

132. Lorsque l'intermédiaire agit conformément à la mission qui lui est confiée, ses actes lient directement le représenté au tiers. Cela signifie concrètement que la relation contractuelle se noue entre le représenté et le tiers. Il en résulte que les fautes du mandataire obligent le mandant, que les poursuites engagées contre le mandataire produisent effet à l'égard du mandant et que le vice ayant entaché le consentement du mandataire affecte également le consentement du mandant. Cependant, lorsque l'intermédiaire lui-même s'abstient de révéler sa qualité de mandataire, il fait échec au jeu de la représentation et est donc seul engagé. Il en va de même lorsque l'intermédiaire n'a entendu engager que lui-même.

133. Il peut arriver que l'intermédiaire agisse en dehors de ses pouvoirs. Ce sont les cas d'absence et de dépassement de pouvoirs. Les actes effectués dans ces conditions sont nuls et ne sauraient lier ni le représenté, ni le tiers conformément aux dispositions de l'article 151 al 1^{er} AU DCG. Cette solution peut préjudicier aux intérêts du tiers de bonne foi et même du mandant. Le législateur a donc atténué les inconvénients de la nullité en apportant deux tempéraments :

Le premier tempérament intervient 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, ce dernier peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire : c'est le mandat apparent. Il faut que des circonstances objectives aient dispensé le tiers de toute vérification. En réalité, on peut voir dans cette solution, une sanction du comportement équivoque ou de la négligence du représenté coupable d'avoir "laissé croire ...".

Le deuxième tempérament intervient un peu comme une confirmation de l'acte nul. Au départ, les actes accomplis par l'intermédiaire sont nuls pour avoir été accomplis sans mandat. Mais par un acte de volonté unilatérale, ces actes sont ratifiés par le représenté et considérés comme réguliers *ab initio*.

C – La cessation du contrat d'intermédiaire

134. Plusieurs causes sont susceptibles de mettre fin au contrat d'intermédiaire. Comme tout contrat, le contrat d'intermédiaire prend fin par la réalisation de l'objet ou la décision des parties.

Mais la nature particulière du mandat de l'intermédiaire autorise le représenté à révoquer l'intermédiaire c'est-à-dire à mettre fin à sa mission. Cette liberté de révocation peut donner lieu à des abus susceptibles d'engager la responsabilité du représenté.

De son côté, l'intermédiaire peut renoncer au mandat. Dans l'exercice de cette liberté, l'intermédiaire doit éviter toute brusquerie et tout abus qui pourraient être préjudiciables au représenté.

135. En dehors de la volonté manifestée par l'une des parties de mettre fin au contrat, certains événements peuvent également provoquer la cessation du contrat. Il s'agit du décès entendu au sens large, incluant certainement la disparition de la personne morale, de l'incapacité du mandataire et de l'ouverture d'une procédure collective contre lui. De manière générale, toutes ces causes traduisent le rôle important que joue l'*intuitus personae* dans la vie du contrat d'intermédiaire.

136. A la disparition du contrat d'intermédiaire, les obligations des parties cessent. Il en résulte que tout acte postérieur à la date de cessation du mandat est nul. Cependant, pour des raisons évidentes de sauvegarde des intérêts du tiers non informé et des parties, en cas de nécessité ou d'urgence, le législateur autorise la survie du contrat d'intermédiaire (Voir art. 158 et 159 AU DCG).

Section 2 – Les statuts particuliers des intermédiaires de commerce

137. Au-delà de la réglementation commune, le législateur distingue trois intermédiaires de commerce distincts : le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial.

Paragraphe I – Le commissionnaire

138. Le commissionnaire est, aux termes de l'art 160 AU DCG, celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de marchandises moyennant une commission. Cette définition paraît restrictive en ce que seul est prévu le commissionnaire en matière de vente et d'achat. Ce caractère restrictif est cependant tempéré par les articles 172 et 174 AU DCG qui définissent le commissionnaire expéditeur et le commissionnaire agréé en douane. Le commissionnaire, bien qu'étant un intermédiaire, se distingue du courtier qui se borne en principe à rapprocher les parties en vue de la conclusion du contrat et de l'agent commercial qui agit au nom et pour le compte de son mandant. Ce particularisme rejaillit sur les obligations assumées par les parties et leurs sanctions et justifie les garanties d'exécution accordées au commissionnaire.

A – Les obligations des parties

139. Le contrat de commission met en présence deux parties : le commissionnaire et le commettant. Chacune de ces parties assume des obligations qui lui sont propres.

1 – Les obligations du commissionnaire

140. Le commissionnaire est d'abord un intermédiaire. En cette qualité, il s'engage à exécuter fidèlement les opérations inhérentes à la mission que le commettant lui a confiée. La liberté dont dispose le commissionnaire dans l'exécution des opérations faisant l'objet du contrat varie suivant le degré de précision des instructions du commettant. Lorsque celui-ci ne dit rien, le commissionnaire est totalement libre sauf à respecter les intérêts du commettant et les usages professionnels. A l'inverse, en présence d'instructions précises, le commissionnaire est tenu de s'y conformer rigoureusement. Sa liberté est plus ou moins grande lorsque le commettant se borne à lui indiquer les orientations qui vont guider la réalisation des opérations faisant l'objet du contrat.

141. Par ailleurs, pendant toute la durée du contrat, le commissionnaire doit communiquer à son donneur d'ordre, toute information relative à l'exécution du contrat. A l'expiration du contrat, il doit rendre-compte.

142. Son obligation de loyauté a un double contenu : la loi interdit de tirer profit de l'opération et de se porter contrepartie sauf exception surtout dans l'hypothèse où il réunit en sa personne la qualité de commissionnaire de vente et d'achat.

143. En dehors de ces obligations générales, le commissionnaire n'a pas à révéler l'identité du commettant. Il s'agit d'une obligation inhérente au contrat de commission que le législateur n'a pas cru devoir mentionner expressément.

144. L'article 167 AU DCG met également à la charge du commissionnaire une obligation de sauvegarde qui va s'exercer en cas de défectuosité apparente ou évidente des marchandises. Le commissionnaire doit accomplir des tâches d'ordre juridique, notamment formuler des réserves nécessaires pour conserver les recours de son client ou faire constater les avaries, et des tâches d'ordre matériel qui consistent à prendre toutes les précautions en vue de la conservation de la marchandise. Cette obligation peut être rapprochée de celle mise à la charge du vendeur ou de l'acheteur par les articles 242 et suivants AU DCG.

145. Des obligations particulières s'imposent au commissionnaire de transport qui, aux termes de l'article 172, est celui qui, "moyennant rémunération et en son nom propre, se charge d'expédier ou de réexpédier des marchandises pour le compte de son commettant." Son intervention est caractérisée par la promesse d'un résultat final ; en ce sens, il répond de l'arrivée des marchandises dans les délais fixés, des avaries et des pertes. Il assume donc une obligation de résultat.

146. Le commissionnaire agréé en douane est celui qui accomplit pour le compte de son client, les formalités douanières. A ce titre, il acquitte pour le compte de celui-ci le montant des taxes en amendes, liquidées par le service des douanes. (Art. 174 AU DCG)

Il doit également effectuer une déclaration et appliquer les tarifs douaniers appropriés.

2 – Les obligations du commettant

147. De façon générale, le recours au commissionnaire impose au commettant de mettre celui-ci en mesure de réaliser l'opération faisant l'objet du contrat en lui donnant les informations et les moyens nécessaires à la réalisation. Les autres obligations mises à sa charge sont d'ordre pécuniaire : il doit rémunérer le commissionnaire et lui rembourser les frais engagés. Dès lors que le mandat est exécuté, le commissionnaire a droit à la rémunération. Celle-ci est due, même lorsque l'opération est exécutée à perte. De façon générale, le montant de la rémunération est fixé librement par les parties qui peuvent se référer aux usages de leur secteur d'activité.

148. S'ils ne sont pas excessifs et dans la mesure où ils sont accompagnés de justificatifs, les frais et débours exposés par le commissionnaire doivent lui être remboursés sans que le commettant puisse lui opposer la non-exécution de la mission.

B – La sanction des obligations

149. La sanction principale est la responsabilité qu'assume chaque partie vis-à-vis de l'autre ou éventuellement à l'égard des tiers.

1 – La responsabilité du commettant

150. Il s'agit d'une responsabilité pour faute. Elle est encourue lorsque le commettant s'abstient en toute connaissance de cause, de donner au commissionnaire les moyens de la mission ou lorsque le commettant refuse de rémunérer le commissionnaire ou de rembourser les frais exposés.

151. A l'égard des tiers, le principe de l'effet relatif des contrats fait échec à la responsabilité du commettant même si l'art 203 AU PC autorise la revendication des objets mobiliers remis au débiteur pour être vendus pour le compte du propriétaire, dès lors que ces objets se retrouvent en nature.

2 – La responsabilité du commissionnaire

152. En principe, le commissionnaire assume une obligation de moyen et partant, sa responsabilité ne peut être engagée que pour faute. S'agissant d'un commissionnaire ordinaire, il répondra de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations.

Le refus d'informer le commettant ou la négligence relevée dans la sauvegarde des droits de recours du commettant et la conservation des marchandises, peut constituer une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

153. Le commissionnaire de transport assume une obligation de résultat. Sa responsabilité est double puisqu'il répond de son fait personnel c'est-à-dire de tout manquement pouvant lui être imputable ainsi que du fait des personnes avec lesquelles il traite.

154. Le commissionnaire en douane assume une responsabilité particulière vis-à-vis de l'administration : sa responsabilité est encourue du seul fait des opérations qu'il effectue

(erreur dans la déclaration, mauvaise application des tarifs, retard dans le paiement des droits).

155. Le commissionnaire ducroire est engagé au-delà de son obligation ordinaire par une clause en vertu de laquelle il prend l'engagement de garantir la bonne fin de l'opération. En contrepartie, il reçoit une rémunération supplémentaire. Il s'agit en réalité d'une extension de sa responsabilité qui pourra être engagée chaque fois que la mission pour laquelle il s'est engagé n'est pas réalisée.

3 – Les sanctions particulières

156. En dehors de la responsabilité, le législateur prévoit deux sanctions particulières à l'encontre du commissionnaire déloyal.

En premier lieu, le commissionnaire qui traite à crédit sans l'autorisation du commettant, supporte seul les risques de non-paiement du tiers. Il agit à ces risques et périls ainsi que le précise l'article 169 AU DCG.

En second lieu, le commissionnaire de mauvaise foi perd le droit à commission et peut même être tenu de réparer le dommage causé par l'inobservation du contrat. Dans tous les cas, il n'est pas autorisé à tirer un profit personnel de l'opération.

C – Les garanties d'exécution

157. Les garanties d'exécution peuvent être définies comme des mécanismes juridiques destinés à atténuer les effets des événements susceptibles de compromettre la bonne fin de l'opération faisant l'objet du contrat. Ces garanties profitent tant au commissionnaire qu'au commettant.

1 – Les garanties du commissionnaire

158. Le commissionnaire dispose d'un droit de rétention et d'un privilège.

159. Le commissionnaire, créancier du commettant, a le droit de retenir les marchandises qu'il détient matériellement pour son compte dès lors que les marchandises appartiennent au commettant ou lui sont destinées. Ce droit de rétention doit être exercé conformément aux dispositions des articles 42 et 43 AU S.

160. Le privilège du commissionnaire découle de l'article 115 AU S. Il lui permet d'être préféré aux autres créanciers du commettant. Il s'agit d'un privilège spécial mobilier qui porte exclusivement sur les marchandises détenues.

2 – La garantie du commettant

161. Le commettant bénéficie d'une seule garantie : la revendication. L'utilité de cette garantie intervient chaque fois que le commettant se trouve en concourt avec d'autres créanciers. En réalité, cette garantie est limitée parce qu'elle s'exerce uniquement en cas d'ouverture d'une procédure collective (voir article 103, al. 4 AU PC).

Paragraphe II – Le courtier

162. La mission principale du courtier est de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter ou de faire aboutir la conclusion de conventions, opérations ou transactions entre ces personnes. (Article 176 AU DCG). Les personnes ainsi mises en rapport, négocient ensuite directement le marché. (Il existe différents types de courtier en marchandises). Son rôle effacé simplifie ses obligations et allège ses sanctions.

A – Les obligations du courtier

163. L'essentiel de son obligation consiste à mettre les parties en rapport en vue de la conclusion du contrat. Pour ce faire, il doit rechercher le cocontractant, garantir les offres présentées et rendre compte à son donneur d'ordre. Cette dernière obligation étant en réalité une simple application de l'obligation générale, elle n'a pas de contenu particulier.

1 – La recherche de cocontractant

164. Aux termes de l'art. 177 AU DCG, le courtier doit "entreprendre toute démarche pour faciliter l'accord entre les parties." Cela signifie toutes les actions et investigations entreprises par le courtier, doivent tendre vers un seul objectif : trouver un acheteur ou un vendeur en mesure d'accepter l'offre faite par le donneur d'ordre. Il va recueillir et transmettre les informations relatives à la marchandise (quantité, qualité, prix, spécifications, conditionnement, emballage, domaine de livraison, modalités de paiement) et les transmettre à la partie intéressée.

2 – La garantie des offres présentées

165. Cette obligation lui interdit de réaliser des opérations commerciales pour son propre compte et lui impose de se porter garant du contenu des offres faites.

B – Les sanctions des obligations du courtier

166. L'inobservation de ses obligations par le courtier peut donner lieu à deux types de sanctions : la responsabilité et la perte de la rémunération.

1 – La responsabilité du courtier

167. Le courtier ne saurait engager sa responsabilité dans tous les cas de non-conclusion ou de l'inexécution du contrat. Sa responsabilité est retenue cependant, lorsqu'il présente sciemment une partie comme ayant des capacités et des qualités fausses ou imaginaires dans le but d'amener l'autre partie à contracter.

Sa responsabilité sera fonction du préjudice résultant de ses fausses déclarations.

De manière générale, la responsabilité du courtier sera engagée pour faute chaque fois qu'il n'aura pas mis tous les moyens pour exécuter ses obligations conformément à l'article 150 AU DCG, applicable à tous les intermédiaires.

2 – La perte de la rémunération

168. La perte de la rémunération constitue une sanction susceptible de s'appliquer au courtier en cas de déloyauté.

Il y a déloyauté lorsque le courtier agit dans l'intérêt du tiers au mépris des obligations qu'il a contractées envers le donneur d'ordre. Il y a également déloyauté, lorsque le courtier encaisse une double rémunération, c'est-à-dire, qu'il se fait payer à la fois par le tiers et par le donneur d'ordre.

Le courtier déloyal sera non seulement privé de son droit à rémunération, mais également de son droit au remboursement des frais exposés pour la réalisation de sa mission.

C – Les obligations du donneur d'ordre

169. En dehors de l'obligation de rémunérer le courtier qui semble aller de soi, puisque le contrat de courtage est un contrat à titre onéreux, il est difficile de reconnaître une autre obligation à la charge du donneur d'ordre.

Il faut considérer que le courtier qui a mis les parties en mesure de contracter, a rempli ses obligations : le contrat est exécuté. Dans ces conditions, il est difficile de mettre une obligation spécifique à la charge du donneur d'ordre. Si obligation il y a, elle doit être assumée à l'égard du tiers cocontractant lorsque l'offre présentée est ferme et que l'acceptation de ce dernier suffit à former le contrat.

Parag. III – L'agent commercial

170. Si la profession d'agent commercial remonte très loin dans le passé, sa consécration légale est plutôt récente. Le statut défini par les articles 184 à 201 AU DCG s'inspire de la loi française du 25 juin 1991 transposant en droit français la directive européenne du 18 décembre 1986.

171. Intermédiaire par excellence, l'agent commercial intervient dans tous les domaines de la distribution des biens et des services. Certaines catégories d'agents tels que les agents de change, les agents de voyage sont généralement soumis à une législation particulière.

L'article 184 AU DCG définit l'agent commercial comme « un mandataire qui, à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement, de conclure, des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux, sans être lié envers eux par un contrat de travail ». Cette définition légale clarifie la notion d'agent commercial en ce qu'elle se prononce nettement sur la nature du contrat : il s'agit d'un contrat de mandat, exclusif d'un contrat de travail. Un intérêt certain s'attache à cette précision : le VRP (Voyageur Représentant Placier) auxiliaire salarié, ne peut avoir la qualité d'agent commercial ; de même, le concessionnaire qui achète et revend pour son compte n'est pas un agent commercial.

172. Par ailleurs, le contrat d'agent commercial ne peut être conclu qu'avec des producteurs, des industriels, des commerçants ou avec d'autres agents commerciaux, ce qui suppose qu'on ne peut parler d'agent commercial lorsque le donneur d'ordre est un particulier ou un artisan. Ainsi, l'agent immobilier ou l'agent de voyage recevant ses ordres d'un particulier n'est pas

un agent commercial au sens de l'article 184 AU DCG. Les agents commerciaux forment donc une catégorie particulière d'agents d'affaires.

173. L'agent est un mandataire professionnel, ce qui exclut toute activité occasionnelle. Il a essentiellement pour mission de prospecter la clientèle, de susciter des commandes qu'il transmet à son donneur d'ordres. Le législateur lui confère la qualité de commerçant bien qu'il n'exerce pas l'activité en son nom et pour son propre compte. Cependant, l'article 184 AU DCG ayant affirmé son indépendance, il y a lieu de penser que, réalisant des « opérations d'intermédiaire » érigées en actes de commerce par l'article 3 AU DCG en qualité de mandataire indépendant, la qualité de commerçant puisse lui être conférée (voir Michel PEDAMON, Droit commercial, Précis Dalloz, 1994, n°64, P. 55). Une telle solution paraît certainement plus réaliste.

174. Outre cette innovation, il faut noter l'introduction de l'intérêt commun dans le contrat d'agence qui consacre une création prétorienne. Il y a mandat d'intérêt commun lorsqu'il « y a intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle » (Cass. civ. 13 mai 1885, S 1887, I, 220) : le mandant et le mandataire œuvrent à la conquête de la clientèle et à sa fidélisation et doivent en conséquence participer aux risques et aux profits de cette opération. Ainsi défini, l'intérêt commun imprègne aussi bien les obligations des parties que les règles de cessation du contrat d'intermédiaire.

A- Les obligations des parties

175. Dans l'exécution du contrat d'agence, chacune des parties assume envers l'autre une obligation de loyauté qui suppose de sa part la sincérité au moment de la conclusion du contrat et la bonne foi tout au long de son exécution. Plus concrètement, l'agent commercial ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de son mandant sans l'accord de ce dernier. Il assume donc une obligation de non-concurrence vis-à-vis de celui-ci (art. 186 al 2 AU DCG). Cette obligation de non-concurrence n'empêche pas l'agent commercial de représenter d'autres mandants dès lors que les produits ou les services pour lesquels il assume la représentation ne sont pas susceptibles de concurrencer ceux de son premier mandant. En clair, l'obligation de non-concurrence ne porte pas atteinte à l'indépendance de l'agent commercial.

De son côté, le mandant doit respecter l'exclusivité qu'il a lui-même accordée à l'agent commercial en s'abstenant de réaliser des opérations concurrentes à l'intérieur du territoire concédé.

176. Le bon déroulement des opérations d'agence commerciale impose à chaque partie de mettre à la disposition de l'autre, toute information susceptible de favoriser l'exercice de l'activité. Ainsi, le mandant doit fournir à l'agent commercial toutes les indications relatives aux produits et aux services quelle qu'en soit la forme (catalogue, prospectus, prix, échantillon...). De même, l'agent commercial doit renseigner son donneur d'ordre sur les caractéristiques de la clientèle et sur les besoins et exigences exprimés.

En dehors de ces obligations réciproques, chaque partie assume des obligations particulières envers l'autre.

1 – Les obligations de l'agent commercial

177. L'agent commercial assume deux obligations : il doit exécuter conformément aux instructions données par le mandant, les obligations découlant du mandat. Cela signifie qu'en sa qualité de professionnel, il doit mettre en œuvre tous les moyens appropriés pour réaliser la tâche spécifique qui lui a été confiée.

178. Par ailleurs, il est tenu au secret. Cette obligation couvre non seulement les informations qui lui ont été confiées par le mandant à titre confidentiel, mais également celles dont il a eu connaissance au cours de l'exercice de son activité. Cette obligation couvre toutes les informations dont la divulgation causerait un préjudice au mandant. Elle s'étend au-delà de la cessation du contrat d'agence ainsi que le précise l'article 187 AU DCG.

2 – Les obligations du donneur d'ordre

179. Le donneur d'ordre assume une obligation essentielle : celle de rémunérer l'agent commercial. La rémunération prend la forme de commission définie comme « tout élément de la rémunération variant avec le nombre ou la valeur de l'affaire » : art. 188 al 1^{er} AU DCG. Le droit à rémunération de l'agent commercial naît dès l'instant que le mandant a exécuté l'opération ou devrait l'avoir exécuté en vertu de l'accord conclu avec le tiers, ou dès que le tiers a exécuté l'opération. Cela voudrait dire que l'agent commercial n'a pas droit à rémunération si l'opération n'est pas exécutée. Une telle solution pourrait se révéler dangereuse pour l'agent commercial. C'est la raison pour laquelle le législateur restreint les cas dans lesquels le droit à rémunération peut s'éteindre : l'article 193 AU DCG envisage en effet que cette extinction ne peut intervenir que dans l'hypothèse où l'inexécution n'est pas imputable au mandant.

180. En principe, le droit à rémunération prend fin à la cessation du contrat d'agence. Cependant, ce droit est prorogé au-delà de cette date lorsqu'il est établi que la conclusion de l'opération est due à l'activité de l'agent commercial et qu'elle est intervenue dans un délai raisonnable à compter de la cessation du contrat : art. 190 AU DCG. Lorsque deux agents commerciaux se succèdent dans une même zone géographique et pour les mêmes activités, il n'y a jamais double rémunération. La commission est due soit à l'un, soit à l'autre des deux agents qui se succèdent. L'ancien agent bénéficie de la rémunération pour toute opération conclue avant l'entrée en vigueur du nouveau contrat d'agence. Le nouvel agent acquiert le droit à rémunération pour toutes les opérations dont la conclusion se situe après la cessation de l'ancien contrat et à compter de l'entrée en vigueur du nouveau contrat. Le partage de la commission ne sera possible qu'exceptionnellement et dans un souci d'équité.

181. La fixation du montant de la commission est laissée à la discrétion des parties sauf s'il existe des usages. Généralement, la commission est calculée en pourcentage des offres acceptées par le mandant sans considération de leur exécution par celui-ci. La commission est versée trimestriellement au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle a été acquise. Néanmoins, les parties peuvent fixer une autre périodicité.

182. A cette obligation principale, il convient d'ajouter que le mandant doit, pendant toute la durée du contrat, mettre l'agent en mesure de remplir sa mission. A ce titre, il doit mettre à sa disposition tous les moyens pouvant faciliter l'accomplissement des tâches stipulées au contrat et tous les documents comptables servant de base au calcul de la commission.

B- La cessation du contrat d'agence

183. Le contrat d'agence commerciale cesse à la date de survenance du terme convenu entre les parties. Les parties peuvent néanmoins mettre fin au contrat unilatéralement, lorsque aucune durée n'est stipulée, moyennant un préavis. La cessation donne droit à une indemnité au profit de l'agent sauf circonstances particulières.

1- Le préavis réciproque

184. Lorsqu'il est à durée indéterminée, le contrat d'agence ne peut prendre fin que sur le préavis émanant de la partie qui en prend l'initiative. Cette obligation s'impose également en cas de continuation d'un contrat à durée déterminée. La durée du préavis est d'un mois pour la première année, deux mois pour la seconde année et de trois mois pour la troisième année et les années suivantes (art. 196 al2 AU DCG). L'obligation de préavis disparaît en cas de faute lourde et de force majeure.

2 – L'indemnité au profit de l'agent

185. La cessation des relations entre le mandant et l'agent commercial confère à celui-ci le droit à une indemnité compensatrice sans qu'il n'ait à justifier d'un préjudice particulier, qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Ce droit peut disparaître en présence d'une faute grave de l'agent c'est-à-dire de nature à porter atteinte à la finalité commune du contrat d'agence, de sa démission volontaire, de la cession du contrat d'agence à un successeur accepté par le mandant et de l'inaction de l'agent lorsque celui-ci néglige d'aviser le mandant, dans un délai d'un an, qu'il entend faire valoir son droit à indemnité.

Le législateur fixe les règles de calcul du montant de l'indemnité minimum (art. 199 AU DCG). La base de calcul est constituée par un rapport mois de commission/année de contrat exécuté. Ainsi par exemple, un mois de commission est dû à titre d'indemnité compensatrice à compter de la première année entièrement exécutée du contrat. Ce minimum légal est d'ordre public et exclut toute dérogation conventionnelle au détriment de l'agent (art. 200 AU DCG).

186. Par ailleurs, il convient de signaler que malgré la cessation du contrat, certaines obligations subsistent au profit du mandant. Il s'agit notamment de l'obligation au secret et de l'obligation de non-concurrence. L'article 201 fait naître à la charge des parties, au moment de la rupture du contrat, une obligation réciproque de restituer l'une à l'autre les documents et matériels détenus.

Chapitre 2 : LA VENTE COMMERCIALE

187. La vente, qu'elle soit civile ou commerciale, est certainement le contrat le plus usuel. Elle est définie comme étant la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à la payer. Ainsi définie, la vente est un contrat consensuel en ce qu'elle est parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix. L'obligation pour le vendeur de transférer la propriété de la chose à l'acheteur constitue l'une des caractéristiques essentielles de la vente ; en ce sens, la vente est un contrat translatif de propriété. L'engagement de l'une des parties a sa raison d'être dans la contrepartie reçue ou attendue de l'autre partie. La vente est dès lors un contrat à titre onéreux. Le vendeur et l'acheteur assument des obligations précises qui confèrent à la vente un caractère synallagmatique. Le vendeur s'oblige à livrer des marchandises, à s'assurer

de leur conformité et accorder sa garantie. L'acheteur doit payer le prix et prendre livraison des marchandises.

Le législateur de l'OHADA ne remet pas en cause ces caractéristiques inhérentes à toute opération de vente.

188. Cependant, il y a lieu de reconnaître que la vente, telle qu'envisagée dans l'AU DCG, comporte certaines particularités. Celles-ci ne se limitent pas aux caractéristiques du contrat mais concernent également la formation du contrat de vente. Les obligations nées du contrat de vente ainsi formé font l'objet d'un réaménagement notable. Il en résulte une nouvelle orientation de leur sanction. Le nouveau texte met en place un système fondé principalement sur la sauvegarde du contrat de vente commerciale. La résolution n'apparaît dès lors que comme une sanction exceptionnelle.

S'agissant des effets, le législateur introduit une innovation considérable : l'abandon du principe de transfert *solo consensu* .

A- Section 1 : Les particularités de la vente commerciale

189. Ces particularités concernent la notion de vente commerciale et les règles applicables.

Paragraphe I – La notion de vente commerciale

190. Que faut-il entendre par vente commerciale au sens de l'AU DCG ? Telle est la question à laquelle il convient de répondre.

L'analyse des articles 202 à 204 AU DCG permet d'affirmer qu'il s'agit d'une vente qui se distingue du contrat d'entreprise, d'une vente de marchandises, d'une vente privée et d'une vente commerciale.

A- Un contrat de vente distinct du contrat d'entreprise

191. Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une des parties s'engage à faire quelque chose moyennant un prix convenu entre elles. L'entrepreneur dans ce cas contracte une obligation de faire. Dans la vente, le vendeur est débiteur d'une obligation de donner. En principe, ces deux opérations sont faciles à distinguer.

Il peut arriver qu'un contrat comporte à la fois la livraison des marchandises et la fourniture de main-d'œuvre. La distinction devient alors beaucoup plus délicate. Pour résoudre ce problème de qualification dont les conséquences juridiques sont importantes, l'article 204 AU DCG adopte le critère dit économique : il s'agira de se demander dans chaque cas qu'est ce qui relève de la matière fournie et qu'est ce qui se rattache au travail effectué. Si la matière fournie l'emporte sur le travail effectué, il y a contrat de vente ; au cas contraire, il y a contrat d'entreprise. Cette règle n'interdit pas aux parties de décider conventionnellement de séparer les opérations dans deux contrats distincts.

B – Un contrat de vente portant sur des marchandises

192. Pour le législateur de l'OHADA, la vente commerciale est celle qui porte sur des marchandises c'est-à-dire de façon générale sur des objets mobiliers corporels. Cette

restriction permet d'exclure de la vente sans hésitation les biens incorporels et les biens immobiliers. S'agissant des biens immobiliers, cette exclusion est traditionnelle puisque ceux-ci sont considérés comme des biens de grande valeur dont la cession est soumise à un formalisme protecteur. Quant aux biens incorporels, l'article 203 AU DCG précise le contenu de cette exclusion en énumérant certains biens incorporels tels que les valeurs mobilières, les titres de créance et les effets de commerce.

Pour certains autres biens, l'exclusion ne paraît pas aussi évidente. Il s'agit en premier lieu des aéronefs, des navires et des bateaux généralement considérés comme des immeubles et en second lieu de l'électricité et le gaz. La tendance actuelle est d'assimiler ces biens à des marchandises. En réalité, compte tenu du silence gardé par le législateur, rien ne s'oppose à l'adoption d'une telle solution dans la vente commerciale OHADA.

C – Un contrat de vente privée

193. Le caractère privé induit l'idée que la vente commerciale se déroule sans l'intervention d'une autorité publique investie d'un pouvoir spécifique et n'obéit à aucun formalisme particulier. Dans ce sens, les ventes publiques encore appelées ventes par autorité de justice caractérisées par le recours à une procédure dont les formes sont obligatoires et les ventes aux enchères dans lesquelles les vendeurs font appel au public et concluent la vente avec l'acquéreur le plus offrant n'entrent pas dans le champ d'application du Livre V consacré à la vente commerciale.

D – Une vente commerciale

194. Seul un commerçant au sens de l'article 2 AU DCG peut conclure un contrat de vente commerciale. En d'autres termes, la vente au consommateur ne constitue pas une vente commerciale au sens de l'AU DCG. Il s'agit là d'une conception restrictive de la vente commerciale. Dans le droit antérieur, la vente entre particuliers et commerçants était considérée comme une vente commerciale. Dorénavant, il faudra s'interroger sur la qualité des deux parties pour déterminer la nature civile ou commerciale de la vente. Le législateur précise dans l'article 203 – 1°) ce qu'il faut entendre par consommateur : ce sont des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle. Cette définition comporte un double critère : l'un relatif à la personne (commerçant ou non commerçant), l'autre relatif à la finalité de l'opération (l'activité professionnelle). Ainsi, le pharmacien d'officine (commerçant personne physique), qui achète un système d'alarme pour équiper sa maison conclut un contrat de vente civile alors que la vente sera commerciale en cas d'achat de ce même matériel pour équiper la pharmacie.

Paragraphe II – Les règles applicables à la vente commerciale

195. Avant toute chose, il convient de noter que le législateur a entendu conserver les principes fondamentaux du droit commun des contrats et du droit de la vente contenus dans le code civil ou dans le COCC pour le cas du Sénégal. Les innovations intervenues résultent pour la plupart des emprunts faits à la Convention sur la Vente Internationale de Marchandises dite Convention de Vienne. En outre, certains usages comme la faculté de remplacement ont été intégrés dans le nouveau droit de la vente internationale.

Le choix de conserver les règles de droit commun est expressément affirmé dans l'article 205 AU DCG aux termes duquel "outre les dispositions du présent livre, la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun".

La question va se poser de savoir quel contenu il faut donner au "droit commun". Le droit commun visé par le législateur dans l'article 205 est celui défini par l'article 1107 du code civil c'est-à-dire les règles générales applicables à tout contrat, les règles particulières applicables au contrat de vente et enfin les règles régissant les transactions commerciales.

Au titre des règles générales applicables à tout contrat, il faut citer notamment les règles de formation du contrat. Les règles particulières au contrat de vente sont notamment les règles relatives aux différentes modalités de la vente (vente à l'essai, vente à l'agrégé, vente avec faculté de rachat, vente sous condition suspensive, vente sous condition résolutoire, l'existence ou le caractère inaliénable ou non de la chose objet de la vente, le régime juridique de la promesse de vente.

Les règles régissant les transactions commerciales concernent notamment la solidarité, (conf. 17 et ss).

Section 2 : La formation du contrat de vente

196. A l'instar de tout contrat, le contrat de vente suppose la rencontre des volontés. Cette rencontre résulte de l'échange des consentements défini comme la coïncidence d'une offre et d'une acceptation : l'offre est en principe faite par le vendeur et l'acceptation est donnée par l'acheteur.

Paragraphe I – L'offre

197. L'article 210 AU DCG définit l'offre comme « une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées ». Cette offre doit, pour produire les effets que la loi y attache (B), remplir un certain nombre de conditions (A).

A – Les conditions de l'offre

198. L'offre est soumise à trois conditions cumulatives.

L'offre ou la proposition de conclure un contrat doit être adressée à un ou plusieurs personnes déterminées. Cette exigence restreint la notion d'offre. Deux conséquences s'attachent à cette restriction : la première est que l'offre faite au public (publicité, appel d'offre, catalogue de produits) constitue une simple invitation à rentrer en pourparler. La deuxième est liée au fait que toute offre, pour être valable, doit désigner son destinataire.

L'offre doit être suffisamment précise. L'offre est précise lorsqu'elle contient des informations détaillées sur les éléments essentiels du contrat tels le prix, les marchandises et la quantité (art. 210 al 2 AU DCG).

L'offre doit indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. L'offre ne doit comporter ni réserve, ni possibilité de rétractation. L'engagement du pollicitant doit être tel que l'acceptation suffise à former le contrat.

B – Les effets de l’offre

199. En réalité, les effets sont constitués par la valeur juridique attachée à l’offre. Les effets de l’offre se mesurent donc à l’aptitude de l’offre à permettre la formation du contrat projeté.

Deux événements peuvent remettre en cause la validité de l’offre : la révocation et la caducité.

L’offre ne prend effet qu’à compter du moment où elle est parvenue à son destinataire en application de la théorie de la réception. Malgré cette prise d’effet, l’offre peut être révoquée c’est-à-dire retirée dans un délai déterminé. Le délai de révocation prend fin à la date de l’expédition de l’acceptation.

La caducité de l’offre peut intervenir dans trois cas :

- 1^{er} cas : l’offre est rejetée ;
- 2^{ème} cas : le destinataire de l’offre ne réagit pas dans le délai qui lui est imparti par l’offrant ;
- 3^{ème} cas : aucun délai n’est fixé pour l’acceptation mais le destinataire garde le silence au-delà d’un délai raisonnable : art. 213 al 2 AU DCG.

Paragraphe II – L’acceptation

200. L’acceptation ne résulte pas du silence ; elle est plutôt une déclaration ou un comportement du destinataire indiquant qu’il acquiesce à une offre. Cependant, il y a également acceptation lorsque le silence est entouré de circonstances révélant une approbation tacite.

A – Les conditions de l’acceptation

201. L’expression de l’acceptation n’est soumise à aucune forme particulière mais elle doit être pure et simple et se distinguer d’une contre-proposition. L’acceptation est pure et simple lorsqu’elle ne comporte ni réserve, ni condition et qu’elle permet l’accord des parties sur toutes les conditions essentielles du contrat.

Par ailleurs, lorsque l’acceptation contient des modifications altérant substantiellement les termes de l’offre, il n’y a plus acceptation mais contre offre. Aux termes de l’article 214 al 2 AU DCG, « l’acceptation qui contient des additions, des limitations ou autres modifications doit être considérée comme un rejet de l’offre ». Elles constituent une contre offre c’est-à-dire une offre nouvelle insusceptible de former le contrat.

B – Les effets de l’acceptation

202. Lorsque l’acceptation est donnée conformément aux exigences légales, le contrat est formé. A partir de quand doit – on considérer qu’il y a acceptation ? La question est d’importance surtout à cause des conséquences juridiques qui s’y attachent. En principe, lorsque les deux parties sont présentes, l’acceptation intervient instantanément entraînant du coup la formation du contrat. A l’inverse, en cas d’éloignement des parties l’une de l’autre, l’acceptation prend effet au moment où l’indication d’acquiescement parvient à l’auteur de l’offre.

Lorsqu'un délai d'acceptation est stipulé, l'acceptation ne prend effet que si elle parvient à l'offrant dans le délai qu'il a stipulé ou en l'absence de délai, dans un délai raisonnable.

203. Le destinataire de l'offre peut - il se rétracter alors même qu'il a déjà émis son acceptation ?

Aux termes de l'article 216 AU DCG, le destinataire est autorisé à changer d'avis à condition que la rétractation parvienne à l'offrant avant la prise d'effet de l'acceptation c'est-à-dire la réception de l'acceptation.

Une fois le contrat formé, aucune des parties au contrat n'est plus autorisée à remettre en cause son consentement (offre ou acceptation). Le contrat devient obligatoire pour les parties.

Section 3 : Les obligations des parties

Chacune des parties assume des obligations précises.

Paragraphe Les obligations du vendeur

204. Le vendeur doit livrer la chose convenue. Il doit livrer une chose conforme à celle définie au contrat ; il doit également accorder sa garantie.

A – L'obligation de livraison

205. En l'absence de stipulations précises des parties, l'obligation de livraison consiste pour le vendeur, soit à remettre les marchandises à un transporteur pour leur livraison à l'acheteur lorsque le contrat de vente prévoit un transport de marchandises, soit à tenir les marchandises à disposition chez le vendeur. La livraison se distingue de la délivrance. Elle s'entend de tous les actes matériels à accomplir par le vendeur pour permettre à l'acheteur d'entrer en possession de la marchandise.

206. La livraison doit porter sur les marchandises prévues au contrat. S'il livre une quantité supérieure à celle prévue au contrat, l'acheteur a la liberté d'accepte ou de refuser la quantité excédentaire. La livraison porte également sur les accessoires. Les accessoires sont d'abord les choses matérielles distinctes de la chose principale mais affectées à son service (roue de secours, manivelle etc. Voir P. H. ANATOMATTEI et J. RAYNARD, Droit civil, contrats spéciaux, Litec 2^{ème} éd 2000, n° 171, P. 164). Ce sont ensuite des documents notamment administratifs indispensables à l'usage ou représentatifs de la marchandise.

La jurisprudence ajoute à ces accessoires traditionnels un devoir de conseil consistant pour le vendeur à fournir à l'acheteur toutes les informations nécessaires à une utilisation satisfaisante et sans danger de la marchandise vendue. Voir M. PEDAMON, Droit civil, Précis Dalloz 1994 ? P. 571, N° 604.

207. Le vendeur doit exécuter son obligation de livraison conformément aux prévisions du contrat c'est-à-dire à la date fixée ou à un moment quelconque de la période fixée. Si le contrat ne contient aucune précision, les dispositions de l'article 222 –c) auront vocation à s'appliquer c'est-à-dire que la livraison doit intervenir dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat, conformément aux usages s'il en existe et compte tenu de la nature de la marchandise.

Que va-t-il se passer s'il y a livraison anticipée ?

L'article 262 al 1^{er} AU DCG reconnaît à l'acheteur la faculté d'accepter ou de refuser cette livraison anticipée.

B – L'obligation de conformité

208. Il s'agit d'une obligation autonome déconnectée de l'obligation de délivrance. Aux termes de l'article 224 AU DCG, le vendeur doit livrer les marchandises dans la quantité, la qualité, la spécification, le conditionnement et l'emballage correspondant à ceux prévus au contrat. L'alinéa 2 de ce texte ajoute que les marchandises ne sont conformes au contrat que si elles sont propres aux usages auxquels servent habituellement les marchandises de même type. C'est ce qu'on appelle l'usage ordinaire. L'idée ici rejoint celle de l'article 1246 C. civ. dont on déduit généralement que dans la vente, la marchandise livrée doit être de "qualité loyale et marchande" c'est-à-dire loyalement revendable.

En dehors de l'usage ordinaire, les marchandises doivent être conformes à l'usage spécial intégré dans le champ contractuel. Il appartiendra à l'acheteur de démontrer qu'il s'est suffisamment exprimé que la destination de la marchandise.

Lorsqu'un échantillon ou un modèle a été présenté, la marchandise doit posséder les qualités correspondantes. Il faut alors considérer que l'échantillon constitue un moyen de description précise de la marchandise.

Le dernier élément de la conformité est constitué par l'emballage et le conditionnement. Même si les parties n'ont rien dit, les marchandises doivent être emballées selon le mode habituel ou à défaut, de manière propre à les protéger et à les conserver.

La conception du législateur est double : il superpose à la conformité matérielle définie comme la correspondance de la chose livrée à la quantité, à la qualité, à la spécification, à l'emballage et au conditionnement stipulés dans le contrat, une conformité fonctionnelle fondée sur l'aptitude de la chose livrée à l'usage habituel ou spécial (tel que les parties l'ont défini dans le contrat) des marchandises vendues.

Cet élargissement suscite quelques interrogations. Une telle conception de la conformité n'évince-t-elle pas la garantie des vices cachés dont la mise en œuvre est fondée sur la diminution de l'usage ? Pourquoi le législateur a-t-il conservé la garantie des vices cachés alors que la convention de Vienne dont elle s'est inspirée n'a envisagé que le défaut de conformité ?

209. L'acheteur, créancier de l'obligation de conformité, doit de son côté, procéder à l'examen des marchandises dès que possible. Si cet examen révèle un défaut de conformité, il doit les dénoncer dans un délai raisonnable et au plus tard dans un délai d'un an à compter de la date de la remise effective des marchandises. L'inexécution de cette obligation est sanctionnée par la déchéance du droit qu'a l'acheteur de se prévaloir du défaut de conformité constaté lors de l'examen.

C- L'obligation de garantie

210. Elle comporte comme dans le droit antérieur deux aspects résultant de l'obligation du vendeur de transférer à l'acheteur la propriété d'une chose et sa possession paisible. Ce sont la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction.

1 – La garantie des vices cachés

211. Aux termes de l'article 231 AU DCG, la garantie est due par le vendeur lorsque le défaut caché de la chose vendue « diminue tellement son usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un moindre prix s'il l'avait connu ». La mise en œuvre de cette garantie suppose un défaut caché. Le défaut caché s'oppose au défaut apparent. Est caché, le défaut que l'acheteur ne pouvait pas déceler, compte tenu de la nature de la chose vendue et dont il n'avait pas eu connaissance au moment de la vente. Il s'agit d'une question de fait souverainement appréciée par les juges du fond qui tiennent compte de la qualité et des compétences de l'acheteur. La diminution corrélative de l'usage doit être grave. Elle impliquerait que le bien, tout en étant conforme à l'usage, est en deçà de la moyenne du point de vue de ses performances (Voir K. WOLOU, La notion de conformité dans la vente selon l'AU DCG, Annales de l'Université du Bénin, série Droit, Tome IX, 2000, P. 95). La diminution de l'usage doit donc être distinguée de l'impropriété à l'usage qui suppose que le bien ne peut être utilisé sans dommage pour l'acquéreur. Il reste que ces notions sont très proches et il n'est pas facile d'établir une distinction très nette entre elles.

212. S'agissant du régime de l'action en garantie des vices cachés, il faut noter que le bref délai auparavant exigé par l'article 1648 C. civ. pour l'exercice de l'action a disparu et la garantie est étendue au sous acquéreur par le législateur de l'OHADA (art. 231 al 2). Cette extension s'inspire des solutions jurisprudentielles françaises (voir notamment, civ. 1^{ère}, 9 octobre 1979, D 1981 IR 222 ; Ass. Plein. 7 février 1986, D 1986 P. 293 note A. BENABENT).

2 – La garantie d'éviction

213. Généralement, le vendeur tenu de procurer à l'acheteur la "possession paisible de la chose vendue" (art. 1625 C. civ.) doit une double garantie : celle de son fait personnel et celle du fait des tiers. L'article 230 AU DCG n'envisage que la garantie du fait des tiers. Le silence du législateur sur la garantie du fait personnel équivaut – il à une suppression de ladite garantie ?

L'on sait qu'en droit français, la garantie du fait personnel est une garantie de plein droit fondée sur l'adage "qui doit garantie ne peut évincer". L'absence totale de garantie du fait personnel viderait le transfert de propriété (principal effet de la vente), de sa substance. Il faudrait, dès lors, admettre que la garantie du fait personnel est implicite dans l'AU DCG.

214. La garantie du fait des tiers vise à protéger l'acquéreur contre toute espèce de trouble de droit émanant d'un tiers c'est-à-dire une personne étrangère à la vente. Il y a trouble de droit lorsque par exemple le tiers revendique la propriété de la chose vendue ou que le bien est grevé de charges non déclarées ou encore lorsque l'acquéreur est obligé de délaisser aux tiers une partie des droits acquis.

La garantie ne saurait jouer si l'acheteur a eu connaissance du risque d'éviction ou de l'existence d'une charge non déclarée et a donc acquis la chose en connaissance de cause (art. 230 *in fine* AU DCG). Cela induit une possibilité d'aménagement de la garantie légale d'éviction dans le sens d'une restriction.

215. S'agissant de la garantie des vices cachés, l'extension est possible et même souhaitable puisqu'elle vise à protéger l'acquéreur. A l'inverse, seule la limitation conventionnelle peut être admise si l'acheteur en a eu connaissance et l'a acceptée lors de la conclusion de la vente.

Dans tous les cas, le juge saisi d'un litige relatif à ces clauses doit les interpréter restrictivement.

Paragraphe II – Les obligations de l'acheteur

216. L'acheteur doit payer le prix et prendre livraison des marchandises. Ce sont là les deux obligations essentielles qu'il assume.

A – Le paiement du prix

217. La vente étant un contrat à titre onéreux, le prix y joue un rôle considérable. Le prix que l'acheteur doit payer doit être réel et sérieux ; ce qui exclut le prix dérisoire ou fictif. Il doit être déterminé. Ce dernier caractère a fait l'objet de deux articles de l'AU DCG (210 et 235) dont il convient de préciser la portée avant d'analyser le contenu de l'obligation de payer le prix et les modalités de son exécution.

1 – La détermination du prix

218. Aux termes de l'article 210 *in fine* AU DCG relatif à l'offre, « une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises, et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer ». l'article 235 AU DCG ajoute que « la vente ne peut être valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat de vente, à moins que les parties ne se soient référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ».

Il résulte de ces deux textes que la vente sans prix est prohibée. Cette interdiction est conforme aux exigences du droit antérieur. Le prix étant un élément essentiel du contrat, il est normal que son absence entraîne la nullité du contrat.

219. S'agissant des modalités de fixation, les parties ont le choix entre plusieurs solutions : soit elles fixent le prix de manière explicite, soit elles prévoient dans le contrat des indications permettant de déterminer le prix, soit elles se réfèrent au prix pratiqué sur le marché au moment de la conclusion du contrat, pour des marchandises similaires vendues dans des circonstances comparables. Il convient de préciser pour cette dernière solution qu'il doit exister un cours pour les marchandises concernées. Dans tous les cas, le prix ou la fixation du prix ne doit pas dépendre de la volonté unilatérale de l'une des parties. La fixation du prix peut être faite notamment par la clause à dire de tiers ou la clause d'offre concurrente. Lorsque le prix est fixé au poids, ce poids doit être entendu comme un poids net c'est-à-dire diminué du poids de l'emballage.

2 – Le contenu de l'obligation de payer le prix

220. L'acheteur, aux termes de l'article 234 AU DCG, doit prendre toutes les mesures et accomplir toutes les formalités destinées à permettre le paiement du prix. S'il paye par chèque par exemple, il devra s'assurer de la disponibilité de la provision correspondante. L'acheteur doit verser le montant prévu au contrat, dans la monnaie stipulée. C'est également à l'acheteur qu'incombe le paiement des frais accessoires de la vente. Il s'agit notamment des frais d'actes, des frais de transfert ou des intérêts courus en raison du retard de paiement.

3 – Les modalités de paiement

221. C'est aux parties qu'il appartient de décider d'un lieu de paiement. Lorsque le contrat ne dit rien, le paiement a lieu à l'établissement du vendeur ou si le paiement doit être fait contre livraison des marchandises ou remise de documents, au lieu prévu pour cette livraison ou pour cette remise (art. 237 AU DCG).

L'obligation pour l'acheteur de payer le prix s'exécute à la date fixée par les parties. De façon générale, à défaut de stipulations contraires, le paiement a lieu au moment de la livraison. Bien que supplétive, cette solution présente l'avantage de réaliser un équilibre entre les intérêts de l'acheteur et ceux du vendeur : tant que l'acheteur n'a pas payé le prix, le vendeur conserve les marchandises et tant que le vendeur n'a pas livré les marchandises, l'acheteur conserve son argent.

Lorsque la vente implique un transport, le vendeur qui s'est acquitté de son obligation de livraison en confiant les marchandises au transporteur n'a plus la maîtrise de sa marchandise et risque de ne pas être payé. L'article 238 AU DCG règle ce problème en prévoyant que l'expédition peut être faite sous condition que les marchandises ou le document qui les représente ne soient remis à l'acheteur que contre paiement du prix. Toutefois, le contrat pourrait prévoir que l'acheteur ne paiera le prix qu'après examen des marchandises.

B – La prise de livraison

222. La prise de livraison implique d'abord que l'acheteur fasse tout ce qui est nécessaire pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison et ensuite que l'acheteur prenne possession des marchandises.

L'obligation pour l'acheteur d'accomplir tout acte facilitant la livraison illustre bien l'obligation de collaboration qui doit exister entre les parties. L'acheteur doit mettre tous les moyens en œuvre, c'est-à-dire, effectuer les formalités et démarches nécessaires et éventuellement conclure les actes juridiques indispensables à la bonne fin de l'opération.

223. Une fois les formalités accomplies, l'acheteur devra retirer les marchandises c'est-à-dire en prendre physiquement possession. Lorsque l'opération a lieu dans les locaux du vendeur, l'acheteur procédera simplement à leur enlèvement. En cas de vente impliquant un transport, le retraitement consistera en la réception des marchandises au lieu de leur destination.

Le retraitement détermine le moment où l'acheteur aura l'obligation de procéder à l'examen des marchandises et d'exercer son droit de dénonciation des défauts de conformité. C'est également à cette date que s'opère le transfert des risques à l'acheteur.

Section 4 – La sanction des obligations des parties

224. Le système de sanction des obligations des parties au contrat de vente commerciale obéit à une philosophie particulière caractérisée par le souci du législateur de sauvegarder le contrat dans la mesure du possible et donc d'adapter la sanction à la nature de l'inexécution invoquée. Cela aboutit à une certaine complexité qui se traduit par la multiplicité des sanctions. Certaines sont préventives, d'autres sont pécuniaires ou spécifiques à chaque partie. Même la

résolution n'échappe pas à cette complexité puisqu'elle peut être invoquée par chacune des parties dans des conditions particulières.

Paragraphe I – Les sanctions préventives

225. Elles interviennent après la conclusion du contrat mais avant que son exécution ne soit terminée. Il s'agit de la suspension du contrat et de la résolution anticipée.

A – La suspension du contrat

226. La suspension du contrat est un mécanisme par lequel le vendeur ou l'acheteur, convaincu que son cocontractant n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations, demande au juge l'autorisation de différer l'exécution de ses propres obligations. Il s'agit en fait d'une adaptation du principe de l'exception d'inexécution dans un but de prévention d'un risque d'inexécution plus grand.

Il est certain que cette suspension ne peut être sollicitée à la légère. Le risque dont doit se prévaloir le demandeur doit être d'une certaine gravité. Pour le législateur, il peut s'agir d'abord d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution. Ce sera le cas notamment lorsque l'acheteur aura constaté que le vendeur fabricant ne possède aucune maîtrise de la technologie nécessaire à la fabrication. L'insolvabilité à laquelle se réfère le législateur peut être due à l'imminence de l'ouverture d'une procédure collective. Le risque d'inexécution tenant en la manière dont l'une des parties exécute le contrat peut découler de la révélation d'un défaut de conformité suite à une inspection de marchandises en cours de fabrication. Le juge saisi apprécie les éléments de la défaillance du débiteur et prononce ou non la suspension qui est une mesure provisoire pouvant déboucher sur la résolution du contrat.

B - La résolution anticipée

227. Il s'agit d'une sanction inconnue dans le droit antérieur et prononcée par le juge à la demande d'une partie qui constate que manifestement, son cocontractant commettra un manquement essentiel à ses obligations (**conf. définition du manquement essentiel**). Cela suppose que le demandeur dispose d'éléments objectifs rendant flagrant le risque d'inexécution. Lorsque le contrat en cause est un contrat à exécutions successives, la résolution est limitée à une livraison donnée. Elle ne pourra être étendue aux livraisons antérieures et aux livraisons futures que s'il existe un lien de connexité entre celles-ci et la livraison en cause.

En dehors du caractère préventif et des cas d'ouverture, la résolution anticipée reste somme toute une résolution.

Paragraphe II – Les sanctions pécuniaires

228. Les sanctions pécuniaires sont de deux ordres : les intérêts moratoires et les dommages intérêts.

A - Les intérêts moratoires

229. Elles ont pour objet de réparer le dommage résultant de la privation de la somme due sans que le créancier soit tenu de justifier une perte et peuvent être cumulées avec les dommages intérêts. Aux termes de l'article 263 al 2 AU DCG, ils commencent à courir à

compter de l'envoi de la mise en demeure adressée à l'autre partie par lettre recommandée ou tout autre moyen écrit.

B – Les dommages intérêts

230. Les dommages intérêt ont pour objet de réparer le préjudice engendré par l'inexécution de l'obligation. Le dommage réparable est constitué comme le précise implicitement l'article 264 AU DCG par la perte subie et le gain manqué par le créancier de l'obligation. Son montant doit être déterminé par l'importance de la perte et du gain manqué.

Paragraphe III – Les sanctions particulières à chaque partie

Ces sanctions sont applicables au vendeur ou à l'acheteur.

A – Les sanctions applicables au vendeur

231. Outre la résolution, le vendeur peut être contraint à l'exécution forcée. Il peut décider lui-même d'exécuter volontairement ses obligations. Il peut par ailleurs être contraint de reprendre les marchandises refusées par l'acheteur ou de réduire le prix de la vente.

1 – L'exécution forcée à la demande de l'acheteur

232. Le législateur régleme trois modes d'exécution forcée : le remplacement, la mise en conformité et la faculté pour l'acheteur d'impartir un délai supplémentaire au vendeur.

233. *Le remplacement* : l'acheteur peut exiger du vendeur et de lui seul le remplacement des marchandises livrées en cas de défaut de conformité. L'exercice de cette faculté est soumis à deux conditions. D'abord, le défaut de conformité relevé par l'acheteur doit constituer un manquement essentiel au contrat. Ensuite, la demande de remplacement doit être faite au moment de la dénonciation du défaut de conformité ou à défaut dans un délai raisonnable à compter de la dénonciation. Il convient de rappeler ici que la dénonciation prévue par l'article 228 AU DCG doit lui-même intervenir dans un délai raisonnable à partir du moment où le défaut de conformité a été constaté ou aurait dû être constaté.

234. *La mise en conformité* : La mise en conformité ou la réparation de la chose vendue peut être demandée par l'acheteur quelle que soit la nature ou la gravité du défaut de conformité invoqué. La mise en œuvre de cette sanction est soumise aux mêmes conditions de délai que le remplacement. L'utilité de cette sanction remède résulte du caractère réparable du défaut de conformité. De la sorte, le remplacement ne paraît pas nécessaire.

235. *La faculté d'impartir un délai supplémentaire au vendeur* : Cette faculté a pour objet de parfaire le système d'exécution forcé dont bénéficie l'acheteur. Dans quels délais le vendeur doit-il mettre les marchandises en conformité ou procéder à leur remplacement? L'article 251 AU DCG permet à l'acheteur de fixer un délai pendant lequel le vendeur devra exécuter ses obligations. Pendant ce délai, l'acheteur ne pourra introduire aucune autre action sauf la possibilité pour lui de se prévaloir du préjudice né du retard dans l'exécution.

2 – l'offre de réparation faite par le vendeur

236. Le mécanisme d'offre de réparation ne constitue pas une véritable sanction. Il s'agit plutôt d'un remède que le vendeur peut proposer à l'acheteur en cas de livraison anticipée ou même après la date de livraison (art. 252 AU DCG) tant que "l'exercice de ce droit ne pose à l'acheteur ni dommage, ni frais"(art. 226 AU DCG). La mise en œuvre de l'offre de réparation peut susciter quelques difficultés. D'abord, il s'agit d'une faculté qui laisse la place au refus de l'acheteur. Celui-ci peut en effet préférer la résolution du contrat lorsque les conditions nécessaires sont réunies. Ensuite, seule une acceptation expresse ou tacite de l'acheteur peut l'empêcher de demander la résolution du contrat de vente (conf. Art. 253 AU DCG).

3 – Le refus de prendre livraison

237. Le droit pour l'acheteur de refuser de prendre livraison des marchandises peut intervenir en cas de livraison anticipée ou de livraison excédentaire. L'acheteur devra aviser le vendeur pour lui demander de reprendre ses marchandises.

4 – La réfaction du prix

238. La réfaction du prix se présente comme une réfaction du contrat : les prestations sont réajustées. L'intérêt réside dans le maintien du contrat. Le législateur de l'OHADA autorise la réfaction du prix en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat. L'initiative appartient à l'acheteur qui procède à la réduction du prix proportionnellement à la différence entre la valeur réelle des marchandises livrées et la valeur estimée des marchandises conformes. Le recours au juge n'est donc pas nécessaire.

B – Les sanctions applicables à l'acheteur

239. L'acheteur peut être contraint à une exécution en nature ou subir la déchéance de son droit de se prévaloir de la non-conformité.

1 – L'exécution en nature

240. Le vendeur ne semble pas disposer des mêmes prérogatives que l'acheteur auquel la loi reconnaît le droit d'exiger du vendeur l'exécution de toutes les obligations contenues dans le contrat (art. 205 AU DCG). Une telle différence s'explique d'abord par la nature même des obligations de l'acheteur et ensuite par le fait que le vendeur dispose d'autres moyens pour obliger l'acheteur à s'exécuter. Il s'agit notamment des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution. Il en résulte que l'exécution en nature n'est envisagée que dans deux cas : le vendeur peut impartir un délai à l'acheteur pour l'exécution de ses obligations c'est-à-dire le paiement du prix ou la prise de livraison ou bénéficier de l'offre de réparation faite par l'acheteur. La mise en œuvre de ces mécanismes obéit aux mêmes règles que celles prévues pour le vendeur (conf. supra n°s 235 et 236).

2 – La déchéance du droit de se prévaloir de la non-conformité

241. L'acheteur ayant pris livraison doit examiner les marchandises afin de s'assurer de leur conformité. S'il ne le fait pas à temps, il encourt une sanction prévue à l'article 228 AU DCG : la déchéance. Cette déchéance a une portée considérable puisqu'elle prive l'acheteur du droit de se prévaloir du défaut de conformité et donc de recourir à l'un quelconque des remèdes prévus (la réduction du prix, la mise en conformité, la résolution). Il ne lui reste que le bénéfice de la garantie des vices cachés.

Paragraphe IV – La résolution

242. A la différence du droit antérieur tel qu'il résulte du code civil (article 1184), l'AU DCG ne pose pas un principe général de résolution du contrat de vente. La résolution n'est ouverte aux parties que dans les cas prévus par la loi ; la mise en œuvre et les effets sont régis par des règles particulières.

A – Les causes de résolution

243. Une seule cause peut entraîner la résolution du contrat de vente aussi bien pour le vendeur que pour l'acheteur : C'est le manquement essentiel. Les autres causes dépendent de la partie qui les invoque.

1 – Le manquement essentiel

244. Aux termes de l'article 248 AU DCG, un manquement est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à une partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat. La notion de manquement essentiel comporte donc deux éléments : un préjudice important pour le créancier et un préjudice prévisible pour le débiteur.

Le préjudice doit priver le créancier de l'obligation de "ce qu'il était en droit d'attendre du contrat". Le législateur vise ici l'attente légitime, ce que l'obligation est à même de procurer à celui qui l'a souscrite d'après la nature même de l'obligation et des souhaits particuliers exprimés lors de la conclusion du contrat. En clair, le manquement essentiel, c'est celui qui aboutit à vider l'obligation de sa substance.

Cette importance du préjudice est tempérée par les moyens dont le débiteur a pu disposer pour exécuter son obligation. Ainsi, le préjudice ne sera considéré comme prévisible qu'à deux conditions : le débiteur a eu connaissance de l'importance du préjudice que l'inexécution de son obligation pourrait causer au créancier et il n'est pas en mesure de faire prévaloir le fait d'un tiers ou la force majeure.

2 – Les causes liées aux parties

245. En dehors d'un manquement essentiel allégué par l'une des parties, l'action en résolution n'est possible pour le vendeur qu'en cas de défaut de prise de livraison par l'acheteur et pour l'acheteur, qu'en l'absence de livraison. Tous les deux ne peuvent agir qu'après l'expiration du délai octroyé pour exécuter ces différentes obligations.

Une question s'impose : l'octroi d'un délai supplémentaire par le vendeur ou par l'acheteur à son cocontractant est – il obligatoire ? Les textes qui prévoient ces délais (article 251 et 257 AU DCG) en ont fait une simple faculté. Comment alors comprendre qu'il faille attendre l'écoulement d'un délai que l'on n'était pas obligé d'accorder ? Dans la Convention de Vienne, l'article 64 – 1 d) prévoit que le vendeur ne peut recourir à la résolution qu'après avoir octroyé un délai supplémentaire à l'acheteur pour s'exécuter. Cette disposition paraît compréhensible dans un système qui admet la résolution unilatérale (voir infra n°s 246 et ss).

Dans l'AU DCG, on aboutit en suivant la lettre des articles 254 et 259, à un délai supplémentaire obligatoire. Ce qui a pour conséquence de modifier la portée des dispositions

des articles 251 et 257 qui n'ont envisagé le délai supplémentaire que comme une éventualité. Dans tous les cas, il faut avoir à l'esprit que le législateur n'a entendu autoriser la résolution que comme une solution ultime. De la sorte, un simple retard dans la livraison ou dans la prise de livraison ne saurait, en tout état de cause, constituer une cause de résolution.

B – La mise en œuvre de la résolution

246. La résolution du contrat de vente est judiciaire comme l'affirme d'ailleurs les articles 254 al 1^{er} et 259 AU DCG. On aurait pu en douter. Les articles 254 al 2 et 272 indiquent que l'acheteur "perd le droit de considérer le contrat résolu". Il y a là une idée de résolution unilatérale telle que prévue par la convention de Vienne.

247. Cependant, la nouveauté de cette forme de résolution dans le droit de la plupart des Etats parties aurait nécessité que le principe en soit posé de façon explicite ; ce que ne fait pas le législateur. Par ailleurs, le texte de l'article 254 AU DCG contient à la fois le principe de la résolution judiciaire et la référence à la résolution unilatérale. La contradiction est flagrante. Il faut admettre qu'il s'agit en réalité d'une simple maladresse de rédaction provoquée par une hésitation de la part du législateur entre résolution judiciaire et résolution unilatérale. Qui plus est, il est difficile d'admettre d'une part que la résolution puisse être unilatérale exclusivement pour l'acheteur et d'autre part que la suspension du contrat et la résolution anticipée soient judiciaires alors que la résolution serait unilatérale.

248. La partie désireuse d'exercer une action en résolution doit donc saisir la juridiction compétente. Le délai pour agir est celui de l'article 274 AU DCG. Lorsque l'action résulte d'un manquement au contrat, elle doit être exercée à compter de la date à laquelle ce manquement s'est produit (article 275 al 1^{er} AU DCG). Si l'action est fondée sur un défaut de conformité, la prescription de l'action court à partir de la date à laquelle le défaut a été découvert par l'acheteur. Lorsque les parties ont prévu une garantie contractuelle, le point de départ du délai de prescription est prolongé jusqu'à la date d'expiration de cette garantie.

Il reste que la coexistence entre le délai raisonnable figurant dans l'article 254 al 2 et celui de l'article 274 est difficile à comprendre et *a fortiori* à mettre en œuvre.

3 – Les effets de la résolution

249. La résolution produit plusieurs effets : l'anéantissement du contrat, la suivie de certaines clauses et la restitution de ce qui a été fourni ou payé.

250. *L'anéantissement du contrat* : Aux termes de l'article 269 AU DCG, la résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations. Aucune partie ne peut plus exiger de l'autre l'exécution d'une quelconque obligation. C'est là un effet traditionnellement reconnu à la résolution. Ce principe connaît deux tempéraments :

Le 1^{er} tempérament résulte de l'article 255 AU DCG aux termes duquel si le vendeur ne livre qu'une partie des marchandises ou si une partie seulement des marchandises livrées est conforme au contrat, les dispositions des articles 251 à 254 (relatifs au délai supplémentaire et à la résolution) s'appliquent en ce qui concerne la partie manquante ou non conforme. Le législateur admet ainsi la résolution partielle en cas de non-conformité partielle et de livraison déficitaire.

Le second tempérament concerne les contrats à exécution successive et les contrats à exécution échelonnée. Dans ces contrats, la résolution est partielle chaque fois que les prestations sont divisibles (voir en ce sens, article 247 AU DCG).

251. *Survie de certaines clauses* : Bien souvent, les parties font figurer elles-mêmes dans le contrat de vente des clauses destinées à régler les différends pouvant naître à la cessation du contrat. Il peut s'agir d'une clause d'expertise contenant l'accord des parties de recourir à un expert chargé de les éclairer sur l'état exact de leur différend. Il peut s'agir également d'une clause compromissoire prescrivant le recours à un arbitre. L'article 269 AU DCG précise que la résolution n'a pas d'effet sur ces stipulations. Celles-ci sont en effet considérées comme autonomes et échappent ainsi à la résolution.

252. *La restitution de ce qui a été fourni* : De manière générale, la finalité de toute résolution, c'est le retour au *statu quo ante*. Il faut remettre le patrimoine des parties dans l'état dans lequel il serait si l'acte anéanti n'avait jamais existé. Les dispositions de l'article 270 AU DCG consacrent le droit à restitution portant sur ce que l'une des parties "a fourni ou payé en exécution du contrat". Le vendeur doit restituer le prix payé et l'acheteur les marchandises dans l'état où il les a reçus et en plus des marchandises ? l'équivalent de tout profit qu'il en a tiré.

Il peut très bien arriver que l'acheteur soit dans l'impossibilité de restituer les marchandises dans cet état. Il lui sera alors impossible de demander la résolution du contrat dans cette situation sauf si l'impossibilité est indépendante de sa volonté.

Le vendeur, de son côté, doit restituer non seulement le prix mais également les intérêts sur le montant reçu à compter du jour de paiement.

B- Section 5 – Les effets de la vente

253. Les effets de la vente peuvent être présentés de deux manières. La première plus large regroupe l'effet caractéristique c'est-à-dire le transfert de propriété et le transfert des risques qui y est associé mais également les obligations mises à la charge de chacune des parties : on parle d'effets réels et d'effets personnels. La seconde se limite au transfert de propriété et au transfert des risques ; c'est celle retenue par le législateur de l'OHADA.

Paragraphe I – Le transfert de propriété

254. Aux termes de l'article 283 AU DCG « sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison ». Une telle disposition remet en cause le principe de transfert immédiat ou *solo consensu* tel qu'il résulte de l'article 1583 du code civil et pose le principe du transfert de propriété à la prise de livraison. Les parties ont néanmoins la possibilité de différer le moment du transfert de propriété.

A – Le transfert de propriété à la prise de livraison

255. Dans le droit issu du code civil, le transfert de propriété s'opère dès la rencontre de volonté des parties sur la chose et le prix, par le seul consentement de celles-ci d'où l'expression *solo consensu*. Les inconvénients nés de l'application de ce principe sont connus et tiennent notamment à la mise en œuvre de la règle *res perit domino* c'est-à-dire que si la chose périt fortuitement dans l'intervalle entre la conclusion du contrat et la livraison, l'acheteur reste tenu de payer le prix bien qu'il ne puisse pas réclamer la chose. L'acheteur

étant devenu propriétaire supporte les risques en tant que propriétaire (voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 6^{ème} éd, précis Dalloz 1996, n° 643, PP 529 et 530 ; voir également A. FENEON, J-R GOMEZ, Droit commercial général, commentaires éd EDICEF, 1999 P. 152).

Le législateur a, sans doute, voulu remédier à ces inconvénients en dissociant le moment de la conclusion du contrat et celui du transfert de propriété. Désormais, le transfert de propriété a lieu au moment de la prise de livraison par l'acheteur.

Lorsque l'acheteur prend livraison des marchandises vendues au moment de la mise à disposition de ces marchandises par le vendeur, il n'y a aucun problème. Il en va de même lorsque l'acheteur procède au retraitement des marchandises transportées dans le cadre d'une vente impliquant un transport.

256. Cependant, dans l'organisation du transport, certaines situations peuvent susciter des difficultés. A quel moment a lieu le transfert de propriété ? Est-ce au moment où la marchandise a été remise au transporteur pour son acheminement à l'acheteur ? En considérant que le transfert de propriété a lieu à ce moment, deux observations s'imposent : D'abord, l'acheteur devient propriétaire de marchandises dont il n'a pas la possession matérielle contrairement au principe de transfert de propriété au moment de la prise de livraison. Ensuite, la notion de retraitement peut difficilement englober la remise au transporteur.

En l'absence de solution légale explicite, les parties gagneraient à fixer expressément le moment de transfert de propriété.

257. A quel moment intervient le transfert de propriété lorsque le vendeur met les marchandises à la disposition de l'acheteur ? On peut très bien considérer que tant que la prise de livraison n'a pas lieu, il n'y a pas transfert de propriété. On peut aussi considérer que le transfert de propriété n'interviendra qu'à compter de la mise en demeure. On peut enfin admettre que l'obligation de livraison du vendeur consiste simplement à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur et puisque cette obligation est remplie, il y a transfert de propriété.

L'article 241 AU DCG oblige le vendeur à conserver les marchandises dans des conditions appropriées en cas de retard dans la prise de livraison. Il en résulte qu'à ce moment, il n'agit plus en propriétaire. Il faudra alors considérer que le transfert de propriété a bien eu lieu au moment de la mise à disposition.

2 – La possibilité de différer le transfert de propriété

258. L'article 283 AU DCG ayant prévu la possibilité de différer le transfert de propriété, celle-ci se fait principalement par la clause de réserve de propriété.

La clause de réserve de propriété est définie comme étant celle par laquelle les parties stipulent que le transfert de propriété de la chose déjà livrée ne se produira qu'au moment où le prix sera intégralement payé. Le vendeur impayé conserve, pendant ce temps, le droit de propriété des marchandises dans son patrimoine.

Considérée comme dérogatoire au principe général posé par l'article 283 AU DCG, l'admission de la clause de réserve de propriété est soumise à sa connaissance par l'acheteur au plus tard au jour de la livraison. Son opposabilité ne sera acquise qu'après inscription au RCCM.

259. De manière générale, il existe d'autres clauses ayant pour objet de différer le transfert de propriété. Il s'agit notamment de la vente à l'essai dans laquelle le transfert de propriété ne se réalise qu'après une expérimentation suffisante de la chose, vente en l'état future d'achèvement dans laquelle le transfert de propriété se réalise au fur et à mesure de l'exécution des travaux.

Paragraphe II - Le transfert des risques

260. L'une des conséquences du transfert de propriété est le transfert de risques et selon l'article 285 al 1^{er} AU DCG « le transfert de propriété entraîne le transfert des risques ». Cela signifie qu'en principe, le transfert des risques a lieu au moment de la prise de livraison. De la sorte, l'acheteur supporte la perte ou la détérioration des marchandises survenue après la prise de livraison. Il demeure dès lors tenu de payer le prix.

261. Ce principe connaît quelques tempéraments :

- dans le cas particulier du contrat de vente impliquant un transport, le transfert des risques résulte de la remise au premier transporteur même si le vendeur est autorisé à conserver les documents représentatifs des marchandises.
- si les marchandises sont vendues en cours de transport, le transfert des risques n'a plus lieu au moment du transfert de propriété mais au moment de la conclusion du contrat. Cela n'empêchera pas l'acheteur de se prévaloir d'un manquement essentiel ou d'un défaut de conformité si le vendeur avait connaissance de la perte ou de la détérioration des marchandises et n'en a pas informé l'acheteur.
- dans la vente portant sur des marchandises non encore individualisées, le transfert des risques n'intervient qu'après leur identification.