

Repenser Les Acteurs De La Vente Commerciale Ohada

MOHAMADOU AHMADOU

Doctorant, Université de Ngaoundéré – Cameroun

1. « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »¹. C'est ce qui explique le fait que la formule actuelle des acteurs de la vente commerciale soit obsolète. Dans la dynamique des grandes mutations du monde des affaires, celle provoquée par la réforme de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général intervenue à Lomé le 15 décembre 2010 est porteuse d'importants enseignements. Pourtant, à la vérité, l'ampleur des aménagements et amendements enregistrés pourrait paradoxalement en susciter d'autres, tant on a le sentiment que le législateur aurait bien pu faire preuve d'un peu plus de hardiesse sur certains points du droit de la vente en l'occurrence. Ce goût d'inachevé justifie du reste notre aventure scientifique, surtout confortée par l'observation du Professeur J.L. BERGEL, qui face aux innovations constantes de la pratique doublées de la complexité galopante des échanges commerciaux, constate que « le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent (.) pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer. On ne peut alors se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à des nouveaux besoins. Il faut donc tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir. »². Cet exercice d'anticipation emprunte alors à l'exégète l'interprétation intertextuelle de la loi et au constructivisme l'approche prospective pour provoquer la conceptualisation des moules aptes à contenir ce que l'on peut qualifier de « la nouvelle commercialité » adoptée ainsi par le législateur communautaire.

2. A cet égard en effet, la reconsidération des conceptions classiques de la commercialité côtoie habilement la réactualisation de la cartographie des acteurs de la vente commerciale OHADA. Elle s'opère tout d'abord par un double mouvement de déconstruction de la structure actuelle et de

reconstruction d'un critérium pratique adapté à l'atmosphère modernisée des affaires.

Depuis quasiment un siècle, un mouvement accéléré de « mercantilisation »³ des rapports sociaux, phénomène accru par la globalisation de l'économie, a finalement déplacé le centre de gravité des règles se rapportant aux affaires. C'est ainsi que, des techniques à l'origine purement commerciales se sont largement répandues auprès d'un public non commerçant. Ceci, tant en raison du développement de l'activité économique que de l'édification d'un marché, dont l'intensification aura entraîné l'émergence de nouveaux acteurs économiques à l'instar de l'entrepreneur.

3. « Afin d'éviter tout malentendu, le sens dans lequel nous appréhendons les termes importants du thème mérite d'être précisé »⁴. La vente commerciale s'avère être la notion clé qui peut constituer un obstacle à la compréhension de notre sujet. Il faut étonnamment souligner que le législateur OHADA n'a pas cru devoir ou du moins, pas clairement défini cette importante expression. Pour le Vocabulaire juridique CORNU, « c'est un contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle-ci à une autre, l'acheteur ou acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix »⁵. C'est aussi un contrat organisant le transfert de la propriété d'un bien du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur, obligeant le premier à délivrer le bien vendu et le second à payer le prix convenu⁶. Ainsi, l'opération de la vente commerciale est principalement animée par un acteur⁷ exclusif appelé

³ MENJUCQ (M.), « Mémentos, Droit des Affaires : le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux », Paris, Gualino éditeur, 2001, p.15

⁴ POUGOUE (P.-G.) et FOKO (A.), *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2005, p. 11.

⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF.

⁶ CABRILLAC (R.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lites, 1ère éd. 2002. V. aussi BITSAMANA (H.-A.), *Dictionnaire de droit OHADA*, L'harmattan, 2015, 3^e Ed. ohadata-05-33, en ligne sur <http://www.lgdj.fr/dictionnaire-ohada-9782343076560.html>, (consulté le 20/06/2021), quant à lui définit la vente comme un « contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère un droit à une autre, l'acheteur moyennant un prix ».

⁷ Personne qui prend une part déterminante dans une action.

¹ PORTALIS (J.E.M.), Discours préliminaire sur le code civil, p.6.

² Cité par DIFFO TCHUNKAM (J.), « Du droit commercial général au droit économique : l'esprit de la réforme de l'acte uniforme relatif au droit commerciale général opérée le 15 décembre 2010 » in MESTRE (J.), *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, Collection Horizons Juridiques Africaines, PUAM, Vol.VI, 2013, p 169.

commerçant⁸, par opposition aux contrats de consommation qui mettent en jeu un professionnel⁹ et un consommateur¹⁰, réputé vulnérable.

4. Pour la clarté de l'analyse, l'on s'attachera à déterminer le champ d'application personnel de la matière étudiée. Dans cette logique, la question à examiner est celle relative à la reformulation des acteurs du contrat de vente commerciale. Aux termes de l'article 234 de l'Acte uniforme « les dispositions du présent livre s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants personnes physiques ou personnes morales. ». Ce faisant, le premier article du livre huit détermine de façon expresse les personnes visées par l'Acte uniforme (I). Par ailleurs, ladite disposition exclut d'autres personnes de son champ d'application, pourtant certains méritent bien d'être restaurer (II).

I- LES ACTEURS HABILITES A CONCLURE UN CONTRAT DE VENTE COMMERCIALE OHADA

5. Il est clair qu'en l'état actuel du droit commercial, un contrat de vente OHADA suppose nécessairement que les parties aient la qualité de commerçant. Tant l'acheteur que le vendeur doivent

donc être des commerçants¹¹ au sens de la loi¹². Le commerçant est perçu comme « celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession »¹³. C'est aussi celui qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle¹⁴. Il peut s'agir d'une personne physique (A) ou d'une personne morale¹⁵(B). Il y a là visiblement une limitation de l'application des dispositions de ce texte à cette catégorie particulière de professionnel qu'est le commerçant, liée essentiellement à un souci d'homogénéité des règles commerciales. Mais aussi, peut-être parce que les commerçants ont toujours été considérés comme des acteurs avisés n'ayant pas besoin d'une protection spéciale. Lorsqu'ils traitent entre eux, ils ont des pratiques et des usages qui leur sont propres¹⁶.

A- Le commerçant personne physique

6. Il faut d'entrée de jeu procéder à une précision conceptuelle (1) avant de marquer un arrêt sur le cas de l'intermédiaire de commerce (2). Il est en outre, permis de souligner, sans épiloguer sur la question, que le locataire-gérant¹⁷, de par son statut commercial, peut également être une personne physique ; et c'est d'ailleurs ce qu'on retrouve bien souvent en pratique.

1- Précision conceptuelle

A la lecture de l'article fondateur du statut du commerçant, l'on retient deux critères principaux :

⁸ Le mot commerçant peut prêter à équivoque parce que recouvrant deux catégories de personnes : le commerçant personne physique et morale. Le premier est « un individu en chair et en os » POUGOUE (P.-G.) et FOKO (A.), Op.cit., p.13. « Il a une âme et connaît des sentiments affectifs » RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), « Traité de droit commercial, actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales », par Philippe DELEBECQUE et Michelle GERMAIN, Paris, LGDJ, T.1, 17^e éd. 1998, p.888. V. également l'Art. 2 AUDCG « Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». V. en fin l'art. L121-1 du code de commerce français « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Pour le second, les rédacteurs des textes OHADA ne se sont pas beaucoup éloignés de la définition connue en droit civil. La société commerciale est une structure « créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter ». Art. 4 AUDSCGIE ;

⁹ C'est « la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service », CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), « Droit de la consommation », Paris, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 4.

¹⁰ C'est « une personne physique qui se procure ou utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel », CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), ibid. p.08 ; V. aussi GHESTIN (J.), La formation du contrat, LGDJ, 1993, n°77 : « la personne qui, des besoins personnels, non professionnels devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services ».

¹¹ ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation des dispositions sur la vente commerciale », www.ohada.com, D-06-16.

¹² Art. 234 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

¹³ Art. 2 AUDCG ;

¹⁴ Il s'agit là de la définition consacrée par le code de commerce français en son article L121-1, laquelle l'esprit colonisateur occidental semble avoir fait d'elle, la seule à avoir une réelle valeur. C'est qui est bien évidemment discutable, sauf à regretter le fait que la conception certes voisine de l'AUDCG, en soit simplement une émanation.

¹⁵ Tout commerçant demeure soumis aux lois non contraires à cet Acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe son établissement ou siège social. Il faut souligner que ces personnes physiques ou morales doivent mettre la condition d'exercice de leur activité en harmonie avec la nouvelle législation dans un délai de 2 ans à compter de la publication de l'Acte uniforme au JO. Passé ce délai, tout intéressé pourra saisir la juridiction compétente afin que soit ordonnée cette régularisation, si nécessaire sous astreinte.

¹⁶ Comment expliquer que le législateur s'investit à protéger acharnement l'acheteur commerçant ? A notre sens, cette protection est inefficace parce que mal ciblée et finalement inappropriée.

¹⁷ Art. 139 AUDCG « Le locataire-gérant a la qualité de commerçant, et est soumis à toutes les obligations qui en découlent. Il doit se conformer aux dispositions réglementant l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

l'acte de commerce par nature et l'intention professionnelle.

7. En ce qui concerne l'accomplissement d'actes de commerce par nature¹⁸, le commerçant est avant tout celui qui accomplit des actes de commerce purs. C'est celui qui achète pour revendre, celui qui réalise des opérations bancaires, etc. La notion de commerçant même est un produit dérivé de l'acte de commerce. Cette notion induit deux choses, l'application de règles particulières à l'acte considéré d'une part, et la qualification de celui qui les exerce, qualification qui le soumet à un statut particulier d'autre part. L'exemple type du commerçant est par exemple celui qui achète des marchandises auprès d'un grossiste pour les revendre à des particuliers dans sa boutique. Il importe que les actes considérés, soient des actes de commerce par nature. L'exercice d'actes de commerce par la forme, ne saurait nécessairement impliquer la qualité de commerçant de l'auteur de cet acte.

8. Qu'est-ce qu'un acte de commerce par nature ? C'est simplement un acte commercial en raison de son objet. L'article 3 de l'AUDCG entend le définir comme « celui (acte) par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire »¹⁹. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; les opérations de location de meubles ; les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ; les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ; les actes effectués par les sociétés commerciales.

9. Il faut cependant que les actes de commerce considérés soient réalisés par leur auteur en son nom et à titre indépendant. Cette indépendance est d'origine jurisprudentielle²⁰. Pour être commerçant stricto sensu, il faut agir pour son propre compte, à ses risques et périls et en toute indépendance ;

¹⁸ C'est à ce niveau d'ailleurs que la définition retenue par le droit OHADA présente toute son originalité et s'écarte un peu de la conception classique du droit français.

¹⁹ L'article L110-1 du Code de commerce en fournit une liste pour le commerce par voie terrestre, l'article L110-2 en fournit une liste pour le commerce par voie maritime.

²⁰ Arrêt du 15/10/1991 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, « *seul mérite la qualité de commerçant, celui qui court le risque du commerce* ».

autrement dit, le commerçant doit supporter les chances de pertes aussi bien que les chances de gains. Les personnes qui ne jouissent pas d'une indépendance suffisante alors même qu'elles participent à une activité commerciale, ne sont pas des commerçants au sens du droit en vigueur. Il faut alors penser au mandataire réalisant des actes de commerce au nom et pour le compte d'un mandant. Ici, c'est le mandant qui revêt cette qualité et non le mandataire. Les agents commerciaux n'ont pas la qualité de commerçants lorsqu'ils sont seulement liés par un contrat de mandat avec une ou plusieurs structures qu'ils représentent, sauf s'ils font des opérations pour leur propre compte ou s'ils exercent une activité de courtier auprès d'une clientèle²¹.

10. Pour revêtir la qualité de commerçant, seule importe la nature des actes réalisés par l'intéressé. Cela implique l'indifférence de l'inscription au RCCM. Cette inscription néanmoins très importante, n'induit qu'une présomption simple, susceptible d'être battue et évincée par une preuve contraire. L'accomplissement d'actes de commerce par nature est un élément physique fondamental dans la qualification d'un commerçant ; seulement, l'élément moral qu'est l'intention professionnelle n'en est pas moins indispensable.

11. Pour ce qui est de l'intention professionnelle, un acteur économique, pour se faire reconnaître le statut de commerçant, doit faire du commerce sa profession, il doit vivre de cela. Une activité qui présente une continuité suffisante pour permettre d'en retirer les moyens ou une partie, nécessaire à son existence. Cette activité professionnelle n'a pas besoin d'être exclusive. C'est dire qu'une personne peut exercer deux professions distinctes dont l'une seulement est commerciale. Cette profession doit être habituelle, c'est à dire, s'inscrire dans la durée, dans le temps. L'habitude implique la répétition des actes et des opérations. Cette habitude se fonde dans la notion d'activité. Il se peut qu'un individu non commerçant réalise de façon régulière des actes semblant présenter les traits d'actes de commerce sans pour autant qu'on lui reconnaisse la qualité de commerçant. Dans ce cas, on dira que ces actes sont accessoires à une activité principale non commerciale. On remarque que la qualification d'actes de commerce implique la notion obligatoire de répétition ; la répétition d'une activité ou des actes qui s'étalent dans le temps. Cette dernière précision est nul doute, de nature à susciter un sentiment de syncrétisme entre un commerçant et un intermédiaire de commerce.

2- Les intermédiaires de commerce personne physique

12. Le commerçant étant amené à conclure une panoplie de contrats avec un nombre important de

²¹ Arrêt du 26/02/2008, Chambre commerciale de la Cour de cassation (refus du statut de commerçant à l'agent commercial).

clients, il est fréquent qu'il recoure aux services d'un intermédiaire de commerce dont le rôle est de faciliter la réalisation de ses opérations. Ce dernier peut être défini comme « une personne physique²² qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial »²³. C'est donc un professionnel qui a reçu le pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne²⁴. Il exerce dès lors son activité professionnelle en vertu d'un mandat²⁵. Le mandat de l'intermédiaire est un acte consensuel²⁶, qui n'est soumis à aucune condition de forme et peut être écrit ou verbal.

13. En outre, l'intermédiaire a la qualité de commerçant puisque l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage et l'agence constituent des actes de commerce²⁷. Ces actes doivent, bien entendu, être accomplis professionnellement pour que la personne puisse être considérée comme intermédiaire de commerce, ce qui implique une activité déployée de manière continue²⁸, régulière et indépendante²⁹. Les intermédiaires de commerce étant reconnus commerçants, ils sont soumis aux règles régissant le statut du commerçant (capacité à exercer le commerce³⁰, incompatibilités³¹, obligations comptables³², liberté de la preuve³³, prescription³⁴, etc.)³⁵.

14. En principe, l'activité de l'intermédiaire de commerce consiste en la conclusion de contrats mais aussi en l'accomplissement de tout acte en vue de la conclusion ou de l'exécution de ces contrats³⁶. L'intermédiaire de commerce peut donc intervenir à trois niveaux : avant la conclusion du contrat, à la conclusion du contrat et après la conclusion du contrat. A ce titre, il accomplit tout acte de nature à aboutir à l'échange des consentements. Il peut, par exemple, aider son cocontractant à déterminer ses besoins ainsi que le contenu du contrat à conclure. Il peut également rechercher des partenaires potentiels et leur fournir des informations quant aux caractéristiques du futur contrat³⁷. En outre, l'intermédiaire³⁸ peut parfois être amené à conclure le contrat au nom et pour le compte de son mandant. Enfin, l'intermédiaire doit participer à l'exécution du contrat qu'il a aidé à conclure. A cet effet, il peut être amené à accomplir des actes juridiques et matériels permettant la réalisation de l'acte contractuel³⁹.

15. L'article 173 de l'AUDCG énumère les activités exclues du champ d'application des dispositions relatives aux intermédiaires de commerce⁴⁰. Il s'agit de la représentation dans les relations familiales, de la représentation dans les ventes aux enchères ou dans les ventes publiques ainsi que de la représentation résultant d'une habilitation légale ou judiciaire à agir pour des personnes qui n'en ont pas la capacité juridique⁴¹.

16. En ce qui concerne les pouvoirs de l'intermédiaire de commerce, ceux-ci sont déterminés par les usages dont celui-là avait ou devait avoir

²² Notons toutefois qu'un intermédiaire de commerce peut aussi être une personne morale, dont le rôle dans la réalisation des opérations commerciales reste le même.

²³ Art. 169 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

²⁴ Voir FIENI P., « Droit commercial général dans l'espace OHADA : étude comparative de l'ancien et du nouvel Acte uniforme », *Actualités Juridiques*, Edition économique n° 3 / 2012, p. 22.

²⁵ PEDRO SANTOS (A.) et YADO TOE (J.), OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 239, Article 175 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

²⁶ COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 4ème éd., Dalloz, 1998, p. 478.

²⁷ Art. 170 AUDCG.

²⁸ Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), Arrêt du 29 mars 2007, Arrêt n° 012/2007, Affaire : Monsieur EL AB RAFIC contre EDGO TRADING TCHAD SARL, *Recueil de Jurisprudence* n° 9 - Janvier/Juin 2007, p. 32.

²⁹ RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951, p. 124.

³⁰ Art 06-11 AUDCG

³¹ Art 8 et 9 AUDCG

³² Art 13-15 AUDCG

³³ Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt du 21 décembre 2007, Arrêt n° 160, Affaire : Union des Assurances du

Burkina (UAB) c/ BASSONO Grégoire, www.ohada.com, J-09-50.

³⁴ Art 16-29 AUDCG

³⁵ DIFFO TCHUNKAM (J.), « Une hybridation juridique de la qualification du courtier issue de l'OHADA : Intermédiaire de commerce et commerçant. », *Revue Penant* n° 877 - Octobre / Décembre 2011, page 478.

³⁶ Art. 171 de l'AUDCG.

³⁷ BOYER (L.), *Contrats et conventions*, Encyclopédie Dalloz, 1993, n°173.

³⁸ L'on trouve très souvent d'intermédiaires dans les sociétés. On les appelle mandataire social, c'est-à-dire un dirigeant de société (cela recouvre les administrateurs et PDG de sociétés anonymes, les gérants des SARL). Ils réalisent au nom et pour le compte de la société des actes de commerce, autrement dit ce ne sont pas des commerçants, car ils n'exercent pas d'actes de commerce en leurs noms. Les salariés n'en sont tout de même commerçants lorsqu'ils interviennent sous la subordination de leurs employeurs pour le compte de celui-ci. Dans ce cas, l'employeur qui bénéficie de la qualité de commerçant. L'exemple des représentants de commerce, ils sont salariés, liés par un contrat de travail, mais ne sont pas commerçants à l'instar de leurs employeurs.

³⁹ Ibidem, n°362.

⁴⁰ ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation des dispositions sur le droit commercial général », www.ohada.com, D-06-06.

⁴¹ Art. 173 de l'AUDCG.

connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée, sauf si les parties au contrat ont expressément écarté l'application de ces usages⁴². L'existence de relations d'affaires suivies entre l'intermédiaire et le mandant permet également de déterminer le contenu des pouvoirs dont bénéficie l'intermédiaire de commerce⁴³; lequel est à la fois un « mandataire professionnel commerçant »⁴⁴.

17. Bien plus, lorsque le contrat de mandat détermine de manière précise les pouvoirs de l'intermédiaire, celui-ci ne peut s'en écarter et accomplir d'autres actes que ceux qui ont été autorisés par le mandant. L'AUDCG prévoit toutefois, deux hypothèses permettant à l'intermédiaire de s'écarter des instructions reçues. Il s'agit, d'une part, lorsque les circonstances ne lui ont pas permis de rechercher l'autorisation du mandant, c'est-à-dire qu'il y a urgence ou force majeure, et d'autre part, lorsqu'il y a lieu d'admettre que le mandant aurait autorisé cet acte s'il avait été informé de la situation.

18. Précisons également qu'à côté des règles relatives au pouvoir de l'intermédiaire de commerce, l'AUDCG régit l'activité de l'intermédiaire dans ses relations avec son mandant et les tiers, et détermine également les règles particulières applicables à chaque catégorie d'intermédiaires que sont le commissionnaire⁴⁵, le courtier⁴⁶ et l'agent commercial⁴⁷. La loi autorise aussi à cette catégorie

de professionnel de se constituer en un groupe, telle une société commerciale.

B- Le commerçant personne morale : les sociétés commerciales⁴⁸

19. Une personne morale est un groupement de personnes physiques poursuivant un objectif commun, ce groupement est doté d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de chacun des membres qui la compose. Cette personne morale est titulaire de droits et d'obligations aux mêmes titres qu'une personne physique⁴⁹. La personne morale, dont la société commerciale⁵⁰ en est une traduction pratique ou une illustration parfaite, n'a pas bénéficié d'une claire définition, exploitable dans le cadre de cette réflexion⁵¹.

Deux considérations permettent d'attribuer la qualité de commerçant à une personne morale. Celle-ci pourra être commerçante en raison seulement de sa forme (1) dès lors qu'il s'agira d'une société commerciale ou bien en fonction de son activité (2), lorsqu'elle réalise des actes de commerce à titre de profession habituelle⁵².

1- Société commerciale : un commerçant en regard de sa forme

20. Toutes les sociétés commerciales sont des commerçants, en considération de leurs seules formes sociales. Leur qualification commerciale est rendue très simple et certaine. En droit comparé, notamment français (qui a en partie inspiré le législateur OHADA), l'article L210-1 alinéa 2 du code de commerce dispose que « sont commerciales à raison de leurs formes et quel que soient à leurs objets les sociétés en nom collectifs (SNC), les sociétés en commandite simples (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés par action (SA, SAS) ». Les groupements autres que ceux visés par l'article précédent, n'ont pas vocation à relever de manière automatique, de la sphère

⁴² PEDRO (A.) SANTOS et YADO TOE Jean, OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 248.

⁴³ TRAORE (B.), « Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de L'OHADA portant droit commercial général », *Actualités juridiques*, n° 35/2003, p.7.

⁴⁴ Lire PEDRO (A.) SANTOS et YADO TOE Jean Op. cit. p.239 et sv

⁴⁵ C'est un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son propre nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat. Art 192 AUDCG; Le commissionnaire est tenu d'exécuter, conformément aux directives du commettant, les opérations faisant l'objet du contrat de commission, Art 193.

⁴⁶ C'est un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes. Le courtier doit demeurer indépendant des parties. Il doit limiter ses activités à la mise en relation des personnes qui désirent contracter, et à l'organisation des démarches propres à faciliter l'accord entre elles. Il ne peut intervenir personnellement dans une convention sans l'accord des parties, Art 208.

⁴⁷ C'est un mandataire professionnel 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, Art 216.

⁴⁸ Il en est ainsi parce que les sociétés coopératives et les associations ne revêtent pas la qualité commerciale indispensable à une qualification. Lire l'AU portant droit des sociétés coopératives et la Loi de 1990 portant régime des associations au Cameroun.

⁴⁹ Lexique des termes juridiques, Op. cit., p.534.

⁵⁰ Art 4 AUDSCGIE « la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme ».

⁵¹ Car, le législateur s'est contenté d'employer l'expression personne morale, sans aucune précision relative à sa charge sémantique exacte.

⁵² Lire les dispositions combinées de l'AUDCG et de l'AUDSCIE.

commerciale, ce qui ne signifie pas qu'ils ne peuvent en avoir cette qualité. L'examen de leurs activités dictera le caractère civil ou commercial du groupement. On peut dire qu'aujourd'hui, le législateur tend à rapprocher les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Il demeure important de connaître le caractère civil ou commercial d'une société car, de nombreuses conséquences en découlent.

21. L'origine des règles du Code de commerce, source d'inspiration de l'AUDCG, s'explique par l'histoire. En effet, au XIXème siècle, seuls les commerçants pouvaient faire l'objet d'une procédure de faillite⁵³. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas puisque cette procédure a été étendue à tous les professionnels. Cette règle avait pu conduire à un scandale financier, à cause de celle-ci⁵⁴. Suite à cela, le législateur a revu sa position, rendant ce type de sociétés, commerciales par leurs seules formes sans considérer leurs objets. On considère que cette solution n'est pas idéale car, elle crée un régime bancal et complexe tant est que le caractère commercial d'une société est considéré tantôt par sa forme, tantôt par son objet. Le régime des sociétés commerciales par la forme mais dont l'objet est civil, demeure incertain. Cette stipulation peut entraîner une triple conséquence :

- La commercialité formelle des sociétés commerciales conduit à la soumission des groupements considérés au statut de commerçant ;
- Cette commercialité formelle implique que les actes conclus par des sociétés commerciales soient des actes de commerce soumis au régime particulier que cette qualification leur confère⁵⁵ ;
- Les actes relatifs à la création de ces sociétés, à leur fonctionnement et à leur dissolution sont considérés comme des actes de commerce même si les personnes physiques qui y participent ne sont pas commerçantes, à la même manière que leurs activités.

2- Société commerciale : un commerçant en regard de son activité

22. La commercialité par l'activité suppose l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes de commerce. L'acte uniforme n'a pas suffisamment défini cette notion dans sa globalité, mais s'est contenté d'énumérer de manière sans doute non exhaustive certains actes⁵⁶ qu'il faille loger dans la

catégorie d'actes de commerce. D'ailleurs, le législateur a clairement relevé que « les actes effectués par les sociétés commerciales » sont des actes de commerce par nature. Il s'agit justement, en ce qui concerne les sociétés commerciales de⁵⁷ :

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ;
- Des opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ;
- Des contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ;
- Des opérations de location de meubles ;
- Des opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ;
- Des opérations des intermédiaires de commerce⁵⁸, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière.

De telles activités exercées régulièrement dans le temps confèrent à son auteur la qualité commerciale et dont, le statut de commerçant⁵⁹. Cela requiert moins de gymnastique que la qualification du consommateur ou de l'entrepreneur, exclues du périmètre de la vente commerciale OHADA.

II- LES ACTEURS EXCLUS ET CEUX A INVITER DANS LE CHAMP CONTRACTUEL DE LA VENTE COMMERCIALE OHADA

Certains acteurs sont expressément ou non évincés de la conclusion d'un contrat de vente commerciale (A), d'autres en revanche méritent à notre analyse, d'être restaurés (B).

A- Les acteurs exclus du champ contractuel de la vente commerciale OHADA

Les acteurs exclus du privilège de conclure un contrat de vente OHADA sont entre autres le consommateur (1) et l'entrepreneur non commerçant (2).

1- Le consommateur

⁵⁷ Art L121-1 du code de commerce français qui s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

⁵⁸ La différence entre les agents commerciaux et les représentants de commerce est que les agents commerciaux ne sont pas liés à l'entreprise par un contrat de travail mais par un contrat de mandat. Cela explique que les associés d'une société commerciale ne sont pas commerçants car ils ne réalisent pas eux-mêmes des actes de commerce à titre de profession habituelle, seule la société à laquelle ils sont affiliés à cette qualité.

⁵⁹ A ce propos, lire MODI KOKO BEBEY, « le statut juridique du commerçant », formation des formateurs aux actes uniformes révisés, ERSUMA, juillet 2011, pp 1-6.

⁵³ Ce que le droit OHADA appelle procédure collective d'apurement du passif

⁵⁴ Par exemple, la compagnie universelle du canal interocéanique de Panama qui avait énormément de difficultés financières. Comme elle n'était pas considérée comme une société commerciale, il a fallu la dissoudre sans que l'on ait pu mettre en place une procédure de faillite. Cela a entraîné la ruine de centaines de milliers d'investisseurs.

⁵⁵ Cela nous rappelle la fameuse théorie de la commercialité par accessoire.

⁵⁶ Art 3 AUDCG in fine

23. La qualité de consommateur⁶⁰, en tant que non professionnel qui trouve sa définition dans l'ancien droit⁶¹, échappe aux dispositions du livre VIII régissant la vente commerciale. D'ailleurs, le législateur communautaire de 2010 a systématiquement évité d'employer ce concept, probablement justifié par un souci d'originalité. Ainsi, pour parler de cet acteur clé de l'économie, il a utilisé la formule suivante : « les dispositions du présent Livre ne régissent pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique »⁶². Selon la loi cadre, le consommateur est « toute personne qui utilise des produits pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge et non pour les revendre, transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession, ou toute personne qui bénéficie des prestations de service »⁶³. Au sens du lexique des termes juridiques, « c'est une personne qui conclut avec un professionnel un contrat lui conférant la propriété ou la jouissance d'un bien ou d'un service destiné à un usage professionnel ou familial »⁶⁴.

24. L'introduction de cette notion en droit a posé quelques soucis définitionnels car, faut-il l'affirmer, au départ le concept de consommateur était plus économique que juridique. Il définissait l'acte se situant au dernier stade de l'activité économique⁶⁵. En ce sens, l'acte de consommation correspond à l'utilisation d'un service ou d'un bien⁶⁶. Après s'être prononcée dans un sens restrictif⁶⁷, la jurisprudence française a adopté ensuite, une conception large de la notion de consommation⁶⁸. L'achat d'un bien quelconque par une personne déterminée que ce soit pour ses besoins propres ou pour ceux de son activité professionnelle dans un domaine qui ne relève pas de sa compétence bénéficie de la protection du législateur qui assimile cette personne au consommateur ou non professionnel. De ce fait, le

consommateur est la personne qui agit « en dehors de sa compétence professionnelle »⁶⁹.

25. En revanche, n'est pas considéré comme consommateur, le commerçant spécialisé en équipement de radio-télévision et en électroménager, ayant acheté à crédit une machine à imprimer des cartes de visite. La jurisprudence estime qu'il s'agit là d'un « commerçant qui cherche à compléter son activité (et) doit savoir ce qui est nécessaire aux besoins de son commerce »⁷⁰. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation française, rendu en matière de fourniture d'électricité témoigne d'un retour vers une conception plus étroite puisqu'il déclare que la législation protectrice des consommateurs ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de prestations de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par celui qui souhaite s'en prévaloir⁷¹. Il faut noter que l'article 235 alinéa a de l'AUDCG est un emprunt de la Directive « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » adoptée le 05 avril 1993 par la Communauté Européenne⁷². La même disposition se trouve dans la Convention de Vienne⁷³ à quelques exceptions près.

⁶⁰ Régie par la Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

⁶¹ L'article 203-1 de l'Acte uniforme de 1997, précise que « les dispositions du présent livre ne régissent pas les ventes aux consommateurs c'est-à-dire toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

⁶² Voir l'art 235 de l'AUDCG

⁶³ Art 02 de la loi camerounaise N° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur.

⁶⁴ Lexique des termes juridiques, 17^e, Dalloz, op. cit, p.184.

⁶⁵ PIZZIO (J.P.) « L'Introduction de la notion de consommateur en droit français » DS 1982 chron. P :91

⁶⁶ Après les étapes préalables de production et de distribution.

⁶⁷ V. Civ. 1^{ere} 15 avril 1986 Bull. civ. I n°90 D 1986 som. 393, RTDC 1987, 87 obs. critiques J. Mestre, commande d'articles publicitaires par un agent d'assurance.

⁶⁸ Elle assimile au consommateur le professionnel concluant un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle.

⁶⁹ Civ. 24 janvier 1995 J 327 note Plaisant (G).

⁷⁰ Civ. 1^{ere} 23 juin 1987 Bull. Civ. I. n° 209.

⁷¹ Civ. 1^{ere} 24 janvier 1995 D. 1995 327 note G Paisant, interruption de fourniture, Civ. 1^{ere} 21 février 1995 JCP 1995, II 728 note G Paisant location de véhicule.

⁷² JO.CE n° L95/29 21 avril 1993 cité par HUET (J) « la directive du 05 avril 1993 » JCP 30 juin 1993 Actualités p : 26. La notion de consommateur telle que définie à l'article 2 sous b) de la directive n°93/13/CEE du conseil du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques. Donc une société qui a conclu un contrat avec une autre société pour acheter un bien ou un service à l'usage exclusif de ses propres salariés, totalement étranger et dissocié à son activité professionnelle et commerciale typique ne peut être regardée comme « consommateur » au sens de la directive sur les clauses abusives. C. Cass. 1^{ere} ch. Civ. 19 juin 2001, G. Plaisant la semaine juridique Ed. Entreprise n°49, 6 décembre 2001 pp. 1958. 1960. Amar Jacques, Dalloz, cahier du droit des affaires n°34, 4 octobre 2001 pp. 2810. 2814. C Cass. Ch. Civ n°1 10 juillet 1996 Ph. DELEBECQUE Recueil Dalloz Sirey n°22, 05 juin 1997 pp. 173. 173.

⁷³ Art. 2 « La présente Convention ne régit pas les ventes: a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage; b) aux enchères; c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice; d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies; e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs; f) d'électricité ».

26. La combinaison des règles de l'OHADA portant sur la vente commerciale avec celles du droit commun est affirmée par l'article 235 AUDCG qui dispose qu'en plus des dispositions du présent livre, la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun⁷⁴. Dans le cas précis de la vente commerciale OHADA, à l'instar des autres Conventions internationales, ce, pour des raisons de réalisme et d'efficacité, la totalité du droit de la vente n'a pas été embrassée, écartant systématiquement les conditions générales du contrat tels que le consentement, l'objet, la capacité, la cause ainsi que les règles de nullité relèvent du droit commun⁷⁵. Cela se justifie étant donné que les questions qui sont régies par la convention sans toutefois être expressément tranchées par elle, doivent être réglées en se référant aux « principes généraux dont elle s'inspire »⁷⁶. Contrairement à l'article 4⁷⁷ de la CVIM⁷⁸, l'OHADA n'a pas précisé explicitement que la validité des clauses n'entre pas dans son champ d'application, tout comme l'entrepreneur non commerçant est hors du milieu contractuel de la vente OHADA.

2- L'entrepreneur non commerçant

27. Le statut de l'« entrepreneur »⁷⁹ est indéniablement l'innovation la plus retentissante de la

⁷⁴ LARROUMET, *Droit civil*, T1, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 2^èéd., n°88 : « Dans la mesure où le droit civil constitue le droit commun, ses règles ont vocation à intervenir dans toutes les hypothèses où leur application ne contredit pas des règles contraires d'une branche spéciale séparée du droit civil ou encore, en l'absence de règle contraire, lorsqu'elles ne contredisent pas les principes essentiels, l'esprit d'une branche spéciale »

⁷⁵ V. Art. 1109 et suivants également les articles 84 et suivants du COCC.

⁷⁶ Il est loisible de remarquer que dans notre étude, il fait souvent cas du droit commun à chaque fois que le droit OHADA est muet sur une question donnée.

⁷⁷ La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas: a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages; b) les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues.

⁷⁸ Il avait d'ailleurs été sérieusement envisagé d'ajouter à la Convention OHADA un chapitre sur la validité du contrat traitant des questions telles que l'erreur, le dol, la violence.

⁷⁹ Dans l'encyclopédie de la langue française, ce concept n'a pas moins de quinze synonymes. Il signifie : agissant, amorceur, attaquant, audacieux, aventureux, commençant, démarquant, entamant, galant, hardi, intentant, s'engageant, tentant. Tous ces termes désignent en un mot celui qui vient de commencer une initiative ou une activité économique de quelque nature que ce soit : ouverture d'un fonds de commerce, d'un fond civil ou d'un fond artisanal.

révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de 2011. Ce dernier considéré comme un acquis en droit européen, est d'une création récente chez nous. Aux termes de l'article 30 nouveau de l'AUDCG : « l'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévu dans le présent acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole. ». Cette disposition définitionnelle montre la volonté du législateur d'offrir un régime de charme à l'entrepreneur. Si cette innovation législative en faveur de l'entrepreneur semble attrayante, il est nécessaire de s'interroger sur le contenu de cette attractivité⁸⁰. Cette innovation malgré son essence juridique, se veut beaucoup plus économique parce qu'elle constitue un vecteur à la croissance économique. En outre, l'entrepreneur désigne concrètement soit un professionnel voisin du commerçant tel un artisan, un agriculteur ou encore un professionnel civil, dont le chiffre d'affaires n'a pas atteint le seuil lui permettant de faire face aux obligations légales requises d'un véritable professionnel. Ici, le domaine de la notion d'entrepreneur (très large faut-il le souligner) rend compte de la gamme variée d'activités que représente le secteur informel dont il est difficile par ailleurs de définir les contours.

28. Appelé économie populaire, économie souterraine ou économie para légale, le secteur informel est l'une des principales caractéristiques des économies africaines en même temps qu'il est l'expression de la désorganisation dont celles-ci souffrent. Il en résulte que la démarche du législateur OHADA est une manière commode de faire entrer dans le circuit formel un certain nombre d'opérateurs économiques qui évoluent essentiellement en marge du circuit formel classique. Mais parviendra-t-il à mettre de l'ordre dans ce qui paraît comme un « maquis économique » ? La réglementation de l'entrepreneur survivra-t-il à ses propres incertitudes ?⁸¹

29. A l'analyse des dispositions de l'acte uniforme de l'OHADA, on peut constater et même affirmer (sans risques de se tromper) que beaucoup d'espoirs sont à nourrir quant à l'avenir économique dans les Etats membres (du moins en théorie) pour peu que ces Etats en fassent une saine application avec des mesures incitatives idoines⁸². L'entrepreneur non

⁸⁰ Le débat sur l'attractivité du statut de l'entrepreneur tout celle du droit OHADA en général n'a pas encore été tranché parce que n'ayant pas simplement fait l'unanimité au sein de la doctrine.

⁸¹ Des interrogations légitimes auxquelles le Pr A.FOKO a tenté d'apporter des éléments de réponses dans son article intitulé « La consécration d'un nouveau statut professionnel dans l'espace OHADA : le cas de l'entrepreneur », Op. cit, p.147 et sv.

⁸² Michel GONOMY, « Le statut de l'entrepreneur dans l'AUDCG. Révisé : entre le passé et l'avenir », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle,

commerçant est avant tout, un entrepreneur individuel, personne physique, pouvant être un artisan (a), un professionnel civil (b) ou un agriculteur (c). Notons seulement qu'à la lecture des dispositions y afférentes⁸³, le législateur OHADA n'a pas donné de précisions sur la définition, mieux la qualification de ces acteurs économiques.

a- L'artisan

30. Dans artisan, il y a le mot « art », ce qui évoque des impressions de travail manuel, de travail soigné, une touche esthétique et une idée de désintéressement. Des caractéristiques qui semblent reléguer le commerçant au rang de vulgaire spéculateur. Pourtant, à considérer la réalité contemporaine et le régime actuel de l'artisanat, on penserait parfois à un reliquat des corporations, d'autrefois supprimées. Certains auteurs tels Yves RENARD et Jean François CHAZAL dénoncent l'exigence légale d'acquisition d'une certaine qualification professionnelle. Cette opinion ne doit pas être suivie car pour certaines activités, le filtre permet d'éviter que n'importe quel charlatan se proclame artisan. Cette activité doit concerner la production, la transformation, la réparation ou une prestation de service.

31. La définition légale de l'artisan s'avère peu satisfaisante car, la ligne de démarcation avec le commerçant n'est pas clairement visible, sauf en ce qui concerne les activités de production, la transformation, la réparation ou une prestation de service. D'où l'intervention de la jurisprudence. Les juges ont défini l'artisan pour affiner le régime juridique qui lui est applicable⁸⁴. A cet égard, certaines règles applicables au commerçant peuvent apparaître très sévères pour l'artisan. C'est le cas de solidarité

commerciale attachée de plein droit aux opérations commerciales.

32. Pour bien poser la définition de l'artisan, la jurisprudence a usé de deux critères :

- Le caractère personnel du travail de l'exploitant : le travail doit être personnel et manuel, cela n'exclut pas le recours à des salariés. Qu'est-ce qui distingue alors un artisan du salarié travaillant par exemple à domicile : c'est l'indépendance. L'artisan est indépendant alors que l'ouvrier à domicile est subordonné, donc assujéti à un patron.

- L'absence de spéculation sur le travail ou le bien d'autrui : s'il y a opération d'achat pour revendre chez l'artisan, cette opération doit revêtir un caractère exceptionnel. L'artisan exerce un art et non le négoce. S'il se livre au négoce, il n'est pas artisan. Il apparaît parfois nécessaire à l'artisan de procéder à quelques achats qu'il intègre dans son ouvrage et facture aux clients en même temps que la prestation fournie. Il est certain que l'achat systématique et massif de produits en vue de leur revente, pratiqué par un artisan fera tomber l'artisanat en commerce, requalifier cet artisan en commerçant. Cependant, le cordonnier qui revend quelques lacets de chaussures en guise de dépannage n'est pas commerçant car, la vente en question revêt un caractère accessoire, voire dérisoire par rapport à son activité principale qui est celle d'un artisan.

33. Certaines règles propres au commerçant sont rendues applicables par la loi aux artisans⁸⁵, à condition d'être reconnu par les services compétents. Les artisans profitent du statut des baux à usage professionnel⁸⁶ dans les mêmes conditions que le commerçant et le professionnel libéral.

b- Le professionnel libéral ou civil

34. L'expression profession libérale semble avoir été forgée à partir des arts libéraux. Ce sont ceux du ressort de l'intelligence, de l'esprit, par opposition, d'après le grand Robert, aux arts mécaniques qui exigent surtout un travail manuel ou un travail mécanique. Les auteurs opposent l'activité libérale à l'artisanat et à l'agriculture. Le professionnel libéral⁸⁷ exerce un métier qui passe pour noble par rapport à ceux de l'artisanat, de l'agriculture et même du commerce. Les professions libérales prennent place parmi les acteurs non commerçants de l'entreprise car, elles exercent une activité essentiellement intellectuelle alors que l'agriculteur et l'artisan agiraient fondamentalement avec leurs mains. Les professions libérales seraient donc les dérivés « des arts libéraux d'entant ».

N° 4 - Septembre 2014, Doctrine. URL: <https://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/le-statut-de-l-entreprenant-dans-l-> site consulté le 01/04/2021.

⁸³ Art 30 à 33 AUDCG

⁸⁴ En France par exemple, à l'image du commerçant, l'artisan doit suivre une procédure d'immatriculation. Ici, l'immatriculation se fait au répertoire des métiers qui sont tenus par les chambres des métiers du lieu d'implantation de l'activité artisanale avec un passage par le centre de formalité des entreprises. De même que l'immatriculation des commerçants n'est pas vraiment une condition de fond d'acquisition de la qualité de commerçant, de même l'immatriculation au répertoire des métiers ne semble pas être une condition de fond d'acquisition de la qualité d'artisan. Toutefois, l'immatriculation de l'artisan est une formalité requise pour la jouissance des avantages liés à la qualité d'artisan. Par exemple, le bénéfice du régime des baux commerciaux qui profite aussi aux artisans. A la différence du commerçant, l'artisan relève de la juridiction civile. Il existe des règles particulières relatives à la situation du conjoint de l'artisan travaillant dans l'entreprise familiale et des règles de compatibilité de l'activité artisanale avec d'autres activités.

⁸⁵ Art 30 AUDCG

⁸⁶ D'ailleurs, c'est ce qui justifie le fait que cette formule ait cédé la place à celle de « bail à usage professionnel », pour permettre aux autres acteurs de s'en prévaloir.

⁸⁷ Ce sont entre autres les Auxiliaires de justices (avocat, Huissier, Notaire), les Médecins (lorsqu'ils sont installés en clientèle privée), les architectes etc.

35. Selon RENARD et CHAZAL, l'originalité de la profession libérale tient à trois choses :

- Caractère intellectuel de l'activité qui exclut la commercialité en raison de l'absence de spéculation sur les biens ou sur le travail d'autrui;
- L'originalité tient au caractère sacerdotal, c'est-à-dire œuvrer de façon désintéressée au service d'autrui, excluant la spéculation et la commercialité;
- Existence d'un lien de confiance entre le client et la profession libérale ; situation s'accommodant assez mal du lucre, caractéristique de l'activité commerciale.

36. Cette vision est un brin idyllique car, sans envahir la profession libérale, la commercialité semble vouloir y pénétrer. En conséquence, il faut envisager le statut en principe, civil de la profession libérale puis l'influence de la commercialité sur celle-ci. Ces professionnels obéissent à des règles légales particulières ainsi qu'à des règles de déontologie professionnelles quant à leur discipline. Pour l'essentiel de leur activité, le droit civil règne en maître et non le droit commercial. Les contrats conclus par ces entrepreneurs dans le cadre de leur activité sont en principe civil. Si un tel professionnel exerce des actes de commerce occasionnels, la théorie de l'accessoire attirera ces actes de commerce marginaux dans la sphère du droit civil régissant la profession libérale.

37. L'exercice collectif des activités par des professionnels libéraux prend souvent pour cadre la société civile puisque l'activité libérale est civile et exercée par des personnes civiles. Néanmoins, cette affirmation relève d'une évidence qui fait date aujourd'hui et cède la place à une situation plus nuancée : l'influence de la commercialité. En effet, les professions libérales œuvrent en société mais, non exclusivement en société civile depuis plus d'une vingtaine d'années. Elles ont le droit de se regrouper dans des sociétés commerciales, selon les formes en vigueur⁸⁸. L'activité libérale qui est la leur demeure civile, ce sont en conséquence des sociétés commerciales à objet civil par dérogation de la loi.

38. Il y a peu de temps encore, les professions libérales exerçant à titre individuel ne pouvaient pas subir les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises à la différence des commerçants individuels ou des artisans individuels. Les choses ont évolué, peu importe désormais que les professions libérales œuvrent en société ou en individuel, la commercialité gagne ici du terrain sur la civilité de leur activité pour ce qui est du régime de traitement des difficultés. Une autre influence, sinon de la commercialité, du moins de la mercantilisation des professions libérales réside dans la transmissibilité de leur clientèle. Le caractère noble de la profession libérale a pendant longtemps fait obstacle à la vente de la clientèle libérale parce que cette cession portait atteinte à la relation de confiance existant entre le

professionnel et son client ou bien entravait la liberté de choix de ce client, en certaine matière comme la médecine. Celle-ci est une profession qui requiert une certaine technicité comme celle de l'agriculteur.

c- L'agriculteur

39. S'il fallait attribuer une définition au concept de l'agriculture, on dira que : « sont agricoles, toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et consistant dans un ou plusieurs étapes du déroulement de ce cycle ainsi que l'activité exploitée par un exploitant qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation agricole »⁸⁹. Il y a entreprise parce que l'agriculteur exploite pour en tirer des fruits dont la vente lui procure des revenus. On retrouve ici toutes les marques d'une entreprise avec ses composantes humaine et matérielle. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil. La définition contemporaine de l'agriculture prend acte de l'évolution de l'agriculture. Le temps n'est plus vraiment à la prédominance du paysan exploitant son petit bout de terre et vivant dans une chaumière. L'exploitation agricole est aujourd'hui souvent familiale, entreprise proche de l'industrie, voir du commerce. D'ailleurs, l'industrie dite agro-alimentaire tend, à prendre le pas sur l'agriculture elle-même, de sorte que le régime juridique de l'agriculture et en conséquence le statut de l'agriculteur se trouve coupé en deux avec :

- L'agriculteur traditionnel relevant du droit civil
- L'agriculteur industriel qui relève du commerce

40. L'agriculture traditionnelle faite de l'exploitation de la terre par un ou plusieurs individus relève essentiellement du travail manuel même si ce travail bénéficie aujourd'hui d'un important concours de la mécanisation. L'activité agricole traditionnelle est principalement réglée par le droit civil. En effet, l'agriculteur vit de sa production qu'il écoule moyennant payement, ce qui exclue la commercialité qui consiste essentiellement dans une activité de spéculation avec l'achat de produits pour revendre. Dès lors que l'agriculture est une activité civile, les litiges nés de l'activité agricole ressortissent des tribunaux civils. Les bénéficiaires agricoles suivent également un régime d'imposition spécifique. En outre, le conjoint du chef de l'entreprise agricole travaillant dans l'entreprise familiale bénéficie d'un statut proche de celui du conjoint du chef de l'entreprise commerciale⁹⁰. Globalement, l'activité agricole traditionnelle demeure civile, tout au moins proche du droit civil quant à son régime. Les agriculteurs sont réunis dans les organismes professionnels appelés chambre d'agriculture tout

⁸⁸ SARL, SA, SAS...

⁸⁹ Définition Article L. 331-1 du code rural : la mouture actuelle de ce texte vient de l'article 2 de la loi du 30 décembre 1988.

⁹⁰ Régime profitant aux concubins de l'agriculteur.

comme les commerçants et les artisans sont respectivement rassemblés dans des chambre de commerce et d'industrie et chambre des métiers.

41. L'agriculture n'accède à la commercialité que si elle remplit les critères de l'activité commerciale. Il y a industrie agricole soumise au droit commercial une fois que certaines activités consistent dans l'acquisition de produits agricoles en vue de leur revente immédiate ou d'une transformation, distribution sur les marchés. Agriculteur grand ou petit, ne peut devenir commerçant que si au-delà de son activité agricole, il pratique le commerce à travers l'achat systématique de biens agricoles en vue d'une revente tout aussi systématique et moyennant profit. Le critère d'achat pour revendre caractéristique de la commercialité, s'avère parfois délicat à mettre en œuvre en matière agricole. Il faut pour cette personne, mesurer les poids respectifs de sa propre production et de ce qu'il a acheté à autrui en vue de la commercialisation. Si la part de la production extérieure demeure accessoire dans le volume global de ce qu'il commercialise, alors l'activité agricole qui est civile va l'emporter sur l'achat pour revendre. Dans le cas contraire, l'action d'entremise portant sur une production émanant d'un tiers, acheté en vue de la revente moyennant un profit est caractéristique de la commercialité, va prévaloir sur l'agriculture, tel un entrepreneur commerçant que nous appelons de tous nos vœux à devenir acteur de la vente OHADA.

B- Les acteurs habilitables à conclure un contrat de vente commerciale OHADA : Le cas de l'entrepreneur commerçant

42. Il résulte des dispositions de l'article 234 que les personnes n'ayant pas la qualité de commerçant au sens de l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général ne peuvent pas conclure de contrat de vente commerciale. Mais, comment comprendre ou expliquer que l'on veuille inviter l'entrepreneur à sortir de l'informel en lui accordant une batterie d'avantages sans lui reconnaître la capacité de conclure une opération de vente commerciale ? Cette interrogation démontre la nécessité de l'inclure dans ce milieu contractuel privilégié⁹¹.

Il est important de préciser que le point de mire de la révision de 2010 repose essentiellement sur des considérations d'ordre téléologique : la finalité du droit révisé étant d'adapter les nouvelles dispositions légales aux besoins et particularismes des économies africaines. De ce fait, pour éviter les

⁹¹ La vente commerciale OHADA est un championnat de première division où ne jouent que des acteurs d'un certain niveau. Il ne s'agit pas d'un tournoi du quartier (les autres contrats) où, tout le monde peut avoir accès. Lire MOHAMADOU AHMADOU, *La violation des obligations des parties dans un contrat de vente commerciale OHADA à l'aune de l'Acte uniforme portant droit commercial général*, mémoire de Master, 2018, Université de Ngaoundéré, p.40 et sv.

dérives habituellement relevées dans les processus de réformes, des notions transversales ont été identifiées et consacrées dans l'optique de consolider l'architecture juridique des affaires en faveur de l'unicité des sources et des règles, mais également de répondre aux exigences de sécurité juridique⁹² et économique liées à la globalisation des échanges, facteur qui conduit à la mondialisation. C'est dans cet esprit qu'il faut comprendre, appréhender et apprécier l'assimilation des statuts de commerçant et d'entrepreneur comme acteurs de la vente commerciale mais, parce qu'ils sont tous des acteurs économiques (1) exerçant des actes de commerce (2).

1- L'extension de la qualité de commerçant à tout acteur économique

43. Avant la réforme de l'Acte uniforme, il y'a un acteur économique qui passait entre les mailles de la loi⁹³ et opérait dans l'informel mais, qui relève désormais du droit de l'OHADA sous la dénomination de l'entrepreneur. Ce dernier rappelle le professionnel, qualification générique adoptée par la doctrine et la jurisprudence du droit français pour sécréter la réglementation de tous les intervenants de la vie économique. Dans cette enceinte, le fait d'exercer une activité professionnelle dotée d'une organisation minimale, suffit pour l'octroi de la qualité d'entrepreneur. C'est sur ce fondement en effet, que Ph. LE TOURNEAU, à travers une analyse comportementale du commerçant et du professionnel⁹⁴, tentait une assimilation des deux statuts. Cette démarche avait trouvé un écho favorable dans la doctrine du droit civil⁹⁵ qui consacrait la notion de profession, en faisant le point de départ de la réflexion sur l'esquisse d'un statut de professionnel.

Dans le même sillage, J. CALAISAULOY et STEINMETZ ont défini le professionnel comme étant une personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution et de prestation de

⁹² Il convient de rappeler ici la place importante accordée à la sécurité juridique par la théorie du droit : voir POUGOUE P.G., « Les figures de la sécurité juridique », Leçon inaugurale, Inédit, UFD-Université de Yaoundé II, 2004. Sur la comparaison avec la notion de confiance légitime en science administrative, voir P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », Recueil Dalloz, 2006, Chroniques p. 1190, spéc. 1193.

⁹³ Il ne répond à aucune des qualifications juridiques connues à savoir le commerçant, l'intermédiaire de commerce, l'auxiliaire du commerçant.

⁹⁴ « Les professionnels ont-ils du cœur ? », Rec. Dalloz Sirey, 1990, Chr. V, pp. 21-26.

⁹⁵ SAVATIER (J.), « Contribution à une étude juridique de la profession », Archives de Philosophie du Droit, 1971, pp. 3-17.

services⁹⁶. Cette définition a l'avantage non seulement d'exclure les travailleurs salariés et d'inclure les personnes morales d'une part, mais surtout, d'étendre la notion de profession aux activités de production et de distribution des biens et de fourniture des services d'autre part. Apparaissant ainsi comme une notion fédératrice du droit civil et du droit commercial, la profession quelle que soit sa nature, constitue l'un des éléments d'ancrage qui permet de saisir à la fois l'activité économique et la personne qui l'exerce.

44. Apparue pour la première fois dans les travaux de G. RIPERT en 1939, l'« ébauche d'un droit professionnel »⁹⁷ entretenue par la doctrine du droit civil, semble ainsi avoir trouvé son assise législative dans la réforme du droit OHADA en 2010, qui n'a fait que formaliser certaines professions qui, jusque-là pouvaient laisser croire que tout professionnel de l'OHADA est un commerçant qui s'ignore. A cet égard en effet, beaucoup de non commerçants font aujourd'hui des opérations répétées comme des commerçants ; ils ont de fréquents appels à faire au crédit ; comme eux, ils ont parfois de nombreux créanciers, ils contractent avec des étrangers ; enfin, des sociétés se fondent pour des opérations civiles de la plus grande importance. Les habitudes du commerce tendent à devenir des habitudes générales ; ses besoins deviennent ceux de tout le monde⁹⁸.

45. Vu sous cet angle, le statut d'entrepreneur commerçant a le mérite d'être fondé sur une conception extensive de « la profession » qui, déduite des dispositions des articles 2 et 3 de l'AUDCG, est le substrat nécessaire d'une définition empirique et inclusive du commerçant. Voilà encore une notion élaborée par le droit civil, qui permet d'asseoir plus aisément la qualification de l'acteur économique dans l'espace OHADA, en servant de trait d'union entre le droit civil et le droit commercial. Inclusive, elle l'est parce qu'elle ne restreint pas l'élection du statut de commerçant à la nature des actes exercés par leur auteur, encore moins à l'exercice, même à titre habituelle de certains actes, mais inclut dans son champ d'action les opérations et actes de toute nature, dès lors qu'ils présentent un faisceau d'indices suffisamment révélateurs de leur substance économique ; qui plus est, la plupart des professions indépendantes, qu'elles soient commerciales ou non, sont dominées par la recherche du profit dans un enceinte économique globalisée et hautement compétitive.

Les secteurs agricoles modernes, les secteurs miniers et immobiliers, peuvent être convoqués à titre d'exemple. L'agriculture moderne en l'occurrence,

bien que relevant du secteur primaire, nécessite bien souvent de gros investissements pour faire face à la concurrence, et oblige certains agriculteurs⁹⁹ à recourir aux crédits importants au même titre que les commerçants. C'est également le cas des avocats qui, bien qu'exerçant une profession libérale, doivent bénéficier d'un droit de propriété sur leur local, car ils possèdent une clientèle fidèle qu'il convient de protéger¹⁰⁰.

46. quoi qu'il en soit, l'on peut déduire dans les orientations actuelles du droit OHADA l'émergence d'une critériologie de la commercialité plus inclusive ayant pour socle l'exercice d'une activité économique à titre de profession. Ce faisant, le législateur OHADA conforte l'analyse selon laquelle l'activité économique apparaît comme étant le facteur dominant de la compétence de l'OHADA et non la qualité de la personne, encore moins le caractère purement commercial de l'acte. La rupture de la commercialité fondée seulement sur la double distanciation subjective et objective de la matière semble acquise à travers la reconnaissance de la commercialité à toute activité revêtant un caractère économique.

2- La reconnaissance de la nature d'acte de commerce à toute activité économique

47. L'Acte uniforme en son article 3 dispose que : « l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : (.) les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance, et de transit ; les opérations d'intermédiaires de commerce, telles que commissions, courtages, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts sociales commerciale ou immobilière (.) ». Bien que rajeunie, la liste de l'article 3 nous semble un peu disparate,

⁹⁹ Au sujet de certains agriculteurs classés dans la catégorie des professionnels non commerçants, lire G. COSNRAD, *L'irréductible droit agricole*, Paris, Dalloz, 1949, spéc. p. 57.

¹⁰⁰ C'est ce que l'OHADA a fait en remplaçant le bail commercial (exclusif) par le bail à usage professionnel, plus inclusif et dont la finalité est de protéger la clientèle de toutes les professions. Voit à cet égard : B. SAINTOURENS, « Le bail commercial des non commerçants », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, Paris, Litec, 1991, p. 93 ; également, A. JAUFFRET, « L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles », Mélanges KAYSER, 1978, tome 2, P. 99.

⁹⁶ *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 12 et sv.

⁹⁷ Etudes H. CAPITANT, Dalloz 1939, p. 607.

⁹⁸ Voir à ce titre, F. POLLAUD-DULIAN, « L'habitude en droit des affaires », in *Etudes à la mémoire d'A. SAYAG*, pp. 349-369.

mais, a néanmoins le mérite de la plasticité et de l'élasticité¹⁰¹.

48. En outre, avant la réforme de 2010, la notion d'acte de commerce circonscrivait justement la définition et l'octroi du statut de commerçant à l'exercice répété de certains actes, ce qui excluait d'office de cette catégorie des acteurs et opérateurs engagés dans le secteur économique, alors même qu'ils exerceraient leurs activités dans le cadre d'une organisation structurée. Dans ces conditions, des activités qui pourraient être saisies par le droit des affaires, soit pour les soumettre au régime du droit commercial, soit pour leur accorder les privilèges liés au statut d'entreprise commerciale, ont longtemps été exclues du domaine matériel du droit des affaires. L'idée dominante ici est que les activités économiques reposent sur un instrument économique et institutionnel incontournable qui est l'entreprise. Dans cette optique, autant que le fonds commercial n'a d'existence juridique et économique qu'à travers la réalité de la clientèle, de même que l'activité économique (civile ou commerciale) ne peut exister et bénéficier de tous les attributs qui sont naturellement attachés à une telle activité que parce qu'elle est exercée dans le cadre d'une entreprise structurée¹⁰², quelle qu'en soit la taille.

49. en tout état de cause, à partir de la liste de l'article 3, la distinction actes de commerce objectifs et actes de commerce subjectifs subsiste. Pourtant, dans la pratique, il existe beaucoup d'actes juridiques et notamment les grands contrats d'un usage courant tels que vente, louage, dépôt, mandat, transport, qui sont utilisés aussi bien dans la vie commerciale que dans la vie civile, car, ils englobent la fourniture des prestations de service avec intention d'en tirer profit pécuniaire. De ce point de vue, ni leur objet, ni leur forme ne permet à priori de les caractériser. Il devenait donc nécessaire pour cela, d'analyser l'activité économique des contractants et l'on arrive ainsi à dire que parce qu'elle est effectuée dans le cadre d'une entreprise, l'Acte uniforme peut les saisir.

¹⁰¹ DIFFO TCHUNKAM (J.), Op. cit. p 174.

¹⁰² La définition communément admise de l'entreprise l'appréhende comme étant une structure organisée « réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, industrielles ou de services » : R. CABRILLAC (dir.), Dictionnaire du vocabulaire juridique, Paris, Litec, 1e éd. 2002 ; S. GUINCHARD et G. MONTAGNER (dir.), Lexique des termes juridiques, Paris, Dalloz, 1999, p. 227. Qu'elle soit de nature commerciale ou civile, elle constitue, selon M. PEDAMON, « la cellule de base de l'économie contemporaine » : M. PEDAMON : Droit commercial, Paris, Dalloz, 1994, n° 71, p. 59 ; H.D. MODI KOKO BEBEY, « L'harmonisation du Droit des affaires en Afrique : Regard sous l'angle de la théorie générale du droit », accès recommandé sur le domaine documentaire : http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHAD_A/ohada_1.pdf).

Ce n'est finalement pas seulement la nature commerciale des actes qui importe, mais davantage le cadre entrepreneurial dans lequel l'activité est exercée qui attire la réglementation applicable.

C'est cette double posture reposant sur la conciliation acte de commerce et entreprise qui semble avoir influencé les choix législatifs de l'OHADA. Il est donc important de souligner qu'en reconfigurant ainsi les critères de la commercialité classique entretenue par le rapport achat et revente, elle ne s'accommode plus de cette conception visiblement trop étroite pour contenir toutes les activités régies par l'OHADA ; dans la mesure où elle intègre désormais les prestations de service, les industries culturelles telles que l'économie des services et de la connaissance, l'ingénierie des savoirs, lesquelles ignorent la succession « achat et revente ». En repoussant ainsi les limites de la commercialité, l'OHADA confirme sa vision transformatrice de l'environnement des affaires et sa tendance très poussée à l'unification des sources du droit régissant les activités économiques¹⁰³. C'est elle en effet, qui assure la singularité des régimes juridiques reconnus à certaines notions et institutions du droit réformé.

50. Tout compte fait, le droit de la vente commerciale OHADA en pleine mutation s'inscrirait parfaitement dans la logique de pensée des Professeurs HAMEL et LAGARDE, qui posait non sans quelque joie, même d'extase, la philosophie animant la doctrine commercialiste¹⁰⁴. Repenser les acteurs de la vente commerciale est plus qu'une lapalissade tant en raison du faramineux gain manqué découlant de la formule actuelle que des avancées péremptoires consacrées par le législateur lui-même.

51. Il n'est donc pas surprenant que la gêne à cerner et à circonscrire la théorie de la commercialité s'intensifie encore plus aujourd'hui sous l'effet de la mondialisation des structures juridiques. De là, une remarque générale se dégage. L'on observe que la dynamique des mutations sociales et la pression des faits économiques représentent évidemment les principales « menaces » à la stabilité du droit et influencent même les réformes juridiques déjà engagées.

¹⁰³ Sur cette question, voir DIFFO TCHUNKAM J., « La distinction droit civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », Rev. Dr. Unif. 2009, pp. 57-89. 27 - V° AUDCG : Texte d'application, Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15 novembre 2009.

¹⁰⁴ Lire DIFFO TCHUNKAM J., « Du droit commercial général au droit économique : l'esprit de la réforme de l'acte uniforme relatif au droit commerciale général opérée le 15 décembre 2010 », Op. cit. p 192.

52. Sans prétendre à un quelconque enfermement juridique qui détonerait avec la marche naturelle de la société, il sied de préciser que le droit en tant que « technologie » au service du pouvoir législatif devrait tracer la voie à un évolutionnisme simplificateur des règles prédéterminées et figées réfractaires à toute adaptation. Et c'est alors le lieu enfin de noter avec un brin d'espoir, l'approche transformatrice et révolutionnaire de l'OHADA, orientée justement vers des réformes ciblées et progressives. La vertu de cette approche est finalement et à coup sûr, sa capacité à veiller à la mesure de l'attractivité du droit des affaires africain en esquissant des matrices à même d'intégrer les transformations prochaines du droit de la vente OHADA avec la pleine conscience que la configuration actuelle des acteurs de la vente commerciale est obsolète si bien que « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »¹⁰⁵.

¹⁰⁵ PORTALIS (J.E.M.), *Op. cit.*, p.6.