

# L'acte uniforme relatif au droit commercial général

Romain Loir

► **To cite this version:**

Romain Loir. L'acte uniforme relatif au droit commercial général. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.17-32. hal-02544463

**HAL Id: hal-02544463**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544463>**

Submitted on 16 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## L'acte uniforme relatif au droit commercial général

Romain LOIR

*Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général<sup>1</sup> est l'un des pionniers de la construction du droit OHADA puisqu'il fut adopté dès le 17 avril 1997 à Cotonou<sup>2</sup>, pour entrer en vigueur au début de l'année 1998. Il s'applique directement à tous les commerçants, personnes physiques ou personnes morales, ainsi qu'à tous les GIE dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats membres (art.1<sup>er</sup>).

Mais c'est surtout un authentique colosse. L'Acte Uniforme relatif au droit commercial général, c'est en effet 5 Livres, respectivement consacrés à des questions aussi fondamentales que le statut du commerçant, le registre du commerce et du crédit mobilier, le bail commercial et le fonds de commerce, les intermédiaires de commerce et la vente commerciale. C'est encore 289 articles, 82 pages au format A4, 23.813 mots, et 123.345 caractères (espaces non compris) ! Voici donc ce qu'il m'est demandé de vous présenter en...un quart d'heure ! Autant vous dire que la tâche qui m'a été confiée par l'organisateur de ce colloque n'est pas particulièrement aisée.

Alors, comment procéder pour affronter ce colosse ? Je me suis dit que si j'étais là aujourd'hui, ce n'était certainement pas en qualité de spécialiste du droit OHADA. Et que ma présence ne pouvait pas non plus être justifiée par ma connaissance de l'histoire, du droit et des réalités sociales des Etats membres. Si je suis devant vous, ce ne peut être que parce que je connais – un peu – le droit commercial français.

Dès lors, je me propose de regarder l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général avec les yeux du juriste français que je suis. Je me propose d'envisager ses dispositions à travers le prisme du droit commercial français, de les confronter aux solutions qui prévalent en France. Vous me rétorquerez peut-être que c'est un peu curieux. Un peu curieux de vous parler du droit commercial français alors que mon intervention a pour seul objet le droit OHADA, et plus précisément l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général. Mais heureusement, je ne me permettrais pas d'évoquer le droit français s'il n'y avait quelque bonne raison de le faire.

---

<sup>1</sup> Sur lequel voir notamment : A. Fénéon, JR Gomez, Droit commercial général. Commentaires, EDICEF/FFA, 1999 ; A. Fénéon, A. Delabrière, « *Présentation générale de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général* », Penant, 1998, n°82, p.136 et s. ; JR Gomez, « *Réflexions d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc* », Penant, 1994, p.3 et s. ; J. Nguebou Toukam, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, coll. Droit uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, 1998 ; A. Pedro Santos, JY Toe, Droit commercial général, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2003 ; B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, Le droit Uniforme Africain des Affaires issu de l'Ohada, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2009, n°s 155 et s. ; J. Lohoues-Oble, « *Innovations dans le droit commercial général* », Petites Affiches, 13 octobre 2004, n°205, p.8.

<sup>2</sup> En même temps que l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés.

C'est qu'en effet, la question des rapports entre le droit commercial français et le droit applicable dans les pays membres de l'OHADA est une question extrêmement importante<sup>1</sup>.

Pour des raisons historiques, d'abord. La plupart des pays engagés dans le processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique sont d'anciennes colonies françaises<sup>2</sup>, dans lesquelles le droit commercial français avait été rendu très largement applicable. Et après la décolonisation, de nombreux Etats ont continué à faire application des textes français hérités de la période coloniale<sup>3</sup>. Il est donc particulièrement intéressant de savoir si les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont entendu préserver cet héritage ou, au contraire, marquer une franche rupture avec le passé en donnant naissance à un droit original, peut-être mieux adapté aux réalités africaines.

Mais l'intérêt de la question des rapports entre le droit français et le droit OHADA n'apparaît pas seulement au regard du passé. Il me semble au contraire que la question est aussi une question d'actualité, à l'heure où l'OHADA affirme franchement ses objectifs d'expansion et se propose d'accueillir en son sein des pays d'Afrique qui ne seront pas forcément de tradition civiliste<sup>4</sup> : si le droit OHADA est trop fortement marqué par le droit français, ne faudrait-il pas craindre alors que son application dans des Etats étrangers à toute tradition juridique française puisse susciter quelques difficultés ? A l'inverse, si le droit OHADA a su prendre ses distances avec le passé français de ses membres, la question ne se posera sans aucun doute pas de cette façon.

Bien sûr, il m'est totalement impossible de traiter ici de ces questions de façon approfondie. Le temps me manque, et j'en serais surtout bien incapable. Je n'apporterai donc que quelques embryons de réponse, et me contenterai de fournir à leur soutien quelques exemples, sans aucune prétention à l'exhaustivité.

Ce faisant, je serai amené à souligner que le droit OHADA n'a pas rompu les liens avec le droit commercial français : dans les dispositions de l'Acte Uniforme, on retrouve assurément des traces du passé juridique français de la plupart des Etats membres, la paternité du droit français (I). Mais s'il existe ainsi des rapports de filiation entre le droit français et le droit OHADA, le fils s'est très largement émancipé et a acquis une réelle indépendance : c'est l'originalité du droit OHADA (II).

## **I.- La paternité du droit français**

Le droit commercial français a indiscutablement inspiré la rédaction de l'Acte Uniforme. Celui-ci comporte ainsi de nombreuses dispositions qui évoquent celui-là de façon plus ou moins directe. C'est notamment le cas lorsqu'Acte Uniforme définit le commerçant (A) ou lorsqu'il envisage l'exercice du commerce (B).

---

<sup>1</sup> Cette question est au cœur d'une thèse : M. Koné, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Comparaisons avec le droit français, Préface B. Saintourens, LGDJ, 2003.

<sup>2</sup> Exception faite de la Guinée Bissau et de la Guinée Equatoriale.

<sup>3</sup> Le Sénégal, la Guinée et le Mali avaient cependant opéré une refonte d'ensemble de leur législation commerciale.

<sup>4</sup> Voir notamment sur cette question B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, Le droit Uniforme Africain des Affaires issu de l'Ohada, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2009, n°20.

## A.- La définition du commerçant

Le fait d'évoquer ici la question de la définition du commerçant, parmi tant d'autres régies par l'Acte Uniforme, n'est pas innocent. C'est que sur ce point, la parenté avec le droit français est particulièrement nette et, de surcroît, apparaît dès les premières lignes de l'Acte Uniforme. Ainsi, le Livre 1<sup>er</sup> s'ouvre-t-il sur une formule bien connue des commercialistes français : « *Sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle* » (art.2). Qu'il soit français ou africain, le commerçant est donc celui qui réalise habituellement des actes de commerce. Au fond, la seule différence tient à ce que le Code de commerce envisage d'abord l'acte de commerce, avant de définir le commerçant. Mais pour le reste, l'identité est ici parfaite<sup>1</sup>.

L'Acte Uniforme étend au conjoint du commerçant l'application des critères définis dans son article 2. Et il comporte sur ce point une disposition clairement empruntée à son aïeul français: « *Le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux* » (art.7, al.2)<sup>2</sup>. Cela étant, cette transposition en Afrique de la disposition française ne serait pas sans poser quelques problèmes. C'est en tout cas l'opinion de certains auteurs : « *la plupart du temps, si le commerce est immatriculé au nom du conjoint, c'est l'autre qui exerce effectivement l'activité commerciale et détient tous les pouvoirs financiers* ». Par conséquent, « *il conviendrait de supprimer de l'article 7, alinéa 2 cette notion d'exercice séparé de celui du conjoint pour tenir compte de cet état de fait.* »<sup>3</sup>. En tout état de cause, on notera que le texte ne pose aucune distinction entre le mari et la femme, ce dont il semble possible de déduire que la femme mariée n'a plus besoin de l'autorisation de son mari<sup>4</sup>.

Mais laissons de côté ces questions de vie conjugale, pour en revenir aux rapports du père à son enfant, et plus précisément aux liens de filiation qui unissent le droit OHADA au droit français. Lorsque l'Acte Uniforme envisage l'exercice du commerce, ils apparaissent de façon flagrante.

## B.- L'exercice du commerce

Pour le droit OHADA comme pour le droit français, exercer le commerce, c'est, on l'a dit, accomplir des actes de commerce (1). Mais l'Acte Uniforme subordonne aussi l'exercice du commerce à certaines conditions (2). Enfin, l'exercice du commerce est la source de plusieurs obligations pour le commerçant (3). Sur ce dernier point comme sur les autres, l'héritage du droit français est prégnant.

---

<sup>1</sup> Il faut dire qu'il était d'autant plus logique de retenir une telle définition qu'elle était déjà retenue dans les Etats de la Zone Franc, que ceux-ci aient refondu leur Code de commerce ou pas : voir sur ce point M. Koné, *op. cit.*, n°124.

<sup>2</sup> L'article L 121-3 du Code de commerce dispose que « *Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.* ». Sur l'interprétation de ce texte, qui n'interdit pas de reconnaître la qualité de commerçant au conjoint qui participe à l'exploitation du fonds de commerce de l'autre, voir F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, 9<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, n°40).

<sup>3</sup> B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *op. cit.*, n°161.

<sup>4</sup> J. Lohoues-Oble, *op. cit.*

## 1/ Les actes de commerce

Comme le Code de commerce français, l'Acte Uniforme s'abstient de toute définition générale de l'acte de commerce, et préfère procéder à une énumération (article 3). Certes, cette liste n'est pas limitative, ce qui constitue une différence notable avec les dispositions françaises, que les uns apprécieront sans doute<sup>1</sup> quand d'autres seront plus sceptiques sur l'intérêt d'un inventaire non exhaustif<sup>2</sup>.

Mais au-delà de cette différence, on retrouve dans le texte de l'article 3 un certain nombre de formules qui évoquent assez nettement celles de l'actuel article L 110-1. Pour se limiter à quelques exemples, sont ainsi des actes de commerce « *l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente* » (le Code de commerce vise en son article L 110-1 : « *1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ; 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux* ») ; « *les opérations de location de meubles* » (le Code de commerce évoque « *Toute entreprise de location de meubles* ») ou encore « *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* » (le Code de commerce vise « *Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières* »). Les opérations de manufacture, de transport, les opérations de banque et de courtage sont également, comme en France, des actes de commerce.

La filiation avec le Code de commerce apparaît encore lorsque l'on envisage, non plus la définition des actes de commerce, mais la question de leur preuve. Voici en effet l'article 5 de l'Acte Uniforme : « *Les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants* ». Et voici maintenant l'article L 110-3 du Code de commerce français : « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.* ».

On retrouve également une parenté certaine entre la formulation de l'article 18 de l'Acte Uniforme, qui dispose que « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* », et celle de l'actuel article L 110-4 du Code de commerce<sup>3</sup>. Cependant, au-delà de la formulation du texte, le droit français n'a pas pu inspirer sur ce point l'Acte Uniforme, puisqu'à l'époque de la rédaction de ce dernier, il prévoyait un délai de prescription de dix ans<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Certains auteurs regrettent en effet le caractère limitatif de l'énumération établie par le Code de commerce : Voir par ex. D. Houtcieff, *Droit commercial*, Armand Colin, 2005, n°100 : « *Certes, cette liste limitative est censée assurer un brin de sécurité juridique. Il n'en reste pas moins qu'elle est peu conforme à la souplesse et au pragmatisme que requiert le droit commercial.* ».

<sup>2</sup> B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *op. cit.*, n°158.

<sup>3</sup> « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes.* »

<sup>4</sup> L'ancien article 189 bis du Code de commerce, comme l'article L 110-4 dans sa version antérieure à 2008, prévoyait un délai de prescription de dix ans. C'est la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 qui a réduit ce délai à cinq ans.

## 2/ Les conditions à remplir pour exercer le commerce

Comme en France, le commerçant doit bien sûr être capable (art. 6). Comme en France, il ne peut être mineur (art. 7), à cette différence importante près, cependant, que le mineur émancipé peut exercer le commerce<sup>1</sup>.

Capable, le commerçant doit également échapper à toute incompatibilité, et sur ce point encore, la ressemblance avec le droit français est tout à fait frappante. En effet, on retrouve dans le droit OHADA la plupart des incompatibilités posées par le droit français. Par exemple, un fonctionnaire ne peut exercer une activité commerciale, pas plus que les officiers ministériels ou les auxiliaires de justice (article 9).

## 3/ Les obligations liées à l'exercice du commerce

En France comme dans la zone OHADA, le statut de commerçant va de paire avec certaines obligations comptables. Ainsi l'article 13 de l'Acte Uniforme impose-t-il à tous les commerçants de tenir un journal enregistrant au jour le jour les opérations commerciales de l'entreprise, un Grand Livre et un Livre d'Inventaire<sup>2</sup>.

Tenu par des obligations comptables, le commerçant d'Afrique est de surcroît, tout comme son homologue de France, tenu de s'immatriculer. Cette immatriculation doit être requise auprès du registre du commerce et du crédit mobilier, qui constitue l'objet exclusif du Livre II de l'Acte. La création de ce registre constitue une réforme importante car il s'agit de centraliser toutes les informations relatives au statut juridique et à l'endettement des commerçants, dans le but évident de faciliter l'information des cocontractants potentiels et des créanciers de l'entreprise et donc, au-delà, de sécuriser les activités commerciales. Importante, cette réforme était tout aussi nécessaire, car les systèmes d'inscription utilisés auparavant par les différents Etats membres avaient la réputation d'être peu fiables et quelque peu désuets<sup>3</sup>.

Le registre du commerce et du crédit mobilier est tenu par le Greffe de la juridiction désignée par la législation nationale comme compétente (art.20). Les données ainsi recueillies sont centralisées dans un Fichier national, un Fichier régional tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage centralisant lui-même les données consignées dans chaque Ficher National (art.20). Cela étant, il semblerait que la mise en place de ces divers registres soulève un certain nombre de difficultés, et notamment des problèmes d'informatisation<sup>4</sup>.

Comme le registre du commerce et des sociétés français, le RCCM a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, mais aussi celle des sociétés commerciales (art. 19) et des GIE (art. 27). Comme en France toujours, l'immatriculation constitue une obligation (art.25 pour les personnes physiques ; art. 27 pour les personnes morales) et la juridiction compétente peut rendre une décision enjoignant à l'intéressé

---

<sup>1</sup> Cela n'est pas possible en France : Article L 121-2 du Code de commerce : « *Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant* ».

<sup>2</sup> Cependant, il ne précise pas les sanctions encourues en cas de manquement à ces obligations, ni les délais de conservation des livres comptables : il y a sans doute là une lacune qu'il serait utile de combler (voir sur ce point B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *op. cit.*, n°167, qui considèrent à juste titre qu'une précision en ce sens serait utile en vue d'assurer une certaine sécurité juridique). S'agissant des modalités de tenue de ces documents comptables, le texte renvoie à l'Acte Uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises.

<sup>3</sup> *Id.*, n°170.

<sup>4</sup> *Id.*, n°172.

d'y faire procéder<sup>1</sup>. Et comme en France encore, cette immatriculation conditionne la naissance de la personnalité morale des sociétés commerciales (art. 98 de l'Acte relatif au droit des sociétés). Comme en France « enfin », « *les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus, ne peuvent se prévaloir, jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant* » mais « *elles ne peuvent invoquer leur défaut d'inscription au Registre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité.* » (art.39)<sup>2</sup>.

Cela étant, il n'est pas possible d'envisager le RCCM sans évoquer un certain nombre de différences importantes entre le droit français et le droit OHADA. Ainsi par exemple, il semble bien que les sociétés civiles ne soient pas soumises à l'obligation d'immatriculation<sup>3</sup>. En son article 27, l'Acte Uniforme vise en effet « *les sociétés et les autres personnes morales visées à l'Acte Uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique* ». Or comme son nom l'indique, ce dernier Acte ne s'applique quant à lui qu'aux sociétés commerciales et au GIE (art.1<sup>er</sup>).

En outre, le délai imposé par le Droit OHADA pour procéder à l'immatriculation n'est pas le même qu'en France. On sait que le Code de commerce impose le respect d'un délai de quinze jours (art. L123-8) ; l'Acte Uniforme laisse quant à lui plus de temps puisque l'immatriculation ne doit survenir que dans le délai d'un mois qui suit le début d'activité ou la constitution de la personne morale (art. 25 et 27).

Autre différence : selon l'article 38 de l'Acte Uniforme, « **toute** personne immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant au sens du présent Acte Uniforme » et seuls les GIE échappent à cette présomption. Or s'il établit bien, lui aussi, une telle présomption de commercialité, le Code de commerce français ne la pose qu'au sujet du commerçant personne physique, et non au profit des personnes morales (article L 123-7)<sup>4</sup>.

Enfin, une dernière différence – parmi d'autres – doit être signalée, et non des moindres. Elle tient à ce que le Registre du commerce et du crédit mobilier remplit une fonction que le registre du Commerce et des sociétés ne remplit pas en France : il reçoit toutes les inscriptions relatives aux sûretés mobilières, telles que les inscriptions de nantissement des actions et des parts sociales, du fonds de commerce, du matériel professionnel et des véhicules automobiles, des stocks, ou encore des privilèges du Trésor, de la Douane et des Institutions sociales, d'une réserve de propriété et du crédit-bail (art.19). Cette dernière solution aurait été inspirée par le droit sénégalais<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 42 : « *Faute par un commerçant personne physique ou morale de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, la juridiction compétente peut, soit d'office, soit à la requête du Greffe en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, ou de tout autre requérant, rendre une décision enjoignant à l'intéressé de faire procéder à son immatriculation* ». Comp. l'article L 123-3 du Code de commerce : « *Faute par un commerçant personne physique de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le juge commis soit d'office, soit à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, rend une ordonnance lui enjoignant de demander son immatriculation.* ».

<sup>2</sup> Les dispositions françaises sont sur ce point quasiment identiques : « *La personne assujettie à immatriculation qui n'a pas requis cette dernière à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité, ne peut se prévaloir, jusqu'à immatriculation, de la qualité de commerçant tant à l'égard des tiers que des administrations publiques. Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'inscription au registre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité.* » (article L 123-8 du Code de commerce).

<sup>3</sup> M. Koné, *op. cit.*, n°64.

<sup>4</sup> C'est qu'en effet, l'immatriculation est imposée en France à certaines personnes morales non commerçantes, si bien qu'il serait absurde de déduire la qualité de commerçant du simple fait de l'immatriculation (par ex. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, 9<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, n°214).

<sup>5</sup> M. Koné, *op. cit.*, n°353.

Mais vous voyez que je sors déjà du cadre de la première partie de mon intervention, pour envisager certaines divergences entre l'Acte Uniforme et le droit français. C'est que cet Acte Uniforme relatif au droit commercial général est bien loin d'être une simple « photocopie » du droit commercial français. Non seulement celui-ci n'est pas le seul inspirateur du droit OHADA, mais en plus il existe de nombreuses différences entre les dispositions françaises et les dispositions de l'Acte. Bref, le droit des pays de la zone Franc a pris ses distances avec son aïeul français ; il s'est largement émancipé.

## **II.- L'originalité du droit OHADA**

Là non plus, il n'est pas permis de prétendre à l'exhaustivité. Mais il est tout de même important de souligner que l'acte Uniforme comporte des dispositions qui ne figurent pas dans le Code de commerce français (A) et que d'autres dispositions de l'Acte traduisent de réelles divergences avec le droit commercial français (B).

### **A.- Des innovations**

Sur trois points au moins, les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont innové en introduisant dans l'Acte des dispositions qui ne figurent pas dans le Code de commerce français : une définition du fonds de commerce (1), des dispositions communes à tous les intermédiaires (2) et une réglementation de la vente commerciale (3).

#### **1/ Une définition du fonds de commerce**

Le Livre III de l'Acte Uniforme, intitulé « *Bail commercial et fonds de commerce* », comporte un Titre II consacré au fonds de commerce. Les chapitres 2 et 3 de ce titre régissent respectivement la location-gérance du fonds et sa cession. Leurs dispositions sont dans l'ensemble très proches de celles du droit français, à quelques remarquables exceptions près<sup>1</sup>.

Mais ce qu'il importe surtout de constater, c'est que le chapitre I de ce titre II a pour objet de donner une « *définition du fonds de commerce* ». Ainsi, aux termes de l'article 103, « *le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle* ». Le texte ajoute qu'« *il regroupe différents éléments mobiliers, corporels et incorporels* ». Cette définition ne surprendra pas le juriste français, car elle place la clientèle au cœur de la notion de fonds de commerce. Or depuis longtemps, la Cour de cassation française estime que la clientèle est l'élément essentiel du fonds<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Par exemple : l'article 109 de l'Acte exige des personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance qu'elles aient été commerçantes pendant deux années et qu'elles aient exploité le fonds en qualité de commerçant pendant une année au moins. S'agissant de la cession du fonds, l'Acte n'exige pas de ventilation du prix ; il indique que l'inexactitude des mentions devant obligatoirement figurer dans l'acte peut entraîner la nullité de la vente (art. 119) ; le délai d'opposition des créanciers est de 30 jours (article 125).

<sup>2</sup> Req. 23 octobre 1934, S 1934, 1, 392 ; 15 février 1937, DH 1937, 179.



Ce qui est beaucoup plus remarquable au regard du droit français, c'est l'existence même d'une telle définition. En effet, on sait que le législateur français s'est toujours abstenu de définir le fonds de commerce et qu'aujourd'hui encore, le Code de commerce ne comporte aucune définition de cette notion essentielle. L'innovation du droit OHADA sur ce point est donc tout à fait notable.

Elle l'est d'autant plus que l'Acte Uniforme ne se contente pas de définir la notion de fonds de commerce : il définit également le contenu du fonds, en opérant une distinction entre ses éléments essentiels et ses éléments facultatifs. Les premiers sont visés par l'article 104, et désignés par le terme de « *fonds commercial* » : il s'agit de la clientèle et de l'enseigne ou du nom commercial. Les seconds sont énumérés par l'article 105 : « *Le fonds de commerce peut comprendre en outre, à condition qu'ils soient nommément désignés, les éléments suivants :*

- *Les installations,*
- *Les aménagements et agencements,*
- *Le matériel,*
- *Le mobilier,*
- *Les marchandises en stock,*
- *Le droit au bail,*
- *Les licences d'exploitation,*
- *Les brevets d'invention, marque de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaire à l'exploitation ».*

La détermination du contenu essentiel du fonds de commerce constitue une réelle innovation au regard du droit français, puisque si la fameuse loi du 17 mars 1909 donnait une liste des éléments que le fonds pouvait comprendre, elle ne contenait aucune liste de ses éléments obligatoires. Une telle avancée est certainement louable, si l'on observe qu'en France au moins, la question du contenu « minimum » du fonds de commerce a pu être source de nombreuses incertitudes<sup>1</sup>. Le droit OHADA répond ainsi à une interrogation récurrente, tenant à savoir si le fonds de commerce peut être limité à la clientèle : la réponse est clairement négative puisqu'il apparaît qu'outre cette clientèle, le fonds doit comprendre le nom ou l'enseigne.

Cela étant, on peut tout de même se demander s'il était bien justifié de propulser ainsi le nom commercial et l'enseigne au titre d'éléments essentiels du fonds. Certes, ils constituent des éléments d'identification du fonds et permettent ainsi de rallier la clientèle. Pour autant, est-il totalement absurde de considérer qu'une clientèle puisse être attachée davantage à l'emplacement du commerce ou à l'agencement du local qu'au nom ou à l'enseigne ?

S'agissant des éléments facultatifs du fonds, on retrouve à peu de choses près ceux qui étaient visés en France par la loi de 1909. Faut-il admettre que la liste fournie par l'Acte Uniforme est limitative? Les avis sont très partagés<sup>2</sup> et j'avoue pencher plutôt pour l'affirmative,

---

<sup>1</sup> J. Calais-Auloy, « *Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce* », in *L'entreprise personnelle*, Tome II, Critique et prospective, sous la direction de A. Sayag, Librairies Techniques, 1981, p.163.

<sup>2</sup> Pour l'affirmative : J. Lohoues-Oble, *op. cit.* ; pour la négative, M. Koné, *op. cit.*, n°603.

car la formulation de l'article 105 n'est pas très ouverte<sup>1</sup>. Quoiqu'il en soit, une clarification sur ce point serait sans doute bienvenue.

Mais il y a deux problèmes plus graves. Le premier résulte de la confrontation entre l'article 103 et l'article 104 de l'Acte Uniforme. Selon l'article 103, le fonds de commerce comprend, par définition, des éléments mobiliers corporels. Or l'article 104 n'érige aucun élément de cette nature au rang d'élément essentiel du fonds : n'y aurait-il pas là une incohérence ?

Le second problème tient à une autre incohérence, qui résulte cette fois de la confrontation entre l'article 104 et l'article 69 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés. Aux termes de ce dernier texte, « *le nantissement du fonds de commerce porte sur la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail commercial et les licences d'exploitation* » (art. 69 1°) et « *peut porter, aussi, sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tels que les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle ainsi que sur le matériel* » (art. 69 2°). L'article 69 maintient ainsi une distinction entre les éléments essentiels et les éléments secondaires du fonds. Cependant, il est assez troublant de constater qu'il étend assez sensiblement la première catégorie puisqu'à la clientèle, au nom et à l'enseigne – d'ailleurs envisagés de façon non plus alternative mais cumulative –, il ajoute le droit au bail commercial et les licences d'exploitation. Au pire, il s'agit d'une incohérence. Au mieux, on peut y voir une simple absence d'homogénéité de la notion de fonds de commerce, qui recouvrerait une réalité différente lorsque le fonds serait l'objet d'un nantissement<sup>2</sup>.

## **2/ Des dispositions communes à tous les intermédiaires**

Le Livre IV de l'Acte Uniforme est consacré aux Intermédiaires de commerce. Sur ce Livre, il y aurait beaucoup à dire, car contrairement au Code de commerce français, qui se montre parfois assez laconique – sur le commissionnaire et sur le courtier notamment – l'Acte Uniforme expose de façon minutieuse les règles applicables au courtier, au commissionnaire et aux agents commerciaux. En raison du temps qui m'est imparti, il m'est impossible d'évoquer dans le détail ces règles, si bien que je me contenterai de dire qu'elles sont, de façon générale, assez similaires à celles du droit français, cette similitude apparaissant notamment de façon très nette dans le Titre III, consacré aux agents commerciaux.

Ce sur quoi je voudrais ici insister davantage, c'est sur l'existence, dans l'Acte Uniforme, de règles communes à l'ensemble des intermédiaires de commerce. Cette démarche consistant à énoncer le droit commun de l'intermédiation est tout à fait novatrice et, en tout cas, inconnue comme telle en droit positif français. En Afrique, elle s'imposait semble-t-il de façon assez pressante<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cela étant, en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, le texte est clairement ouvert puisqu'il vise « *tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaire à l'exploitation du fonds* ».

<sup>2</sup> M. Koné, *op. cit.*, n°606.

<sup>3</sup> Voir ainsi K. Lohoues-Oblet, *op. cit.* : « *La réglementation vient apporter en la matière des clarifications importantes. Car dans certains pays comme le Sénégal ou la Côte d'Ivoire, un minimum de règles régissaient les courtiers, commissionnaires, agents d'affaires et autres, c'était des auxiliaires de commerce. Mais ces législations nationales étaient non seulement éparses mais aussi incomplètes et insuffisantes face au rôle de plus en plus important que jouent les intermédiaires dans la vie économique.* ».

Le Titre 1<sup>er</sup> du Livre IV est ainsi intitulé « Dispositions communes » et débute par une définition de l'intermédiaire de commerce : « L'intermédiaire de commerce est celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial » (art. 137). Cette définition est assez troublante, car elle cantonne l'activité d'intermédiaire à la conclusion d'un contrat de vente à caractère commercial. Or il s'agit assurément là d'une vision assez étriquée de l'activité de l'intermédiaire : on en veut pour preuve que l'article 184 de l'Acte Uniforme 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 prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être liés envers eux par un contrat de travail ». L'activité de l'agent commercial ne se cantonne donc pas à la conclusion de ventes à caractère commercial.

Une fois cette définition posée, l'Acte Uniforme précise en son article 138 que « *L'intermédiaire de commerce est un commerçant* ». Cette disposition est surprenante pour un juriste français, car il est acquis en droit français que l'agent commercial n'a pas la qualité de commerçant, le mécanisme de la représentation le rendant transparent : seul le mandant est commerçant<sup>1</sup>.

Après avoir posé ces définitions, puis défini le champ d'application des dispositions communes, l'Acte Uniforme régit successivement la constitution et l'étendue du pouvoir de l'intermédiaire (Chap.2), les effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire (Chap. 3) et enfin la cessation du mandat de l'intermédiaire (Chap. 4).

Globalement, les règles ainsi définies sont celles du mandat. C'est ce qui ressort expressément de l'article 143, qui énonce que « *les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers (...)* », mais aussi, par exemple, de l'article 148, qui dispose que « *lorsque l'intermédiaire agit pour le compte du représenté dans les limites de son pouvoir, et que les tiers connaissent ou devaient connaître sa qualité d'intermédiaire, ses actes lient directement le représenté au tiers (...)* ». Pour prendre un dernier exemple, l'article 150 de l'Acte Uniforme dispose encore dans le même sens que « *la responsabilité de l'intermédiaire est soumise, d'une manière générale, aux règles du mandat.* ».

Sans pouvoir entrer davantage dans le détail de ces règles, deux remarques s'imposent. En premier lieu, l'application des règles du mandat n'est pas sans poser problème, lorsque l'on envisage les cas du courtier et du commissionnaire. En effet, l'Acte Uniforme définit ce dernier comme « *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* » (art. 160) : le commissionnaire n'est donc pas le mandataire du commettant, si l'on admet que par définition, le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Quant au courtier, il n'est pas non plus mandataire puisqu'aux termes de l'article 176, il est « *celui qui fait habituellement profession de mettre en rapport des personnes en vue de faciliter, ou de faire aboutir, la conclusion de conventions, opérations ou transactions entre ces personnes.* ». Il se borne donc à mettre en rapport, mais n'agit pas au nom et pour le compte du donneur d'ordre.

Cependant, l'article 143 prend bien soin d'indiquer que les règles du mandat ne s'appliquent que « *sous réserve des dispositions particulières du présent livre* », ce qui signifie au final qu'elles ne s'appliqueront au courtier et au commissionnaire que dans la mesure où elles ne seront pas incompatibles avec les règles particulières qui les régissent. De surcroît, il est sans

---

<sup>1</sup> Par ex. D. Houtcieff, Droit commercial, Armand Colin, 2005, n°760.

doute possible aujourd'hui d'admettre l'existence de mandats sans représentation, ce qui permettrait au moins de considérer que les commissionnaires sont des mandataires, à partir du moment où ils agissent pour le compte d'autrui<sup>1</sup>. D'ailleurs, en France, de nombreux auteurs considèrent le contrat de commission comme une variante du mandat<sup>2</sup>.

En second lieu, l'analyse du contenu des dispositions communes à tous les intermédiaires peut conduire à nuancer l'importance de l'innovation que réalise l'Acte Uniforme au regard du droit français. On l'a dit en effet, ces dispositions communes sont pour l'essentiel les règles du mandat. Or si les textes français ne contiennent pas, de façon formelle, l'énoncé de dispositions communes à tous les intermédiaires, les règles du droit commun du mandat s'appliquent aussi assez largement aux contrats d'intermédiation. C'est dire que sur le fond et sur ce point, la différence n'est sans doute finalement pas si grande entre le droit français et le droit OHADA.

### **3/ Une réglementation de la vente commerciale**

En droit français, la vente commerciale est pour l'essentiel soumise au droit commun de la vente. Elle ne fait pas l'objet d'une réglementation d'ensemble spécifique, si ce n'est en matière de vente internationale de marchandises<sup>3</sup>. Le droit OHADA se distingue donc clairement du droit français sur ce point, puisque le Livre V de l'Acte Uniforme est entièrement dédié à la vente commerciale.

Plus précisément, l'Acte Uniforme régit les « *contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales* » (art.202). Comme il l'indique expressément, il ne régit donc pas les ventes aux consommateurs, pas plus que les ventes sur saisie ou les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaies ou devises, ou encore les cessions de créances (art.203). De surcroît, les dispositions du Livre V n'excluent pas l'application des règles du droit commun puisqu'aux termes de l'article 205, « *outre les dispositions du présent Livre, la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun* ».

Ces précisions ayant été apportées dans un chapitre 1 du premier titre, s'ensuit l'énoncé de quelques dispositions générales (Chap. 2), parmi lesquelles on relèvera notamment l'article 207, qui accorde une importance toute particulière aux usages : « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies dans leurs relations commerciales (al.1<sup>er</sup>). Sauf conventions contraires des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat de vente commerciale, aux usages professionnels dont elles avaient connaissance, ou auraient dû avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale considérée.* » (al.2).

L'Acte Uniforme régit ensuite la formation du contrat (Titre II), les obligations des parties (Titre III) et les effets du contrat (Titre IV). Encore une fois, il est évidemment impossible ici d'envisager cette réglementation dans le détail. Je me contenterai donc de souligner rapidement quelques dispositions marquantes.

S'agissant de la formation du contrat, il peut ainsi être noté que le droit OHADA consacre la théorie de la réception : « *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où*

---

<sup>1</sup> Comp. B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *op. cit.*, n°254.

<sup>2</sup> Par ex. D. Houtcief, *op. cit.*, n°748; F. Dekeuwer-Defossez, E. Blary-Clément, *op. cit.*, n°275.

<sup>3</sup> Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

*l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur d'une offre* » (article 213). Cette précision était semble-t-il nécessaire, car il existait des disparités sur ce point entre les diverses législations nationales<sup>1</sup>. A titre de comparaison, on peut noter qu'en France, c'est également cette théorie de la réception qui a le vent en poupe dans les divers avant-projets ou projets de réforme du droit des contrats<sup>2</sup>. Toutefois, il convient de préciser que l'Acte Uniforme ne consacre que partiellement cette théorie, puisqu'il prévoit en son article 211 qu'« *une offre peut être révoquée, si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation* » : c'est donc alors le moment de l'expédition de l'acceptation qui compte.

En ce qui concerne les obligations des parties, l'Acte Uniforme précise très classiquement que le vendeur est tenu d'une obligation de livraison, d'une obligation de conformité et d'une obligation de garantie. Sur ce dernier point, l'article 230 dispose ainsi qu'il « *doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions* ». Et le texte suivant ajoute que « *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 prix moindre s'il l'avait connu* ». De façon assez surprenante, l'Acte Uniforme ne prévoit cependant pas l'obligation de garantie du fait personnel du vendeur<sup>3</sup>.

Quant à l'acheteur, il est bien sûr tenu de payer le prix, mais aussi de prendre livraison des marchandises. Cette dernière obligation revêt d'ailleurs une importance cruciale, car contrairement au droit français, qui fait dépendre le transfert de propriété de l'échange des consentements, le droit OHADA relie ce transfert à la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue. En effet, l'article 283 de l'Acte dispose que « *sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue* ». C'est donc la prise de livraison, et non l'échange des volontés, qui emporte transfert de propriété.

Après avoir défini les obligations des parties, l'Acte Uniforme régit dans le détail les sanctions de leur inexécution. Et sur ce point, deux dispositions méritent une attention particulière : celles de l'article 245 et celles de l'article 246. Le premier texte prévoit en effet une sanction assez originale, qui est une sorte d'exception d'inexécution anticipée. Alors que l'exception d'inexécution est traditionnellement envisagée comme une réponse à inexécution déjà consommée, le dispositif de l'article 245 permet à l'une des parties de différer l'exécution de ses obligations en prévision d'une inexécution à venir : « *Une partie peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait 1° d'une grave insuffisance dans sa capacité d'exécution, ou 2° de son insolvabilité ou 3° de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat* ».

L'article 246 prévoit quant à lui la possibilité d'une résolution du contrat, mais d'une résolution anticipée : « *Si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra un manquement essentiel à ses obligations, l'autre partie peut demander à la juridiction compétente la résolution de ce contrat* ». La résolution n'est donc plus à proprement parler la conséquence d'une inexécution, mais permet au contraire d'anticiper sur la survenance d'une telle inexécution. Ce mécanisme n'est pas sans évoquer celui qui est aujourd'hui proposé en France dans le projet de réforme de la chancellerie, notamment<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> J. Lohoues-Oble, *op. cit.*

<sup>2</sup> Par ex. art. 1107 du projet « Catala » ; article 31 du projet de réforme de la Chancellerie.

<sup>3</sup> B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *op. cit.*, n°298.

<sup>4</sup> Article 169 de ce projet.

Pour le reste, les sanctions de l'inexécution des obligations du vendeur et de l'acheteur sont beaucoup plus classiques : résolution, exécution forcée ou dommages-intérêts. Mais ce classicisme ne doit pas faire oublier que l'existence même d'une réglementation de la vente commerciale constitue une réelle innovation du droit OHADA, et un signe de son originalité au regard du droit français.

Ainsi, sur certains points, que je viens d'évoquer, le droit OHADA « régit plus » que le droit français. Sur d'autres, il régit différemment, contient des dispositions opposées à celles du droit français.

## **B.- Des oppositions**

A plusieurs égards, les solutions de l'Acte Uniforme diffèrent de celles du droit commercial français. Il serait envisageable de citer de nombreux exemples de ces divergences, mais il m'est là aussi impossible d'être exhaustif. Et c'est pourquoi je souhaiterais concentrer mon propos sur deux divergences importantes entre le droit OHADA et le droit français : la première ressort d'une extension du domaine des actes de commerce (1) ; la seconde est révélée par l'étude des dispositions de l'Acte Uniforme relatives aux baux commerciaux (2).

### **1/ Sur le domaine des actes de commerce**

On l'a dit, l'énumération des actes de commerce qui figure à l'article 3 de l'Acte Uniforme présente de nombreuses similitudes avec celle de l'article L 110-1 du Code de commerce. Pour autant, ce constat ne doit pas occulter certaines différences importantes.

Ainsi, l'article 4 de l'Acte Uniforme prévoit-il que la lettre de change, le billet à ordre et le warrant constituent des actes de commerce par la forme. Or s'il est bien acquis en droit français que la lettre de change est un acte commercial par la forme, le warrant et le billet à ordre ne peuvent traditionnellement revêtir un caractère commercial qu'en application de la théorie de l'accessoire : ils doivent donc être émis par un commerçant dans l'exercice de son activité ou être accessoires à un acte de commerce. Il existe ainsi sur ce point une opposition entre le droit OHADA et le droit français, qui ne tient certes pas à la commercialité des actes, mais à la raison de leur commercialité.

En outre, l'Acte Uniforme intègre dans la catégorie des actes de commerce des actes qui en sont habituellement exclus en droit français. Par exemple, l'article 3 cite en son alinéa 5 « *l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles* ». Pourtant, s'il considère l'exploitation des mines comme un acte commercial, le droit français refuse quant à lui de considérer les autres activités dites extractives comme des actes de commerce<sup>1</sup>. Et l'on peut encore remarquer que l'Acte Uniforme cite expressément les opérations de télécommunication, qui ne sont pas visées par le Code de commerce, ainsi que toutes les opérations d'assurance, sans aucune distinction, et l'achat de biens immeubles en vue de leur revente, sans reprendre sur ce point l'exception formulée par l'article L 110-1 du Code de

---

<sup>1</sup> M. Koné, *op. cit.*, n°385.

commerce (« *Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux* »)<sup>1</sup>.

Enfin, il faut encore évoquer la formule de l'article 3 de l'Acte Uniforme, aux termes de laquelle « *les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* » sont des actes de commerce. Il s'agit là indiscutablement d'une consécration de la théorie dite de l'accessoire commercial subjectif<sup>2</sup>, celle de l'accessoire commercial objectif étant d'ailleurs nettement consacrée par le même texte lorsqu'il fait des « *actes effectués par les sociétés commerciales* » des actes de commerce.

Or on sait qu'en France, la théorie de l'accessoire commercial subjectif a été notamment élaborée à partir de l'ancien article 632 du Code de commerce, qui incluait dans les actes de commerce « *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers* ». Sur le fondement de ce texte, qui visait sans distinction toutes les obligations, la jurisprudence a étendu la commercialité aux obligations contractuelles nées à l'occasion du commerce, mais aussi aux obligations délictuelles<sup>3</sup>. D'où la question de savoir si, en ne visant que les seuls contrats conclus entre commerçants pour les besoins de leur commerce, l'Acte Uniforme ne restreindrait pas le domaine de la commercialité par accessoire. On croit pouvoir pencher pour une réponse affirmative<sup>4</sup>, étant cependant observé que la liste de l'article 3 n'est nullement limitative et que les législations nationales et la jurisprudence auront vraisemblablement tout le loisir d'étendre la commercialité par accessoire aux obligations délictuelles.

## **2/ Sur le régime des baux commerciaux**

L'Acte Uniforme consacre plus de 30 articles au bail commercial (Livre III, Titre 1). Sur plusieurs points, les règles ainsi exposées sont comparables à celles du droit français. Ainsi par exemple, les parties sont-elles libres de fixer le loyer initial (art. 84), ce loyer pouvant par la suite être révisé tous les trois ans et le cas échéant fixé alors par le juge en cas de désaccord (art. 85). De même, le preneur bénéficie d'un droit au renouvellement, qui pourra se traduire par l'octroi d'une indemnité d'éviction en l'absence de motifs légitimes de refus de renouvellement (art. 91 et s.). Comme en droit français, la sous-location est également interdite en l'absence d'autorisation du propriétaire (art. 89). Et, de façon générale, de nombreuses dispositions sont d'ordre public (art.102).

Mais au-delà de ces quelques points communs, le droit OHADA des baux commerciaux s'oppose assez franchement au droit français.

Sur le champ d'application du statut, d'abord. On sait qu'en droit français, le statut des baux commerciaux n'est plus l'apanage des seuls commerçants<sup>5</sup>. Cela étant, le principe demeure posé à l'article L 145-1 du Code de commerce : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers* ». Le régime

---

<sup>1</sup> Sur ces questions et sur l'originalité du droit Ohada, voir M. Koné, *op. cit.*, n°s 384 et s.

<sup>2</sup> Sur laquelle voir par exemple F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *op. cit.*, n°44.

<sup>3</sup> *Id.*, n°47.

<sup>4</sup> Voir notamment M. Koné, *op. cit.*, n°115.

<sup>5</sup> Cf Art. L 145-2 du Code de commerce.

des baux commerciaux s'applique donc en principe aux commerçants, aux industriels et aux artisans qui exploitent un fonds, et il n'est pas pour l'heure étendu à l'ensemble des professionnels. Et c'est sur ce point que l'Acte Uniforme s'oppose nettement au Code de commerce français. En effet, il ressort de son article 69 que les dispositions du Titre 1 du Livre II sont applicables dans les villes de plus de cinq mille habitants<sup>1</sup> à tous les baux portant sur des immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel. Ainsi, il n'est guère nécessaire qu'un fonds de commerce soit exploité dans les lieux loués, ce qui explique notamment que les dispositions relatives aux baux commerciaux soient inscrites dans une division de l'Acte distincte de celle consacrée au fonds de commerce<sup>2</sup>. Mais il y a plus : le bénéfice des dispositions relatives aux baux commerciaux est étendu à tous les professionnels, quels qu'ils soient, et il n'est donc pas interdit de considérer qu'un agriculteur, un médecin ou un avocat est en droit de les invoquer. Comme le relève un auteur, « *le critère d'application du statut des baux commerciaux est désormais l'affectation du local à un usage professionnel. Autrement dit, il n'y a plus à distinguer entre les commerçants et les artisans d'une part, et les autres professionnels d'autre part. Tous les locaux à usage professionnel bénéficient du statut des baux commerciaux* »<sup>3</sup>.

Une autre différence importante entre le droit français et le droit OHADA tient à la fixation de la durée du bail. En France, cette durée est impérative, et ne peut être inférieure à 9 ans<sup>4</sup>. La solution de l'Acte Uniforme est très éloignée de cette règle, puisque son article 72 dispose que « *les parties fixent librement la durée des baux* ». Ainsi, le bail commercial peut-il être aussi bien conclu pour une durée déterminée que pour une durée indéterminée. Et lorsqu'il est à durée déterminée, aucune durée minimale n'est imposée. Il est simplement prévu qu'en cas de renouvellement du bail, la durée du nouveau bail sera fixée à trois ans, en l'absence d'accord différent des contractants (art. 97). Assurément, cette possibilité de libre fixation de la durée du bail détonne par rapport au droit français.

Et le régime des baux commerciaux prévu par l'Acte Uniforme affirme décidément nettement son originalité, puisque l'on peut encore relever que la déspecialisation du bail, même plénière, ne semble pas subordonnée à l'autorisation du bailleur. Il est en effet simplement prévu que « *si le preneur donne aux locaux un autre usage que celui auquel ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail* » (art. 81). On croit donc comprendre qu'en l'absence de préjudice subi par le bailleur, la déspecialisation réalisée sans son autorisation est parfaitement possible.

Ce n'est pas tout. En droit français, les révisions de loyer en cours de bail sont strictement réglementées, et il est notamment prévu dans ce cadre un plafonnement de la hausse de loyer. En droit OHADA, il n'en est rien. Il est simplement prévu qu'à défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente pourra être saisie par la partie la plus diligente, et tiendra compte notamment de la situation des locaux, de leur superficie, de leur état de vétusté et du prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires (art. 85). Mais il n'est posé aucune limite à l'augmentation de loyer, ce qui peut tout de même paraître assez défavorable aux intérêts du locataire.

Dès lors, il devient possible de se demander si les dispositions de l'Acte Uniforme ne seraient pas moins protectrices des intérêts du preneur que les dispositions françaises. La

---

<sup>1</sup> Cette limitation était déjà appliquée dans de nombreux Etats de la zone Franc : cf M. Koné, *op. cit.*, n°380.

<sup>2</sup> Cela n'est pas le cas dans le Code de commerce, puisque le chapitre consacré aux baux commerciaux figure dans un Titre IV intitulé « *Du fonds de commerce* ».

<sup>3</sup> M. Koné, *op. cit.*, n°372.

<sup>4</sup> Article L 145-4 du Code de commerce.



question se pose d'ailleurs avec d'autant plus d'acuité si l'on se réfère à l'article 92 de l'Acte, dont il ressort que le preneur qui n'a pas formé sa demande de renouvellement au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail « *est déchu du droit au renouvellement du bail* ». Cette déchéance du droit au renouvellement est étrangère au droit français, puisqu'il est acquis qu'en l'absence de congé délivré par le bailleur, le locataire pourra demander le renouvellement à tout moment durant la période dite de tacite reconduction.

Mais pour répondre à la question de savoir si le droit OHADA est réellement moins protecteur du locataire que le droit français, il faudrait évidemment procéder à une étude plus approfondie de ses dispositions, ce que je n'ai bien sûr pas le temps de faire ici devant vous. Il ne me reste donc qu'à m'excuser d'être si superficiel et si incomplet, de n'avoir fait que survoler cet Acte Uniforme relatif au droit commercial général.