



Le régime de la médiation commerciale de *l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* et sa combinaison avec le droit de production interne de Guinée-Bissau

João Espírito Santo*

I. L'intégration économique régionale ouest-africaine

L'intégration économique peut être définie comme « [...] le processus par lequel des États souverains s'efforcent d'éliminer toutes les formes de discrimination entre leurs agents économiques au but de constituer un espace économique unique »¹.

L'intégration régionale des marchés a été une voie qui a utilisé la plupart des pays en développement aux années soixante et soixante-dix du XX^e siècle, par des accords commerciaux et des projets de coproduction. L'Afrique subsaharienne s'inscrit à cette tendance historique. Dans les années 1980 et dans la région occidentale, il y avait trois accords commerciaux : la Communauté

* Professeur Assistant de la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne / Coordinateur Scientifique de la Faculté de Droit de Bissau.

¹ ADAMA DIAW, "Avantages et inconvénients de l'intégration de la Guinée-Bissau à l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine », en *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, 5, 1998, 53 (53-65).



Africaine de l'Afrique de l'Ouest (CEAO), la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et l'Union du Fleuve Mano².

Les résultats de la croissance économique ciblée par ces techniques d'intégration se sont avérés largement insuffisants, ce qui a conduit par la suite à des efforts d'approfondissement de l'intégration par une technique différente : la coopération institutionnelle transnationale, avec la création d'organisations particulières au domaine général de la politique économique, dotées des compétences sectorielles en matière de change, de devises, de fiscalité, de politique environnementale et de définition de règles communes et d'institutions de surveillance et de juridictions communes.

Dans la région subsaharienne occidentale, l'intégration économique a été approfondie par le transit de la CEAO (Communauté Économique de l'Afrique de l'Ouest), créé en 1973, à la CEDEAO (Communauté Économique des États d'Afrique de l'Ouest), établie en 1975³.

Le CEAO et la CEDEAO sont historiquement affiliés à une matrice d'intégration économique d'un groupe de colonies françaises en Afrique, datant de 1895, l'année de la création institutionnelle de *l'Afrique Occidentale Française*, avec libre circulation de

² *Idem*, 54, n. 2.

³ Sur la constitution et l'évolution de la CEDEAO, cf. JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional: Contributo para o Estudo das Mutações no Processo de Integração Económica e Monetária na África Ocidental* (trad. au français: *Droit Communautaire Matériel et Intégration Sous-Régional : Contribution à l'Étude des Mutations dans le Processus d'Intégration Économique et Monétaire en Afrique de l'Ouest*), Almedina, Coimbra, 23 et suiv.



marchandises, tarif extérieur commun, monnaie émise par un banque commerciale et équivalente à la monnaie française, donnant naissance, en 1939, à la *zone franc*, et qui a été poursuivi, sous plusieurs formes, après l'indépendance des territoires concernées⁴. Au cadre des indépendances, en 1959, six nouveaux États d'Afrique Occidentale - tous des anciens territoires coloniaux français - la Côte-d'Ivoire, le Dahomey (actuel Bénin), la Haute-Volta (aujourd'hui, Burkina Faso), la Mauritanie, le Niger et le Sénégal, ont constitué la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), pour la gestion d'une monnaie commune : le franc CFA (Franc de la Communauté Financière Africaine)⁵.

Au sein de la CEDEAO fonctionne l'UEMOA (Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine), succédant à l'originaire UMOA (Union Monétaire Ouest-Africaine), qui vise la coordination et l'harmonisation des politiques macro-économiques et sectorielles des États membres, la création d'un marché unique de biens, de services et de facteurs de production, bien que l'harmonisation du cadre juridique et réglementaire de l'activité économique dans l'Union.

⁴ Cf. JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional*, cit., 35 et suiv. Sur l'émergence historique de la *zone franc*, cf. aussi *Histoire de l'Union Monétaire Ouest Africaine*, Banque centrale de l'Afrique de l'Ouest, Tomo I, Georges Israël Éd., Paris, 2000, Tome I, 138 et suiv.

⁵ Sur la *zone franc* postérieure à l'indépendance, dit JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional*, cit., 44, « [l]a zone franc peut être considérée comme un espace monétaire homogène dans lequel les États membres adoptent une politique commune en matière de monnaie et de crédit ainsi que des règles uniformes en matière monétaire et de services bancaires » (notre traduction).



L'UMOA a été créée par un traité du 12 mai 1962, au seul but de l'harmonisation des lois monétaires et bancaires des États membres, instrumentales à l'objectif monétaire à la base de sa création⁶. Le Traité ne prévoyait pas toutefois l'attribution de pouvoir normatif aux institutions qu'il avait créées (la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement et le Conseil des Ministres) et, ainsi, l'harmonisation a été réalisée par l'intermédiaire de la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), institution de l'Union elle-même, par une procédure *ad hoc*. L'élargissement du champ d'application de l'intégration – économique e pas seulement monétaire – serait plus tard la voie de l'approfondissement institutionnel et normatif de l'Union. Par le Traité du 14 Novembre 1973 apparaissait donc le successeur de l'UEMOA, déjà avec le but de créer entre les États membres un marché commun fondé sur la libre circulation des personnes, des services et des capitaux⁷.

La Guinée-Bissau a été admise membre de l'UEMOA par un accord signé le 29 janvier 1997⁸ ; l'adhésion à un traité sur l'harmonisation du *droit des affaires* (OHADA) peut se rapporter — en dépit de pouvoir lui présider une multiplicité complexe

⁶ Cf. JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional*, cit., 218 et suiv.

⁷ Sur la transition de l'UMOA à l'UEMOA et pour un cadre général des deux traités, cf. JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 64 et suiv.

⁸ Sur les antécédents de l'adhésion, cf. JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional*, cit., 59, n. 36.



d'objectifs — au renforcement de l'unification monétaire et à la facilitation de l'intégration économique⁹.

II. L'adhésion de Guinée-Bissau à L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires et l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après OHADA¹⁰) a été créé par traité signée le 17 octobre 1993 à la République de Maurice, au cadre d'un mouvement plus large d'intégration économique et juridique des Etats africains francophones¹¹.

Le Traité de l'OHADA, que se compose de 63 articles, a pour objet l'harmonisation du droit des affaires des Etats parties, objectif qu'il vise à atteindre, parmi d'autres moyens, par "[...] l'élaboration et

⁹ JOÃO MENDES PEREIRA, *Direito Comunitário Material e Integração Sub-Regional*, cit., 242.

¹⁰ [La note originale, qui contient une précision qui a du sens dans la version portugaise du présent écrit, est omise dans la version française, parce qu'elle n'a du sens en français].

¹¹ Sur le Traité de l'OHADA, cf., entre autres, JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, *OHADA - Harmonisation du droit d'affaires*, cit., 91 et suiv. ; TIAGO SOARES DA FONSECA, *O Tratado da OHADA* (traduction française : *Le Traité de l'OHADA*), JUS, Lex, Lisbonne, 2001, *passim*; SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)* [traduction française : *Droit commercial africain (OHADA)*], Almedina, Coimbra, 2012, 19 et suiv.



l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptés à la situation de leurs économies [...] " (art. 1)¹².

Pour mener les tâches prévues par le Traité, notamment celui de la production juridique uniforme dans le domaine du droit des affaires, il crée également une organisation dénommée *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) (art. 3).

Conformément à l'art. 2 du Traité, la portée de son objet — le *droit des affaires* — couvre les règles relatives au droit des sociétés, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux suretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, auquel s'ajoute : « [...] toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y enclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après"¹³.

Il convient, également, de signaler que le Traité stipule, dans son art. 5, I, que les actes approuvés pour l'adoption des règles uniformes prévues à l'art. 1 prennent la dénomination d'*Actes Uniformes* (ci-après, AU). L'AU est donc une source de droit de l'OHADA à caractère dérivé.

¹² [La note originale indique que la traduction du français au portugais, contenu à version portugaise du texte, est notre].

¹³ [La note originale indique que la traduction du français au portugais, contenu à version portugaise du texte, est notre].



Conformément à l'art. 10 du Traité, les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties (effet direct), nonobstant toute disposition contraire du droit interne, antérieur ou postérieur. Il convient de souligner l'importance de cette disposition conventionnelle : d'une part, l'efficace des AU dans les systèmes internes des États parties est directe, en dispensent, donc, des actes normatifs de transposition ; d'autre part, le droit secondaire de l'OHADA détient un niveau hiérarchique supérieur à celui du droit interne des Etats parties. L'article 10 du Traité consacre l'unification du droit des États Parties dans les secteurs par lui couverts et non sa simple harmonisation ; on refuse donc la compréhension doctrinale qui soutient une interprétation de cette norme comme déterminant uniquement l'harmonisation des droits des Etats parties du Traité de l'OHADA¹⁴.

Le supérieur niveau du droit dérivé de l'OHADA sur le droit de production nationale des États parties, quand il y a opposition entre eux, entraîne la révocation du second, si celui l'est antérieur, ou sa

¹⁴ Pour un rapport doctrinal des deux thèses en présence, unification *versus* harmonisation, cf. OSVALDO SILVA, *Sociedade criada de facto e sociedade de facto no direito da OHADA* (traduction française : *Société de fait et société de créée de fait au droit de l'OHADA*), sous presse. Soulevant toutefois la question de l'absence de couverture constitutionnelle en Guinée-Bissau pour l'applicabilité directe du droit international secondaire, cf. CLAUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, (traduction française : *Les garanties des obligations aux droits guinéen et de l'OHADA*), Almedina, Coimbra, 2009, 48 et suiv., concluant l'auteure, malgré cela, par l'applicabilité directe en Guinée-Bissau des actes uniformes de l'OHADA, en raison de la ratification du traité par l'organe constitutionnellement compétent, conclusion avec laquelle nous sommes d'accord.



nullité à cause de violation de règle de rang supérieure, s'il l'est postérieur.

Le traité de l'OHADA a été initialement signé par quatorze États (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Tchad, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal et Togo) et est entré en vigueur, selon son art. 52, II, première partie, soixante jours après le dépôt du septième instrument de ratification, qui a eu lieu le 18 Septembre 1995, décurent du dépôt de l'instrument de ratification du Niger.

Conformément à l'art. 53, I, du Traité, depuis son entrée en vigueur il est ouvert à l'adhésion de chacun des États membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA, ci-après), ainsi bien qu'États non membres de l'OUA, mais que soient invités à y adhérer par accord entre tous les États parties. Aux États adhérents, le traité et les actes uniformes entrent en vigueur soixante jours après la date de l'instrument d'adhésion. Le Traité n'accepte pas des réserves, conformément à son art. 54.

Après la signature du traité constitutif, ont rejoint à l'OHADA la Guinée Conakry et la Guinée-Bissau¹⁵.

¹⁵ La Guinée-Bissau a adhéré au Traité de l'OHADA le 15 janvier 1994 et a déposé son instrument de ratification le 26 décembre 1995; le traité est entré en vigueur en Guinée-Bissau le 20 février 1996 (TIAGO SOARES DA FONSECA, *O ato uniforme relativo ao direito das sociedades e do agrupamento complementar de empresas: considerações gerais*, cit., 23, n. 24 (traduction française : *L'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique : considérations générales*, cit., 23, n. 24).



Le traité a été révisé le 17 octobre 2008.

Nonobstant la portée du Traité OHADA dans la définition de son objet (art. 2), en déterminant ce qui constitue le *droit des affaires* à son effet, cet écrit se rapport uniquement à l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général (ci-après AU/DCG) du 15 décembre 2010¹⁶, qui correspond à une deuxième génération de l'AU/DCG approuvé le 17 avril 1997, ainsi qu'au Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (ci-après AU/DSC-GIE), du 30 janvier 2014¹⁷, qui correspond également à une deuxième génération de l'AU/DSC-GIE approuvé le 17 avril 1997. Les deux Actes Uniformes considérées, dans sa version de *première génération*, ont été approuvés après l'adhésion de la Guinée-Bissau à l'OHADA.

III. L'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général

L'AU/DCG comprend neuf Livres, ainsi qu'un Chapitre Préliminaire : le Livre I concerne les statuts du Commerçant et de l'Entrepreneur, le Livre II, le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, le Livre III, le Fichier National, le Livre IV, le Fichier Régional, le Livre V, L'Informatisation du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, Fichier National et Fichier Régional, le Livre IV, Le Bail à Usage Professionnel et les Fonds de Commerce, le Livre VII, les Intermédiaires de Commerce, le Livre VIII, la Vente Commerciale

¹⁶ Publié au Journal officiel de l'OHADA, n. 23, du 15 février 2011.

¹⁷ Publié au Journal Officiel de l'OHADA, numéro spécial, du 4 février 2014.



et le Livre IX, les Dispositions Transitoires et Finales.

La désignation attribuée à l'AU, en se concentrant sur le Droit Commercial Général, suppose qu'il départ de l'assumption qu'il ferait partie du système juridique de l'OHADA en opposition à des réglementations commerciales spéciales. En fait, c'était le cas : le 17 avril 1997, lors de l'approbation de l'UA/DCG, l'AU/DSC-GIE a également été établi, en particulier pour les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.

La désignation de l'AU/DCG n'est pas entièrement en harmonie avec la délimitation matérielle faite dans l'art. 2 du Traité de l'OHADA pour le *droit des affaires* : bien qu'on ne pût pas utiliser pour l'AU la désignation de *droit général des affaires* — parce que manifestement excessif —, celui ne concerne pas non plus exclusivement le statut du commerçant, qui surgit dans cette disposition conventionnelle.

IV. L'intermédiaire de commerce : aspects généraux du type légal

L'AU/DCG crée un institut, qu'il nomme comme intermédiaire de commerce, dans le Livre VII, et le définit (art. 169, I) comme *une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir ou entend d'agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'autre personne, commerçant ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial.*



Il y a donc trois éléments du type légal d'intermédiaire : (i) agir pour le compte d'autrui, (ii) professionnalité, et (iii) le but de la conclusion des actes de commerce.

La réglementation de l'AU/DCG sur les intermédiaires de commerce couvre trois catégories subjectives typiques : commissionnaire, courtier et agent commercial. En portugais, *intermédiaire* est celui qui fait *l'intermédiation*, locutions liées au verbe *intermedier*, qui a le sens d'*être de l'entracte, intervenir ou intercéder*. Dans la tradition juridique lusophone, il n'existe pas des types légaux-formels d'*intermédiaire commercial*, mais les — existantes — types subjectifs de l'*agent immobilier* et de l'*intermédiaire financier* sont proches d'eux¹⁸.

L'intermédiation commerciale de l'AU/DCG a une équivalence lusophone dans la catégorie doctrinale de la *distribution commerciale*, qui peut être considérée, en un sens très large, comme *l'activité de promotion des affaires pour le compte d'autrui*, et couvrant les contrats d'agence, de concession commerciale, de franchisage (*franchising*), de médiation et de commission¹⁹.

En matière de typicité sociale, l'intermédiation concernée à la réalisation des actes de commerce est exercée professionnellement et est rétribuée. Sur le plan légal, plusieurs systèmes juridiques connaissent des réglementations sectorielles de l'activité de

¹⁸ Sur ce sujet, cf. HIGINA CARVALHO CASTELO, *O contrato de mediação* (traduction française : *Le contrat de médiation*) Almedina, Coimbra, 2014, 39 et suiv.

¹⁹ Cf. ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial* (traduction française : *Contrats de distribution commerciale*) Almedina, Coimbra, Reimp. De l'édition de 2001, 2004, 245 et 246 et suiv.



médiation, telles que l'assurance, l'immobilier et le placement de produits financiers.

L'expression *agir pour le compte d'une autre personne* n'a pas une signification particulièrement claire²⁰ ; pour des raisons liées à la configuration juridique de l'une des espèces d'intermédiaires de commerce, le courtier²¹, le sens que l'est donnée par l'AU/DCG est celle d'*agir dans l'intérêt* d'autre personne.

L'art. 169 AU/DCG fait référence à que l'agir de l'intermédiaire, en tant que tel, est guidé par la fin de la célébration, avec un tiers, d'un acte juridique de nature commerciale, sans le considérer comme contrepartie dans l'acte. La formule légale est suffisamment large pour comprendre à la fois actes juridiques tant qu'actes matériels dans le cadre de l'intermédiation, ce qui d'ailleurs est confirmé par la norme de l'art. 171, I, qui détermine l'application des normes du Livre VII *non seulement à la conclusion de contrats par l'intermédiaire de commerce, mais aussi tout acte fait par l'intermédiaire commercial en vue de cette conclusion ou concernant l'exécution des contrats*²².

²⁰ Sur la question, concernant le contrat de mandat, cf. Januário Gomes, "Contrato de mandato comercial", (traduction française : "Contrat de mandat commercial") in *As operações comerciais* (traduction française : *Les opérations commerciales*), Almedina, Coimbra, 1988, 496 et suiv.

²¹ *Infra*, V.

²² Aussi comme ça, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 239.



Le type légal de l'art. 169 exclut du champ d'application de son régime l'intermédiation (i) qui n'est pas exercée professionnellement et (ii) qui a pour but l'accomplissement des actes civils.

A la version originale de l'AU/DCG, l'article correspondant à l'actuel art. 1069, I, était l'art. 137, I, qui avait la suivante rédaction : *l'intermédiaire de commerce est celui qui a le pouvoir d'agir, ou décider d'agir, habituellement et professionnellement, pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de à caractère commercial*. A l'évolution de la notion entre les première et deuxième version de l'AU/DCG, on peut noter les aspects suivants : (i) la référence au représenté a été abandonnée par rapport à la personne au nom de laquelle l'intermédiaire agit et (ii) la centralisation de l'intermédiation au contrat de vente commercial a été abandonné.

L'application du régime légal des intermédiaires de commerce est expressément exclue en ce qui concerne : (i) la représentation résultant d'une habilitation légale ou judiciaire à agir pour des personnes qui n'en ont pas la capacité juridique ; (ii) la représentation par toute personne effectuant une vente aux enchères, ou par autorité administrative ou de justice ; (iii) la représentation légale dans le droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions (art. 173).

On peut lire à l'art. 171, I, de l'AU/DCG que l'*intermédiaire est un commerçant*. Cette qualification légale vise à surmonter quelques hésitations doctrinales concernant les intermédiaires dont



l'actuation par compte d'autres personnes produisent l'attribution directe des effets de ses actes à la sphère juridique du principal, qui se manifestent à la doctrine française²³ (mais aussi à la doctrine portugaise concernant le mandataire commercial et le commissionnaire²⁴). L'intermédiaire de commerce exerce – surmontant la tautologie - intermédiation entre la production et la consommation et, s'il l'exerce avec un but lucratif, dans la mesure du professionnalisme visé à l'art. 169, ne semble pas qu'on ne doit surestimer que la médiation soit exercée par compte d'autre personne, parce que *tout le jeu des valeurs commerciales*, notamment au champ des relations avec des tiers, est présent dans son activité, raison par laquelle le législateur de l'OHADA a bien trouvé sur la qualification expresse qu'il fait de l'intermédiaire de commerce comme un commerçant. En fait, selon les termes de l'art. 3 de l'AU/ DCG, les opérations des intermédiaires de commerce et, en particulier, l'agence, sont qualifiées comme des actes de commerce par nature, donc, confèrent la qualité de commerçant (art. 2).

La qualification juridique de l'intermédiaire de commerce détermine, naturellement, l'application du statut respectif (art. 170, I, deuxième partie, de l'AU / DCG).

²³ Cf. AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 243.

²⁴ Cf., d'entre autres, JANUARIO GOMES, "Contrato de mandato comercial", cit., 512 e ss.



En tant qu'espèces d'intermédiaires commerciaux, l'UA/DCG nomme le *commissionnaire* (art. 193), le *courtier* (art. 208) et l'*agent commercial* (art. 216), qui sont régulées par un ensemble de dispositions générales (arts. 169-187 : définition et champ d'application, constitution et étendue du pouvoir de l'intermédiaire, effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire et cessation du mandat de l'intermédiaire). Parmi les dispositions générales susmentionnées, il convient de noter celle de l'art. 175, première partie : aux relations entre l'intermédiaire et la personne au nom de laquelle il agit, mais sans le divulguer, s'appliquent les règles du mandat.

L'AU/DCG ne réglemente pas le contrat de mandat ; la disposition de l'art. 175 contient donc une référence au droit interne des États partis à l'OHADA.

A la tradition franco-napoléonienne, le mandat a une réglementation civile mais non commerciale²⁵ ; il est donc à supposer que dans l'esprit du législateur OHADA, de l'initiative d'un

²⁵ Le Code de commerce (1807), réglait le contrat de commission dans les arts. 91 et suiv. Le type contractuel de la commission impliquait l'actuation du commissionnaire au nom du commettant, mais en son propre nom (article 91) ; au commissaire (aussi qualifié sur le plan légal) agissant au nom du mandant, le régime du mandat (civil) (article 92) était applicable. Pour l'explication historique de l'omission de cette régulation dans le *Code de commerce*, cf. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição: representação comercial* (traduction française : *La Préposition : représentation commerciale*) Almedina, Coimbra, 2017, 90 e ss.



groupe de pays africains francophones, n'était sinon qu'une référence à la réglementation civile²⁶.

En Guinée-Bissau, à la veille de l'adhésion à l'OHADA, le mandat était régi par une double réglementation, civile (art. 1157 do Code civil) et commerciale (arts. 115 et 266, tous deux du Code de commerce)²⁷.

Nous ne pouvons pas dans cet écrit, et compte tenu de sa portée limitée, entrer dans la question, non pacifique, de l'étendue de la révocation — globale ou individualisé — des lois internes d'objet coïncidant avec celle des AU de l'OHADA²⁸.

²⁶ En ce sens, par exemple, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 239.

²⁷ JANUARIO GOMES, "Contrato de mandato comercial", cit., 471, se prononçant sur la loi portugaise, mais étant la prononce transposable à l'ordre juridique guinéen de l'époque.

²⁸ Les actes uniformes de l'OHADA couvrent des secteurs juridiques unitaires, soit par référence à des branches de droit — par exemple, le Droit commercial, le Droit comptable, le Droit de l'insolvabilité — est des instituts singuliers — par exemple, les sociétés commerciales, le transport de marchandises — se posant donc la question de savoir si son efficace révocatoire atteignent des dispositions de droit interne, des branches ou d'un institut qui fait l'objet d'un acte uniforme, mais qu'il n'ont pas d'équivalent dans le sens de ne pas être contraire à la loi uniforme. La solution de la question est liée à l'interprétation de la disposition de l'art. 10 du traité instituant la OHADA, ce qui n'est pas doctrinalement pacifique: pour une des tendances, la disposition devrait être — largement — interprété au sens que le droit uniforme de l'OHADA produit la révocation globale du droit interne sur matière qui est son objet; une autre tendance — restreint — soutient que l'abrogation du droit interne est limitée aux dispositions en concrète situation d'incompatibilité avec l'acte uniforme (cf., entre autres, SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., 45 et 46 ; CLÁUDIA MADALENO,



Pour le présent propos, nous suffirons à considérer qu'il est hors de doute que le régime civil du mandat (arts. 1157 et suivants du Code civil) étaient convoqué par l'art. 175 de l'AU/DCG, bien qu'il puisse n'être pas le seul régime convoqué.

Au Code civil français (1804), le mandat est typifié à l'art. 1984, I : le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA, cit., 56 et suiv., en perspective du droit interne guinéen sur les garanties spéciales des obligations). La première voie d'interprétation, qui évite les jugements d'incompatibilité *disposition-a-disposition*, a l'avantage de la simplification applicative, mais aussi l'inconvénient de potentialiser des lacunes, en des cas en avant couverts par le droit interne et qui ne le sont pas par le droit dérivé de l'OHADA. La deuxième voie d'interprétation, en préservant le droit national non contraire au droit uniforme, évite la création de lacunes, mais, par l'admise concaténation de deux niveaux de dispositions, potentialise l'existence de groupes de normes effectivement différents dans chacun des États membres, et, prétendument, désharmonies à la résolution des problèmes similaires (SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, *OHADA. Harmonisation du droit des affaires*, cit., 134; CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 57). La portée de l'art. 10 du traité a déjà fait l'objet d'un avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (ci-après, TCJA) demandé par la Côte d'Ivoire et délivré second l'art. 14, II, du traité ; la Cour a interprété la dispositions de manière étroite; l'avis n'oblige pas l'entité qui le demande, mais il est peu probable que l'interprétation do TJCA, qui vise à assurer une interprétation application communes du traité, des règlements d'application, des actes uniformes et les décisions ne soient pas pris en compte par les autorités des États Parties, puisque leurs décisions peuvent, en dernière analyse, être syndiquées par le TCJA.



Le mandat y est identifié avec la procuration et implique la représentation du mandataire par le mandant, conception différente de celle du Code civil de 1966 qui établit une distinction entre mandat (contrat ; art. 1157) et procuration (acte juridique unilatéral ; art. 258) (avec représentation et sans représentation) (arts. 1178 et 1180), à la suite des travaux de la doctrine allemande, notamment de Laband, qui ont conduit à la solution au Code civil allemand (1867) et, de celui-là au Code civil (portugais) de 1966, en vigueur en Guinée-Bissau.

À la version originale de l'AU/DCG, la disposition correspondant à l'actuel art. 175 était l'art. 147, ou l'on pouvait lire : *les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers, sous réserve des dispositions spéciales du présent Livre*. Il y a donc, entre les deux versions, une évolution dans le sens où il peut exister mandat sans représentation, bien que l'intermédiaire agisse toujours au nom d'autrui (art. 169), mais dans la deuxième version de l'AU/DCG, pas nécessairement au nom du mandant, puisque l'existence du mandat n'a pas à être divulguée (art. 175).



V. Le courtier : le type subjectif d'intermédiaire et le type contractuel correspondant

1. Aspects généraux

Conformément à l'art. 208 de l'AU/DCG, le courtier est *un professionnel qui met en rapporte des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes.*

L'exercice du courtage est rétribué, comme est dit à l'art. 212 — *la rémunération du courtier est constituée par un pourcentage du montant de l'opération* — et est implicite dans la référence de l'art. 208 au professionnalisme.

Le contrat de courtage est donc celui par laquelle l'une des parties, le courtier, s'engage, contre paiement, à faire des diligences pour l'établissement de contact entre deux personnes (*l'ordonnant* et un tiers) en vue de la conclusion d'un contrat entre eux-ci.

La formation du contrat de courtage suppose que l'activité exercée professionnellement par le courtier est demandée par une autre personne, *l'ordonnant*, que ce soit, dans le contexte en question, proposant ou accepteur.

Le contrat que deux personnes ou plus peuvent conclure en raison de l'activité professionnelle du courtier est indépendante du contrat de courtage, bien qu'il ait un lien avec celui-ci.

Au cadre de la typicité du contrat de courtage, le courtier, en principe, n'intervient pas dans sa conclusion ; la loi confirme cette caractérisation ; conformément à l'art. 209, *le courtier doit*



demeurer indépendant des parties./Le courtier 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 sauf l'accord des parties.

Le courtier, par conséquent, n'agit pas typiquement comme le représentant de sa contrepartie au contrat de courtage.

2. Régime du contrat

Bien que le type subjectif de courtier (art. 208) ne la mentionne pas expressément, la téléologie du contrat correspondant détermine qu'on identifie comme son obligation principale l'achèvement des actes propres à trouver une contrepartie de négoce pour l'ordonnant, c'a veut dire, quelqu'un que, aux conditions par celui prétendus, accepte de conclure le contrat envisagé ; malgré l'absence d'une mention expresse à l'art. 208, cette obligation peut être considérée comme le résultat de la disposition légale qui oblige le courtier à faire *tout ce qui est de nature à faciliter la conclusion du contrat* (art. 210). C'est, ainsi, une obligation d'activité, qui n'est pas inaccomplie si la contrepartie ne se trouve pas, malgré le développement de l'activité appropriée à cet effet (par exemple, à la courtage d'achat et vente d'immeubles, la publication de l'intention de vente près des segments de marché qui peuvent avoir un intérêt typique à l'achat), ou si le contrat ne se



conclut pas²⁹, mais qui ne produisent l'obligation principale du payeur — rémunérer le courtier — sinon par la réalisation d'un résultat, à savoir, la conclusion du contrat envisagée par l'ordonnant.

Les obligations du courtier, légalement énumérés, sont les suivants : (i) obligation de demeurer indépendante face aux parties du négoce faisant l'objet du courtage (art. 209, I); (ii) obligation d'information (art. 210); (iii) l'obligation d'accomplir tous les actes susceptibles de faciliter la conclusion du contrat (art. 210); obligation de ne pas réaliser des opérations de commerce, soit directe ou indirectement, ni sous nom d'autrui ou par personne interposé, concernant l'objet du contrat de courtage.

Si certaines de ces obligations ont un immédiat caractère obligatoire, comme les cas de l'information, d'autres font seulement chemin pour arriver à des obligations *proprio sensu*, comme le cas de l'indépendance et de la prohibition de négociation par compte du propre courtier, ce qui se traduit par prestations d'un fait négatif ou des abstentions de relier certains actes.

Le devoir d'indépendance du courtier vis-à-vis des parties entraîne l'abstention d'actes susceptibles de servir les intérêts légitimes de l'un au détriment des intérêts légitimes de l'autre ; il n'est pas permis à un courtier de commettre des actes

²⁹ Proches, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 297.



préjudiciables à l'une des parties en s'identifiant aux intérêts de l'autre partie, notamment son ordonnant.

Le courtier a, également, l'obligation de fournir aux parties toutes les informations utiles à la formation de leur consentement en des termes libres et éclairés, la loi concrétisant qu'il est responsable du préjudice résultant de ses fausses déclarations si, en vue d'amener une partie à contracter, il lui présente sciemment l'autre partie comme ayant des capacités et des qualités qu'elle n'a pas (par exemple, la solvabilité nécessaire pour payer le prix prétendu ; art 210, dernière partie). Dans ce mode de réalisation de la responsabilité civile on considère la valuation négative de l'intention du courtier, lequel, pour obtenir la rémunération (art. 213, I), a fait l'usage d'escroquerie au but de tromper une des parties³⁰.

L'art. 211 ne dit pas expressément que l'obligation du courtier de ne pas négocier par propre compte ou d'autrui se limite aux biens objet du négoce pour lequel le contrat de courtage a été conclu, ce qui vaut d'interpréter strictement la disposition ; mais cette restriction est justifiée, que ce soit en termes de l'inclusion systématique de la disposition, quand collationné avec ceux qui la précèdent, mais aussi au plan téléologique: ne pas faire cette restriction serait de restreindre au-delà du raisonnable la liberté d'initiative économique du courtier³¹.

³⁰ Pour l'accomplissement civil de l'intention, cf. l'art. 253, 1, CC.

³¹ La Constitution de la Guinée-Bissau ne reconnaît pas explicitement la liberté d'initiative économique, mais elle peut être considérée implicite dans la



L'ensemble des obligations du courtier, d'indépendance, d'information et de non de négocier par propre compte ou d'autrui l'objet du contrat de courtage, ainsi que la concrétisation de la responsabilité civile contenue dans l'art. 210, peut être agrégé dans un devoir plus large de loyauté envers les deux parties.

Le principal devoir de l'ordonnant est de payer au courtier la rémunération due pour la conclusion du contrat pour lequel le courtage a été demandé. Ce devoir se pose, du côté actif de la relation dans laquelle il est inséré, à l'art. 212 — *la rémunération du courtier est constitué par un pourcentage du montant de l'opération* — et peut grever les deux parties au contrat, si les deux l'ont ordonné (art. 212, IV).

Si la médiation est contractée pour la conclusion d'un contrat d'achat et de vente et l'a été exclusivement par le vendeur, la loi stipule que la rémunération du courtier ne peut pas être pris en charge, même partiellement, par l'acheteur (art. 212, II, première partie), ce qui constitue une limitation de l'autonomie privée qui — croit-on — n'a aucune justification matérielle.

Le droit du courtier à une rémunération est généralement acquis au moment de la conclusion du contrat pour lequel le courtage a été demandé, à condition que cette conclusion résulte de l'intervention du courtier, c'est-à-dire d'indication sienne ou de

reconnaissance de la propriété privée [art. 12, 1, c) de la Constitution de la République de Guinée-Bissau].



négociation par lui menée (art. 213, I) ; la distinction juridique entre l'*indication* et la *négociation* semble résulter de la possibilité pour le courtier d'agir en tant que représentant de son ordonnant (art. 209, II). L'ordonnant qui, ayant conclu le contrat avec une contrepartie désignée par le courtier, refuse de payer la rémunération commet donc un illicite. Le courtier conserve également le droit à une rémunération si les parties du négoce (une de celles étant indiquée par le courtier) s'accordent afin de contrecarrer ce droit, notamment par une convention portant, successivement, la dénoncé du contrat de courtage par l'ordonnant et la conclusion ultérieure du contrat entre lui et la partie indiquée par le courtier³².

En dehors de la portée de la règle de l'art. 213, I, est la situation du contrat avoir son efficace soumise à une condition suspensive³³ ; dans ce cas, il existe au moment où le contrat est conclu une incertitude quant à la production de ses effets et, par conséquent, on ne comprendrait pas, au contexte d'un contrat commutatif, le contrat de courtage, qu'une partie puissent profiter de ses avantages sans qu'il y existe la certitude que l'autre peut aussi en profiter.

Typiquement, l'ordonnant n'est pas obligée à rembourser les dépenses engagées par le courtier à la suite du contrat. Malgré cela, le courtier et l'ordonnant peuvent accorder ce remboursement ;

³² Aussi comme ça, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 305.

³³ Pour la définition de *condition suspensive*, cf. l'art. 270 CC.



dans ce cas, le droit au remboursement existe même si le contrat n'est pas conclu (art. 213, III).

Le montant de la rémunération du courtier est sous la disponibilité des parties — ordonnant et courtier — mais, quand non déterminé, il est fixé en fonction des honoraires professionnels et, à défaut, par les usages et, à défaut, fondé sur la pondération de tous les facteurs liés à l'opération (art. 214). Ce dernier critère est, en substance, une autorisation de faire appel à l'équité en tant que critère spécifique pour résoudre des cas juridiques [art. 4, a), du Code Civil]³⁴.

Détermine l'art. 215 que *le courtier perd le droit à la rémunération et au remboursement des dépenses s'il a agi dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations à l'égard de son donneur d'ordre, ou s'il s'est fait remettre, à l'insu de ce dernier, une rémunération par le tiers contractant.*

La règle est un sous-produit du devoir de loyauté du courtier, tel qu'identifiait ci-dessus³⁵, et correspond à la punition de sa violation. L'infraction est concrétisée sur deux comportements possibles de courtier : (i) s'il agit — au cadre du contrat de courtage — dans l'intérêt de l'autre partie et au détriment de celui de l'ordonnant³⁶

³⁴ Próximos, embora sem referência expressa à equidade, AKUÉTÉ PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOÉ, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 305.

³⁵ Proches, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 302.

³⁶ *Idem.*



et (ii) si, sans la connaissance et le consentement de l'ordonnant, il a reçu une rémunération du tiers. Étant une sanction de droit privé, la règle doit être interprétée strictement. En termes linguistiques stricts, seul un droit déjà acquis peut être perdu. Il est vrai qu'un droit déjà acquis par le courtier, soit à la rémunération, soit au remboursement des dépenses, peut être résolu par l'effet de la disposition de l'art. 215, mais considérant la matérialité sous-jacente détermine également que l'exposé des faits en sa prévision constitue un obstacle à l'acquisition de ces droits dans la sphère du courtier, car il n'y a aucune raison de faire la différence entre les deux situations du point de vue des résultats qu'ils mènent.

Comme mentionné ci-dessus, l'ordonnant a pour fondamentale obligation de payer au courtier la rémunération due pour la conclusion du contrat pour lequel le courtage a été demandée, obligation qui ne naît qu'en fonction de la conclusion du contrat objet de courtage (art. 213).

En marge de ce devoir fondamental surgit une interrogation puissante : dans la situation typique de l'inexistence des pouvoirs de représentation du courtier, lorsqu'il y a l'indication par le courtier d'une contrepartie *ferme* par lui *trouvé*, l'ordonnant, est-il tenu d'émettre une déclaration de volonté qui permet la célébration du contrat ? Il y a prononce doctrinal au sens que l'on doit distinguer deux situations: (i) ou la demande de l'ordonnant contient les exigences d'une proposition contractuelle (c'est-à-dire, fermeté et complétude), auquel cas l'ordonnant à l'obligation de contracter avec la personne indiquée par le courtier (impliquant le refus la



révocation de *l'ordonnance* et, par conséquent, responsabilité civile), (ii) ou la demande de médiation ne contient pas de telles exigences (en particulier, une déclaration claire) et, à ce cas, l'ordonnant n'a pas une telle obligation³⁷.

La solution proposée, tout en fournissant un critère clair, nous semble, dans son ensemble, rigide, et une correction doit être acceptée en raison du principe de la bonne foi (article 762, 2, CC), admettant, en cas de sa violation par l'ordonnant, sa responsabilité, dans chacun des cas décrits.

VI. Le régime général des trois types d'intermédiaires commerciaux

1. Intermédiation et mandat

Comme mentionné ci-dessus, selon l'art. 175 de l'AU/DCG, à la relation entre le principal et l'intermédiaire commercial, les règles du mandat s'appliquent, ce qui, bien entendu, doit être compris sans préjudice de l'application prédominante des règles particulières dictées par le régime d'intermédiation commerciale lui-même concerné, à titre de règles spéciales.

³⁷ AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 303 e 304, on doit noter que les auteurs se prononcent sur la premier version de l'AU/DCG, que limitait le type subjectif du coutier a la conclusion de contrats de vente (art. 184), appelant à l'appui de leur opinion à la disposition de l'actuel art. 241, II (achat commercial, exigences de la proposition).



Cependant, déterminer l'applicabilité subsidiaire du régime civil du mandat, en tant que paradigme réglementaire, et qualifier une catégorie particulière d'intermédiaire commercial en tant que mandataire est fort assez différent ; cette qualification n'est légalement réalisée que vis-à-vis de l'agent commercial (article 216). Selon nous, la formule littérale de l'art. 169 (notion d'intermédiaire de commerce) est suffisamment large pour comprendre, à la fois, actes juridiques et actes matériels dans le cadre de l'intermédiation, ce qui détermine une notion de mandat commercial (de l'agent commercial) plus large que celle résultant de l'art. 1157, du CC.

Devant le droit civil de la Guinée-Bissau, le commissionnaire peut être considéré comme mandataire sans représentation (art. 1180, du CC), mais pas au contrat de mandat de type français, car il n'y a pas de représentation³⁸. Continuent devant le droit civil de la Guinée-Bissau, l'agent commercial - il nous semble - peut être ramené, à l'exception de la portée de l'objet, selon le cas, soit au mandat avec représentation, soit au mandat sans représentation.

En ce qui concerne le médiateur, s'il est facile de comprendre *l'agir pour le compte d'une autre personne* (art. 169) au sens d'agir à l'intérêt de *ceux qui font recours à ses services*, on ne voit pas que sa caractérisation implique, même, une obligation de réaliser des actes juridiques.

En conclusion, on dira, par conséquent, que les types d'intermédiaires commerciaux agent commercial et commissaire

³⁸ AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 240 e 251.



sont effectivement mandataires, le premier avec ou sans représentation et, le second, sans représentation. Le médiateur n'est pas un mandataire³⁹.

2. **Forme et caractères du contrat constituant la relation juridique d'intermédiation; obligations des parties**

L'AU / DCG n'exige pas de forme spéciale pour la conclusion du contrat d'intermédiation, et celui c'est le sens à attribuer au terme *mandat* figurant à l'art. 176 ; par conséquent, l'AU/DCG est d'accord avec le principe général sur la forme des déclarations de négoce (art. 219 CC).

Le contrat d'intermédiation commerciale est, en général, *intuitus personae*, tel qu'il résulte de l'art. 182, III, qui détermine que l'intermédiaire est tenu de *l'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à se remplacer par un tiers, s'il est contraint par les circonstances ou que l'usage permette une substitution de pouvoirs*. Cette règle est un produit de la technique légale d'insertion de l'intermédiation de commerce au cadre réglementaire général du mandat civil, fondé sur une relation de confiance entre le mandant et le mandataire, soit que dans un contexte d'un exercice

³⁹ Aussi comme ça, implicitement, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit commercial Général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 251.



commercial, il est probable que l'exception de l'usage consomme entièrement la solution générale⁴⁰.

L'intermédiaire répond devant le principal pour « ... la bonne et fidèle exécution du mandat » (art. 182, II), ce qui implique le devoir de respecter les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés et de respecter les instructions qu'il a reçues de lui.

L'intermédiaire est, en tant que tel, tenu de rendre des comptes au principal (art. 187, II).

Étant l'intermédiation commerciale une activité exercée professionnellement par l'intermédiaire (art. 169), elle suppose onérosité. En ce qui concerne le principal, son obligation typique est de payer la rémunération accordée⁴¹. En outre, la loi impose au principal l'obligation de rembourser à l'intermédiaire, *en principal et intérêts, les provisions et dépenses qu'il a engagées pour l'exécution normale du mandat et le dégager des obligations contractées* (art. 186).

⁴⁰ Proches, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit commercial Général*, cit., 266.

⁴¹ Proches, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit commercial Général*, cit., 257.



3. Imputation des effets juridiques des actes pratiqués par l'intermédiaire à la sphère du principal

Il est déterminé dans l'art. 180 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 visé à l'article 169 ci-dessus, à moins qu'il ne résulte des circonstances de l'espèce, notamment par la référence à un contrat de commission ou de courtage, que l'intermédiaire n'a entendu engager que lui-même.*

La rédaction de la disposition semble critiquable : par définition, l'intermédiaire de commerce, à ce titre, agit toujours pour le compte d'autrui (art. 170), ce qui entraîne la délimitation initiale, apparemment, comme tautologique. Cependant, le *centre* de la première partie de la disposition est constitué par l'actuation de l'intermédiaire *au cadre des pouvoirs que lui à conférée le principal*, déterminant l'effet du lien direct de celui-ci par les effets de l'acte de l'intermédiaire. Il est donc entendu que la référence à l'actuation pour le compte du représenté n'est qu'une *contextualisation* de l'axe central de la prédiction normative : l'actuation de l'intermédiaire dans les limites des pouvoirs qui ont été conférés.

La règle ne fait aucune référence à la *contemplatio dominii* aux fins de la conséquence, de sorte que, en première analyse, on pourrait conclure que, même si l'intermédiaire n'invoque pas le nom du principal — c'est-à-dire, n'invoque pas représentation du principal — face au tiers, à condition qu'il agisse dans cette qualité pour un principal et que le tiers a ou aurait dû avoir connaissance



de cela, les effets de l'acte effectué par l'intermédiaire se produisent directement dans la sphère juridique du principal (système d'imputation directe, que certains autours qualifient de *transfert immédiat*⁴²).

Ce résultat est en contradiction avec le système civil d'autonomisation entre mandat et représentation, qui présuppose la *contemplatio dominii* comme une exigence d'imputation des effets de l'acte du représentant à la sphère juridique du représenté (art. 257 CC). Dans l'abstrait, cette contradiction peut être résolue, ou par l'interprétation de la disposition de l'art. 180, en la faisant coïncider avec celle de l'art. 257 CC, à titre d'interprétation restrictive, afin de la considérer comme étant rapportée à un intermédiaire, non seulement pour compte du principal, mais aussi au nom du principal⁴³, ou, autrement, pour la considération de l'exceptionnalité de la disposition de l'art. 180 AU/DCG, dans la confrontation avec la disposition de l'art. 257 CC. Selon nous, la solution correcte est la deuxième : elle est, parmi les deux abstraitement admissibles, celle qui sert le mieux des intérêts de célérité et de simplification des affaires qui sous-tend la réglementation commerciale et ne fait pas préjudice à présomption de l'art. 9, 3, CC, sans raison suffisante. En fait, une telle solution n'était pas inconnue en Guinée-Bissau avant le l'AU/ DCG, et l'on

⁴² Cf. JANUARIO GOMES, "Contrato de mandato comercial", cit., 524 e ss.

⁴³ Cela semble être la suggestion de OLIVEIRA ASCENSÃO, "O Ato Uniforme da OHADA sobre direito comercial geral e a ordem jurídica da Guiné-Bissau" (traducien française : "L'Acte Uniforme de l'OHADA sur le Droit Commercial Général et l'Ordre Juridique de Guinée-Bissau"), I, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, 6, 2006, 246.



pourrait la soutenir à l'imputation des effets des actes juridiques du commissaire chez le principal, comme le particularisme du droit commercial⁴⁴.

4. Portée des pouvoirs de l'intermédiaire

Il est déterminé à l'art. 178, I, que *sauf stipulation expresse du contrat, l'étendu du mandat de l'intermédiaire est déterminée par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte.*

L'art. 179 prévoit la possibilité du mandataire avoir reçu des instructions précises du principal, déterminant qu'ils doivent être respectés, à moins qu'il établisse que les circonstances ne lui permettraient pas d'obtenir l'autorisation de celui et s'il y a des raisons de croire qu'il l'aurait autorisé s'il avait eu informé de la situation. L'actuation de l'intermédiaire contre les instructions reçues configure, sauf dans le cas exceptionnel rapporté, l'exercice abusif de ses pouvoirs d'action pour le compte d'autrui.

La disposition de l'art. 178, à implicite la configuration francophone du mandat, nécessairement représentative. Son articulation avec le droit civil guinéen, qui distingue le mandat et la représentation, peut générer la tentation de limiter l'application des arts. 268 et 269, les deux du CC (absence et abus de pouvoirs

⁴⁴ Cf. JANUARIO GOMES, "Contrato de mandato comercial", cit., 524 e ss. Dans une autre perspective, l'imputation directe des effets de l'acte de l'intermédiaire, sans *contemplatio domini*, à la sphère juridique du principal peut être considérée comme manifestation d'un institut autonome : la préposition (sur le sujet, cf. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição: representação comercial*, cit., 240 e ss.).



représentatifs), aux situations où l'intermédiaire agit pour le compte du principal. Mais nous croyons que la règle de l'art. 180 permet l'imputation des effets de l'acte de l'intermédiaire à la sphère du principal même s'il n'y a pas de *contemplatio dominii*, raison par laquelle nous n'acceptons pas ce résultat d'application.

On croit donc que la portée des pouvoirs de l'intermédiaire, en ce qui concerne les effets à attribuer à la sphère du principal n'est pas tributaire du système de représentation civile et, donc, l'acte juridique qu'il a pratiqué en tant que telle, avec ou *sans contemplatio dominii*, et dans les limites indiquées aux art. 180 et 181 (*si des circonstances résulte que l'intermédiaire a prétendu rester personnellement lié au tiers ou si le tiers ne savait pas sans faute, sa qualité d'intermédiaire*), prend effet sur la sphère du principal; si l'acte est pratiqué sains pouvoirs ou avec abus des pouvoirs lui conférés il n'impute pas des effets à la sphère juridique du principal (art. 183). Cependant, la raison de *maladie* d'un tel acte, qui explique la faille de l'imputation à la sphère du principal, ne le dit pas expressément la loi quelle ce soit. Toutefois, il est déterminé à l'art. 184 que l'acte pratiqué par l'intermédiaire sain pouvoir ou avec un abus des pouvoirs lui conférés peut être ratifié par le « représenté » une expression qui, combinée avec le contenu de l'art. 175 (... même de façon occulte ...) doit être comprise largement, comme *le principal*, couvrant même les situations dans lesquelles il n'y a eu pas de *contemplatio dominii*. La règle en question seulement est compatible avec la considération de que l'acte commis par l'intermédiaire sain pouvoirs ou avec un abus des



pouvoirs lui conférés n'est pas, par cette raison, nul⁴⁵ ; l'admissibilité de sa ratification, c'est-à-dire une prise en charge de l'acte par le principal, qui détermine une assomption des effets respectifs à sa sphère juridique, présuppose, dans le scénario le pire, l'annulabilité; en second lieu, le véritable vice de l'acte est l'inefficacité, en ce qui relève le *parallèle* de l'art. 268 CC. C'est donc une solution matériellement identique à celle obtenue par l'application des arts. 268 et 269, les deux du CC, bien que la *contemplatio dominii* ne soient requis.

L'AU/DCG ne se réfère pas à la forme de la déclaration de ratification, ce qui sous-tend l'application analogique de l'art. 268, 2, CC, disposition que, en liaison avec l'art. 176, II, est satisfait de la forme verbale, mais aussi d'un comportement concluant (article 217, 1, CC)⁴⁶.

Il est déterminé dans l'art. 178, II, que le mandat de l'intermédiaire comprend le pouvoir d'accomplir les actes juridiques nécessaires par son exécution. Bien entendu, la règle a le sens que les pouvoirs de l'intermédiaire d'imputer des effets juridiques à la sphère du principal comprennent la pratique des actes juridiques instrumentaux à la réalisation de l'objet du contrat. Cependant, à l'art. 178, III, il y a une délimitation négative : l'intermédiaire ne

⁴⁵ Contre, AKUETE PEDRO SANTOS, en annotation à l'AU/DCG incluse dans la 4ème édition Juriscope des actes uniformes de l'OHADA (2014), 185 ; AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, 2002, 262.

⁴⁶ Aussi comme ça, AKUETE PEDRO SANTOS, en annotation à l'AU/DCG incluse dans la 4ème édition Juriscope des actes uniformes de l'OHADA (2014), 185; AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 264.



peut, sans un pouvoir spécial, engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni consentir de donations.

5. Protection des tiers

Nonobstant ce qui est dite au paragraphe précédent, l'inefficacité de l'acte accompli par l'intermédiaire sans pouvoir ou avec abus des pouvoirs lui conférés est inopposable par le principal au tiers lorsque l'action de l'intermédiaire conduit le tiers à croire, raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire avait le pouvoir nécessaire pour engager le principal (article 183), c'est-à-dire que l'acte produit des effets dans la sphère du principal, en soulignant le principe de la confiance.

Si l'acte n'engage pas le principal, faute de pouvoir de l'intermédiaire ou d'abus de son pouvoir, et s'il n'y a pas de ratification de l'acte par le principal, l'agent est responsable des dommages causés au tiers qui ne savait ni ne devait savoir le défaut ou l'abus (art. 185, I).

Une solution en vue de la protection des tiers est également établie dans l'art. 190, concernant l'extinction de la relation juridique d'intermédiation : elle n'a aucun effet à l'égard du tiers, à moins qu'il ne la connût ou doit connaître.



6. Extinction de la relation juridique d'intermédiation

L'AU/DCG énumère les causes d'extinction de l'intermédiation de commerce, qui, à la technique dont lui est propre, est rapporté au mandat (art. 188) : (i) une convention entre le principal et l'intermédiaire (révocation); (ii) par l'exécution complète de l'acte ou des actes pour lesquels les pouvoirs lui ont été conférés (caducité); (iii) par la révocation à l'initiative du principal ou par la démission de l'intermédiaire (dénonce, étant donné que la relation juridique est durable et que la loi n'exige pas pour sa licéité, la vérification d'un cas). Ces causes d'extinction de la relation juridique sont liées à la volonté des parties ou à l'épuisement de l'objet du contrat.

L'AU/DCG énumère les causes d'extinction de l'intermédiation commerciale, qui, à la technique que lui est propre, est rapportée au mandat (art. 188).: (i) une convention entre le principal et intermédiaire (révocation); (ii) par l'exécution complète de l'acte ou des actes pour lesquels les pouvoirs lui ont été conférés (caducité); (iii) par la révocation à l'initiative du principal ou par la démission de l'intermédiaire (dénonce, étant donné que la relation juridique est durable et la loi n'exige pour sa licéité, la vérification d'un cas). Ces causes d'extinction de la relation juridique sont liées à la volonté des parties ou à l'épuisement de l'objet de négociation.

De l'art. 188, II et III, entraîne une obligation d'indemnisation de laquelle fait la dénonce lorsqu'elle est abusive et cause un dommage à l'autre partie. Le caractère abusif de dénonce se lie essentiellement à l'absence d'un avis préalable raisonnablement suffisant, mais la solution légale peut encore se lier avec



l'identification légale de *l'intermédiation d'intérêt commun*, comme dans le contrat d'agence commercial (art 217. I).

La relation juridique de l'intermédiation est encore éteinte pour des faits non volontaires relatifs à une des parties : la mort, l'invalidité et dans les cas prévus par l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, qui se lie au caractère *intuitu personae* énoncé à l'article 182, III.

João Espírito Santo