



Le *filtrage* des types commerciaux de la Guinée-Bissau par le *subjectivisme* de l'AU/DCG de l'OHADA

João Espírito Santo*

Résumé:

L'adhésion de Guinée-Bissau à *l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (=OHADA) a déterminé, internement, l'application des règles des actes uniformes de l'organisation produites en tant que législation secondaire, conformément aux termes du traité l'instituant. L'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général, de 1997 (première version), est basée sur une conception de délimitation de son champ d'application essentiellement subjective (commerçant), en supposant que la réglementation des relations commerciales que ne sont pas couverts par l'Acte Uniforme ou de la partie non couverte par l'Acte Uniforme est faite par les droits nationaux des États Parties de l'organisation. La loi commerciale nationale supposée par l'Acte Uniforme, compte tenu de la matrice historique à la base de la fondation de l'OHADA, est de genre francophone, résultant d'une influence, directe ou culturelle, de la législation

* Doctorat en droit / Law PhD; Coordinateur Scientifique et Professeur à la Faculté de Droit de Bissau (Université Amílcar Cabral); Professeur Adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne.



française, á forte composante subjectiviste concernant la délimitation de son champ d'application. En Guinée-Bissau, cependant, le droit commercial national est d'origine portugaise, dont la portée est essentiellement objective (acte de commerce), ce qui soulève des difficultés quant à l'articulation entre groupes juridiques dont les orientations matricielles sont différentes. Dans cet article, on essaye d'articuler le régime de la vente commerciale du droit de l'OHADA avec celui de l'achat-vente commerciale du Code de Commerce de Guinée-Bissau, s'arguant que celle-ci n'a été totalement abrogé par L'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général.

1. L'indépendance de Guinée-Bissau et le noyau du Droit commercial

I — La pleine compréhension de la façon d'être de la loi commerciale guinéenne actuelle suppose une analyse des aspects historiques qui ont influencé son évolution au cours de la période qui a suivi la constitution de l'État de Guinée-Bissau.

L'émergence de Guinée-Bissau en tant qu'État souverain résulte d'une déclaration unilatérale d'indépendance datée du 24 septembre 1973¹. Le Portugal, autrefois l'État souverain sur le territoire guinéen, a reconnu la Guinée-Bissau comme État souverain et indépendant en 1975.

¹ La déclaration d'indépendance est publiée au Journal officiel (*Boletim Oficial*, en portugais) n ° 1/75 du 4 janvier (2 et 3).



En 1997, la Guinée-Bissau a entamé un processus d'intégration juridique régionale, en adhérant au traité constitutif de l'OHADA, ce qui a interféré directement avec la formation de son droit. Mais cette intégration régionale n'est pleinement comprise que dans un contexte plus large, qui considère un mouvement antérieur d'intégration économique transnationale, au même niveau régional.

La constitution de la Guinée-Bissau en tant qu'État souverain n'a pas constitué une rupture avec l'ordre juridique antérieur applicable dans son territoire. En fait, la loi n° 1/73, également du 24 septembre 1973², a déterminé la réception matérielle du droit portugais (c'est-à-dire produite par les organes de l'État portugais dotés de compétence normative), établissant, dans son art. 1, que *la législation portugaise en vigueur au moment de la proclamation de l'État souverain de Guinée-Bissau continuerait de s'appliquer, sous réserve de sa conformité à la souveraineté nationale, la Constitution de 1973³, ses lois ordinaires et les principes et objectifs du PAIGC.*

Depuis 1997, nous soutenons que l'expression *législation portugaise en vigueur* — un peu ambiguë — figurant dans la loi n° 1/73, doit être interprété de manière restrictive, au sens de la législation portugaise *dont l'applicabilité avait été étendue au territoire anciennement appelé Guinée Portugaise*⁴.

² Publié au Journal officiel n° 1/75 du 4 janvier.

³ Publié aussi au Journal officiel n° 1/75 du 4 janvier.

⁴ JOÃO ESPÍRITO SANTO, "Apontamentos sobre os regimes jurídicos guineenses de fonte legal do casamento e do divórcio", au *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 4, 1997, 211-213.



La réception matérielle de la loi portugaise était donc doublement conditionnée : (i) d'une part, à sa conformité à la souveraineté nationale, à la Constitution de la République de 1973, à ses lois ordinaires et aux principes et objectifs du PAIGC ; (ii) d'autre part, à son antérieur extension effective au territoire de l'ancien Guinée Portugaise.

Il — La réception matérielle de la législation portugaise par la Guinée-Bissau a ainsi compris, parmi de nombreux autres instruments juridiques, le deuxième Code civil portugais, de 1966 (ci-après dénommé «CC»⁵), et le deuxième Code de commerce portugais, de 1888 (ci-après «CCom»).

Le CC avait été étendu au territoire portugais de la Guinée par l'Ordonnance n^o 22869 du 4 septembre 1967 ; le CCom avait été étendu à ce territoire par le Décret du 20 février 1894.

Ces deux codes ont, ainsi, principié son application en Guinée-Bissau en tant que lois nationales ; leur désignation doctrinale correcte sera donc respectivement Code civil bissau-guinéen et Code commercial bissau-guinéen.

⁵ A sa version originale, qui ne coïncide pas donc avec la version résultant de la grande réforme opérée au Portugal en 1977, notamment dans le droit de la famille et le droit des successions, afin de l'adapter aux principes de la Constitution portugaise de 1976, à savoir l'égalité entre les époux et l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et hors du mariage (sur la question, voir JOÃO ESPIRITO SANTO / PEDRO FERREIRA MURIAS, "Notas sobre a emancipação e a idade núbil no direito guineense de fonte legal" (traduction française : "Notes sur l'émancipation et l'âge nubile en droit guinéen de source légale "), dans *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 5, 1998, 291 et suivs.



2. Le code commercial de 1888 : critères de délimitation de la matière commerciale et d'ordination systématique

La structure systématique du CCom comprend quatre Livres, le premier consacré au *commerce en général*, le second aux *contrats spéciaux de commerce*, le troisième au *commerce maritime* et le quatrième aux *faillites*.

À propos du CCom, nous soulignons ici, d'une part, la démarcation du champ d'application du droit commercial partant de la notion d'*acte de commerce* ; en fait, il est déterminé dans son art. 1^{er} que *la loi commerciale régit les actes de commerce, soient ou non commerçants les personnes qui y interviennent*.

Nous soulignerons, cependant, que bientôt l'art. 2, première partie, du CCom établit le principal critère formel permettant de déterminer le caractère commercial d'un acte juridique : *être spécialement réglementé au code*.

Il convient également de noter que le Livre II du CCom, qui est dédié aux *contrats spéciaux de commerce*, avait originellement vingt titres, le premier étant consacré aux *dispositions générales*, le second aux *sociétés*, le troisième au *compte en participation*, le quatrième aux *entreprises*, le cinquième au *mandat*, le sixième aux *lettres de change, billets à ordre et chèques*, le septième à la *compte courant*, le huitième aux *opérations de bourse*, le neuvième au *transport*, le onzième à l'*emprunt*, le douzième au *gage*, le treizième au *dépôt*, le quatorzième au *dépôt des genres et marchandises à des entrepôts généraux*, le quinzième à l'*assurance*, le seizième à l'*achat-vente*, le dix-septième au *repris*, le dix-huitième à l'*échange*, le dixième nouveau à la *location* et le vingtième à la *cession et à la*



réforme de titres commerciaux.

Bien que le CCom ait utilisé un deuxième critère pour déterminer la commercialité d'un acte juridique, celui du *commerçant* (art. 2, deuxième partie, et art. 13), et par ce chemin, de la portée du Droit commercial lui-même, la vérité est que ce dernier critère était subordonné à celui de l'*acte de commerce*.

3. L'adhésion de Guinée-Bissau à l'OHADA et l'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général

I — Le traité de l'OHADA a été signé le 17 octobre 1993 à la République de Maurice, dans le cadre d'un mouvement d'intégration économique et juridique plus vaste des États africains francophones⁶.

Le Traité de l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)⁷, composé de 63 articles, vise l'harmonisation du droit des affaires des États Parties, but qu'il se propose, notamment, de réaliser par " [...] l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies [...] " (art. 1)⁸.

⁶ Sur le traité de l'OHADA, voir, notamment, JOSEPH ISSA-SAYEGH / JACQUELINE LOHOUES-OBLE, *OHADA - Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles: Bruylant, 2002, 91 et suivs. ; TIAGO SOARES DA FONSECA, *O Tratado da OHADA*, Lex: Lisbonne, 2001, *passim*; SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Lisbonne: Almedina, 2012, 19 e ss.

⁷ [Sans version française]

⁸ [Sans version française]



Pour l'exécution des tâches prévues par le traité, en particulier celle d'une 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, I).

Conformément à l'art. 2 du traité, son objet — le droit des affaires — comprend des règles relatives au droit des sociétés, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés 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, bien que a " [...] toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure , conformément à l'objet du [...] traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après"⁹.

Il convient également de souligner que le traité stipule, dans son art. 5, I, que les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'art. 1 prend la dénomination d'*Actes Uniformes*. Les actes uniformes sont donc une source de droit de l'OHADA à caractère secondaire.

Conformément à l'art. 10 du traité, les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties (effet direct) nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieur. Il ne faut pas sous-estimer l'importance de cette disposition : d'une part, l'efficace des actes uniformes dans le droit interne des États parties est directe, ce qui permet de s'affranchir des actes de transposition ; d'autre part, le droit dérivé de l'OHADA a un rang hiérarchique supérieur à celui du droit interne

⁹ [Sans version française]



des États parties. L'art 10 du traité consacre l'unification du droit des États parties dans les secteurs couverts et non leur simple harmonisation ; on rejette ainsi la conception doctrinale qui soutient une interprétation de cette norme comme ne déterminant que l'harmonisation des droits des États parties au Traité de OHADA¹⁰.

II — Le supérieur rang hiérarchique du droit secondaire de l'OHADA sur le droit de production interne des États parties détermine, lorsqu'il existe une contradiction entre les deux, la révocation de ce dernier, quand antérieur, ou sa nullité, pour violation de droit hiérarchiquement supérieure, s'il l'est postérieur.

Le traité de l'OHADA a été signé par quatorze États (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Tchad, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, Sénégal et Togo) et est entrée en vigueur, conformément à l'art. 52, II, première partie, soixante jours après le dépôt du septième instrument de ratification, intervenu le 18 septembre 1995, avec le dépôt de l'instrument de ratification du Niger.

Aux termes de l'art. 53, I, le traité est, dès son entrée en vigueur,

¹⁰ Pour une conscription doctrinale des deux thèses en présence, unification *versus* harmonisation, voir OSVALDO SILVA, *Sociedade criada de facto e sociedade de facto no direito da OHADA*, sous presse. Cependant, soulevant la question de l'absence de couverture constitutionnelle en Guinée-Bissau pour l'applicabilité directe du droit international secondaire, voir CLAUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, Almedina : Coimbra, 2009, 48 et suivs. L'auteure conclue, nonobstant, par l'applicabilité directe en Guinée Bissau des actes uniformes d'OHADA, du fait de la ratification du traité par l'organe en constitutionnellement compétent, conclusion avec laquelle nous sommes d'accord.



ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA et de tout État non-membre de l'OUA mais qui soit invité à l'adhésion par accord entre tous les États parties. Dans les États adhérents, le traité et les actes uniformes commencent à vigorer soixante jours après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion. Le traité n'admet pas de réserves, aux termes de l'art. 54.

À la suite de la signature du traité constitutif ont rejoint l'OHADA la Guinée-Conakry et la Guinée-Bissau¹¹. Le traité a été révisé le 17 octobre 2008.

III — Le 17 avril 1997, l'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général de l'OHADA a été approuvé; il serait abrogé par l'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général de l'OHADA (ci-après dénommé AU / DCG) du 15 décembre 2010¹², et correspondant à une deuxième génération de celle approuvée le 17 avril 1997.

L'article 1, I e II, de l' AU / DCG (le seul à être inclus dans son chapitre préliminaire) dispose que "[t]out commerçant, personne physique ou morale y compris les sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public, est associé ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire d'un des

¹¹ La Guinée-Bissau a adhéré au traité de l'OHADA le 15 janvier 1994 et a déposé l'instrument de ratification le 26 décembre 1995; le traité est entré en vigueur en Guinée-Bissau le 20 février 1996 (voir TIAGO SOARES DA FONSECA, *O ato uniforme relativo ao direito das sociedades e do agrupamento complementar de empresas: considerações gerais*, Lex : Lisbonne, 2001, 23, n. 24).

¹² Publié au Journal officiel de l'OHADA, n ° 23 du 15 février 2011.



États parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, ci-après dénommés « États parties », sont soumis aux dispositions du présent Acte uniforme./ Sont également soumises, sauf dispositions contraires, au présent acte uniforme et dans les conditions définies ci-après, les personnes physiques qui ont opté pour le statut d'entrepreneur¹³.

4. L'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général

L'AU / DCG comprend neuf livres, ainsi qu'un chapitre préliminaire : le Livre I traite du statut du commerçant et de l'entrepreneur, le Livre II, du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, le Livre III, du Fichier National, le Livre IV, du Fichier Régional, le Livre V, de l'informatisation du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, du Fichier National et du Fichier Régional, le Livre VI, du bail à l'usage professionnel et du fonds de commerce, le Livre VII, des intermédiaires de commerce, le Livre VIII, de la vente commerciale, et le Livre IX des dispositions transitoires et finales.

La désignation attribuée à l'Acte Uniforme, axée sur le Droit commercial *général*, suppose que celle-ci ferait partie du système juridique de l'OHADA, par opposition à des réglementations commerciales spéciales. En fait, c'est le cas : le 17 avril 1997, lorsque l'AU / DCG a été approuvé, un Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique l'était également.

¹³ [Sans version française]



La dénomination de l'AU / DCG n'est pas tout à fait en harmonie avec la délimitation matérielle de l'art. 2 du traité OHADA pour le *Droit des affaires* : bien que la désignation de *droit général des affaires* ne pût être utilisée pour l'Acte Uniforme — parce qu'elle serait, para trop, manifestement incorrecte — il ne règle pas non plus exclusivement le *statut du commerçant*, qui est mentionné dans ce précepte juridique.

5. La portée de la révocation du Droit commercial national

5.1. L'Article 10 du traité de l'OHADA

Aux termes déjà signalées à propos du traité de l'OHADA, l'entrée en vigueur de l'AU / DCG a entraîné l'abrogation des règles de droit interne guinéen, en particulier celles du Code de commerce. Mais cela n'épuise pas toutes les questions qui peuvent se poser dans le cadre de la relation entre le droit dérivé de l'OHADA et le droit interne de ses États membres. Dans la théorie générale des sources du droit, la contradiction normative susmentionnée aboutit à un cas de *révocation tacite, implicite ou par incompatibilité*, c'est-à-dire qu'elle peut être déduite d'une volonté législative qui n'exprime pas explicitement la volonté de révocation (*révocation expresse ou par déclaration*).

Mais la théorie générale des sources de droit connaît une troisième modalité de la révocation : la *globale*, fonctionnant par branche de droit ou par un institut juridique (dans le CC de la Guinée-Bissau, cette modalité de révocation est expressément



consacrée dans l'art. 7, n.º 3, du fait que la nouvelle loi régit toute la matière objet de la loi antérieure).

Les actes uniformes de l'OHADA couvrent des secteurs juridiques unitaires, que ce soit par référence à des branches du droit – *v.g.*, le Droit commercial, le Droit comptable, Le droit des procédures collectives d'apurement du passif – ou à des instituts individuels – *v. g.*, les sociétés commerciales, le transport terrestre de marchandises – ce pose la question supplémentaire de savoir si son effet révocatoire attient des règles de droit interne, un branche du droit ou un institut qui fait l'objet d'un acte uniforme mais qui en lui n'ont pas de correspondance au sens qu'elles ne sont pas contraires au droit uniforme.

La solution de la question est connexe a l'interprétation de la norme de l'art. 10 du traité instituant l'OHADA et n'est pas pacifique en doctrine : pour une tendance, la disposition doit être interprétée – d'une façon large – au sens que le droit uniforme de l'OHADA entraîne l'abrogation du droit interne sur la matière concernée ; une autre tendance – restreinte – soutient que l'abrogation du droit national est limitée aux règles en situation d'incompatibilité concrète avec le droit uniforme¹⁴.

La première approche interprétative, qui évite les jugements d'incompatibilité *règle-à-règle*, présente l'avantage de simplifier l'application, mais aussi de potentialiser les lacunes, dans les cas précédemment couverts par le droit interne et non par le droit

¹⁴ Voir, notamment, SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., 45 e 46; CLAUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 56 e ss., concernent le droit national guinéen sur les garanties spéciales des obligations.



dérivé de OHADA. La seconde interprétation, tout en préservant le droit national non contraire au droit uniforme, évite la création de lacunes, mais, pour l'admise concaténation normative, à deux niveaux, favorise des ensembles de règles différents dans chacun des États membres et, prétendument, des désharmonies dans la solution de questions similaires¹⁵.

L'argument de la disharmonie est toutefois trop probant : compte tenu de l'application immédiate du droit de l'OHADA dans les systèmes juridiques nationaux des États parties (art. 10 du Traité), la prétendue désharmonie ne peut se produire que dans une *zone non couverte* par le Traité, qui est donc en dehors des intérêts réglementaires de l'OHADA ; une telle disharmonie est donc neutre dans la confrontation de OHADA¹⁶.

La première interprétation de l'art. 10 du Traité, la restreinte, semble donc mieux fondée, mais aussi comme un meilleur résultat du point de vue du problème des lacunes de la législation nationale.

La portée de l'art. 10 du Traité a déjà fait l'objet d'un avis de la Cout Commune de Justice et Arbitrage (ci-dessus, CCJA), demandé par la Côte d'Ivoire et rendu aux termes de l'art. 14, II, du Traité, et

¹⁵ JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, OHADA. Harmonization du droit des affaires, cit., 134; CLÁUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 57.

¹⁶ Nous pensons que la pensée de Cláudia Madaleno, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 74, est proche de la nôtre, bien qu'elle nous paraisse équivoque quant à l'utilisation faite par l'auteure de la locution *objet* (de l'AU), ce qui peut signifier, dans son discours, tant la *question réglémentée* comme *branche de droit / institut juridique*.



la Cour a interprété étroitement la norme¹⁷ ; l'avis n'engage qui le demande, mais il est peu probable que son interprétation, destinée à assurer une interprétation et une application communes du Traité, des règlements d'application, des actes uniformes et des décisions, ne soit pas suivie par les autorités des États Parties, étant donné que leur décisions peuvent, en dernière analyse, être disputées devant la CCJA¹⁸.

On partage donc l'interprétation de l'art. 10 du traité de l'OHADA selon lequel la révocation du droit interne des États Parties par les actes uniformes n'est pas exhaustive ; au contraire, il s'agit d'une révocation individualisée qui ne concerne donc que les règles internes contraires au droit uniforme de l'OHADA, et qui constitue une abrogation qu'il est permis de qualifier — dans un plan analytique qui départ, en tant que l'objet d'un AU est une *branche de droit* ou un *institut juridique* — comme *partiel*¹⁹.

¹⁷ Avis n ° 001/2001 / EP. Cet avis correspond à un changement d'orientation de la jurisprudence de la CCJA, qui appuyait initialement la thèse de la révocation globale; sur le sujet voire CLAUDIA MADALENO, *As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 66 et suivs.

¹⁸ SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., 34; BORIS MARTOR/NAVETTE PILKINGTON/DAVID S. SELLERS/SÉBASTIEN THOUVENOT, *Business Law in Africa: OHADA and the harmonization process*, 2 -ème ed., GMB, 2007, 10, 18 e 19.

¹⁹ Nous sommes d'accord, ainsi, avec les conclusions de CLÁUDIA MADALENO (*As garantias das obrigações nos direitos guineense e da OHADA*, cit., 75 e ss.) sur l'interprétation de l'art. 10 du traité OHADA, ainsi que sur la portée de la révocation produite par l'AU dans le droit interne des États parties.



5.2. Le champ d'application de l'AU / DCG

I — L'AU / DCG commence par une délimitation de son champ d'application, se déclarant dans son art. 1 que « [t]oute commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique, ci-après dénommés "États parties", est soumis aux dispositions du présent acte uniforme.

Sont également soumises, sauf dispositions contraires, au présent acte uniforme et dans les conditions définies ci-après, les personnes physiques qui ont opté pour le statut d'entrepreneur.

[...] tout commerçant ou tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires au présente acte uniforme, qui sont applicables dans l'État partie où se situe son établissement ou son siège social»²⁰.

Pour les buts qui nous intéressent maintenant, le précepte montre deux aspects importants : (i) que la délimitation du champ d'application est faite par un critère subjectif : la qualité du commerçant ou d'entrepreneur ; (ii) que, dans les domaines non couverts par l'AU / DCG, ces sujets sont soumis au droit interne des États Parties qui leur est applicable.

Il convient de noter tout d'abord que le sens raisonnable de la

²⁰ [Sans version française]



dernière norme citée est que les commerçants et les entrepreneurs sont soumis au droit national non contraire à l'AU / DCG *en tant que détenteurs de cette qualité personnelle et pour cette raison*. La disposition suppose donc une législation nationale dont le critère d'application est cette qualité personnelle, que le droit commercial interne obéisse à une matrice subjectiviste ou objectiviste.

Les instituts de l'AU / DCG, a sa fois, sont délimités subjectivement, a ce que seul semble faire exception le bail à usage professionnel (arts. 101 et suiv.). Si, d'une part, il existe dans l'AU / DCG une objectivation de la notion d'*acte de commerce*, cette objectivation est *impure* et même parfois contradictoire²¹.

II — L'articulation entre l'AU / DCG et le Droit commercial interne de Guinée-Bissau soulève des problèmes qui semblent loin des préoccupations des doctrines francophones et qui portent sur le fait que le droit de OHADA déroge à un ensemble normatif objectivement orienté au moyen de législation d'orientation matricielle-subjective. En d'autres termes, si, d'une part, le droit de l'OHADA préserve, dans certains termes, la législation nationale applicable aux commerçants et aux entrepreneurs, d'autre part, le droit commercial bissau-guinéen est essentiellement applicable aux actes de commerce, indépendamment de la qualité de qui le fait (commerçant ou non-commerçant).

Regardons la question, partant de l'AU / DCG, institut par institut.

En ce qui concerne l'*acte de commerce*, l'AU / DCG n'en donne pas le concept, malgré la combinaison des arts. 3 et 4 permettre de

²¹ *Infra*, 5.3.1.



conclure qu'il s'agit d'un genre dans lequel on peut trouver les espèces *par leur nature* et *par leur forme*. Ce *schéma conceptuel-juridique* n'est apparu que dans la deuxième version de l'Acte Uniforme ; en fait, dans l'art. 3 de la première version surgit une énumération explicite d'actes de commerce, comprenant des *sources de commercialité* objective, mais aussi subjective. Cette énumération s'articulait avec le contenu de l'art. 2, qui déterminait la notion de commerçant en tant que *personne qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce sa profession habituelle*.

Dans l'articulation entre les deux normes, il fallait comprendre que ce n'était la pratique professionnelle de n'importe quel acte de commerce qui attribuerait à son auteur le statut de commerçant, car certains des actes énumérés à l'art. 3 étaient classés comme commerciaux uniquement parce qu'ils avaient été pratiqués par des commerçants (*v.g.*, les contrats relatifs aux besoins de leur commerce) ; or, ceux-là ne pouvaient, sans contradiction logique, être considérés à la fois comme une cause et comme une conséquence du statut de commerçant. Il convient de noter à cet égard que la doctrine francophone est pratiquement unanime sur l'exclusion de *cette fonction attributive du statut de commerçant* aux actes de commerce qualifiés — en doctrine — comme *accessoires*, en utilisent l'expression en sens subjectif, c'est-à-dire *accessoires à la qualité / profession de commerçant*²².

De la potentialité attributive de la qualité de commerçant

²² En doctrine française, voir, notamment, MESTRE/PANCAZI, *Droit commercial*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 28 -ème ed., 2009, 168. En doctrine de l'OHADA, voir, notamment, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, Bruxelles : Bruylant, 2002, 78.



seraient donc été exclus, dans le cadre de l'art. 3 de AU /DCG (i) *les contrats entre commerçants pour les besoins de leurs commerce* et (ii) *les actes effectués par des sociétés commerciales* (que l'article 1 a expressément admis comme constituant des *commerçants*).

En plus de ce qui a été dit, la doctrine française est également unanime pour nier la fonction attributive du statut de commerçant à des actes dont la commercialité découle de la forme — typiquement commerciale — qu'ils adoptent, et que la doctrine et, parfois, la loi elle-même, qualifient comme des *actes de commerce par sa forme*, dont sont des exemples classiques la lettre de change, le billet à ordre et le chèque (dans le cas de l'AU / DCG, l'article 4 les qualifie expressément comme telles).

Tout considéré, dans la doctrine francophone, les actes de commerce susceptibles d'attribuer la qualité de commerçant sont ceux désignés — doctrinaire et parfois légalement — comme actes de commerce *par nature* ou, en d'autres termes, ceux dont la commercialité est *intrinsèque*, ne dérivant pas de connexions externes²³.

En écho aux délimitations opérées par la doctrine concernant les actes de commerce qui *servent* à attribuer la qualité de commerçant

²³ Ce panorama doctrinal n'est pas très différent de celui du portugais en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 13, 1, du CCom, pouvant seulement s'indiquer que l'*accessorité* (subjectif) de laquelle parle la doctrine française est, aboutit à une catégorie linguistiquement diverse, celle des *actes de commerce subjectifs*, même si certains auteurs s'expriment en termes d'*accessorité subjective*. On peut également considérer que la doctrine portugaise identifie dans le CCom une sous-catégorie d'actes de commerce, par accessoire, formule qui a un sens objectif, c'est-à-dire de commercialité transmise par le lien avec un autre acte de commerce, dont sont exemples le prêt, le gage et le dépôt.



à ceux qui les pratiquent professionnellement, l'art. 2 de l'UA / DCG, dans la deuxième version, a ajouté une référence aux actes de commerce *par nature* ; par conséquent, il est légalement déclaré que les actes de commerce énumérés à l'art. 4 (actes de commerce par leur forme) n'ont pas la virtualité d'attribuer la qualité de commerçant, ce qui, pourtant, ne semble jamais avoir suscité de doutes dans la doctrine francophone.

Pour accompagner ce changement produit dans l'art. 2 (définition de commerçant), l'art. 3 a également été modifié par l'introduction d'une définition d'acte de commerce *par nature*, qui se combine avec l'énumération initiale des actes de commerce qui y figurent.

Le législateur de l'OHADA a donc choisi de déterminer les actes de commerce par un inhabituel système qui combine une définition légale — elle-même incommun — avec une énumération, et il convient de noter que la construction de la norme suggère l'intégration de toutes les actes identifiés dans l'énumération dans la notion d'acte de commerce *par nature*.

5.3. La détermination des actes de commerce dans l'AU / DCG et la confrontation avec le CCom

5.3.1. Considérations générales

I — La rédaction de l'art. 3 de l'UA / DCG a été doublement modifié dans la nouvelle version de cet acte normatif.



En fait, là où figurait précédemment une énumération expresse d'actes de commerce²⁴, il existe, dans la deuxième version de cet Acte uniforme, d'une part, une notion d'acte de commerce *par nature* et, d'autre part, l'énonciation antérieure des actes de commerce, maintenant considérés comme tel *par nature*.

On peut lire dans l'art. 3 de UA / DCG, dans sa deuxième version, le suivant²⁵ :

L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entretient dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature

– l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ;

²⁴ AU / DCG, art. 3, version originale: *Ont le caractère d'actes de commerce, notamment :*

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

²⁵ [Sans version française]



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

En ce qui concerne l'analyse de la définition d'acte de commerce, on notera deux aspects : i) que la définition se limite aux actes de commerce *par nature*; (ii) que la définition ne se limite pas, comme les définitions doctrinales classiques, aux actes d'intermédiation spéculative, comprennent également les *actes d'intervention dans la circulation des biens que son auteur acquiert ou produit et les prestations de services*.

Nous noterons également que la nouvelle énonciation de l'art. 3, se limitant aux actes de commerce *par nature*, a créé un problème de compatibilité entre la définition et l'énonciation. En fait, étant donné que la *nature* de l'acte de commerce a maintenant un statut



normatif, le contenu de la définition *par nature* doit être établi et ça ne peut que signifier que le caractère commercial est intrinsèque à l'acte et ne découle pas de simples liens exogènes. Cependant, la commercialité intrinsèque n'existe pas manifestement pour tous les actes énumérés dans la liste et ne peut donc pas être considérée comme des actes de commerce par nature *les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* et *les actes effectués par les sociétés commerciales* ; la nouvelle rédaction de l'art. 3 a donc amené la nécessité d'interpréter de façon restrictive son énumération, refusant aux actes déjà identifiés la qualité des actes de commerce par nature.

En effet, si *les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* et *les actes effectués par les sociétés commerciales* ont son caractère commercial déterminée par la qualité — de commerçant —, de qui les réalisent, ils doivent d'abord être considérés comme des actes de commerce, subjectifs, selon terminologie doctrinale lusophone, ou accessoire au métier commercial, selon la terminologie francophone.

Les qualifications en tant qu'actes de commerce par nature des *contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* et des *actes effectués par les sociétés commerciales* ne sont pas exactement *parallèles*; rigoureusement, la premier est basé sur une perspective bilatérale (contrats dans lesquels les deux parties sont des commerçants) et, la second, unilatéral (actes juridiques accomplis par une société commerciale, que sa structure soit bilatérale ou unilatérale); il est clair que la combinaison de ces deux qualifications dans la même catégorie d'actes juridiques est basée sur la qualité de commerçant(s) de son (ses) auteur (s), ce qui soulève la question de savoir si la différente perspective



rédação — bilatéralisé, dans un cas, non bilatéralisé, dans l'autre — a une justification matérielle. Si la qualification de l'acte en tant que *de commerce* repose dans les deux cas sur la qualification de commerçant, il est mal compris que la structure de l'acte juridique conditionne la qualification, étant moindre l'exigence qualificative dans le cas d'actes accomplis par des sociétés commerciales que dans le cas des actes du commerçant individuelle.

En fait, si la délimitation légale de la commercialité des *contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* se comprend bien en face des commerçants individuelles (en tant que *séparateur* des affaires qui respectent leur profession, et ceux qui attiennent leur vie civile), se justifiant ainsi l'omission de cette référence en ce qui concerne *les actes effectués par les sociétés commerciales*, il ne se comprend pas que, dans le premier cas, la loi rapporte *contrats* et, au deuxième, des *actes*. Nous supposons ainsi que la rédaction *contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* ne reflète pas, pour trop restrictive, l'esprit qui y préside, qui couvre, d'une part, les actes juridiques des commerçants individuelles *pour les besoins de leur commerce*, soient des contrats ou des actes juridiques unilatéraux, et, d'autre part, dans le cas de contrats, qu'il s'agisse de contre avec commerçant ou non-commerçant. Pour une telle conviction concourt la compréhension de que la prévision *contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce* correspond à la consécration juridique de la catégorie française d'origine jurisprudentielle *acte de commerce accessoire de la profession de commerçant*, qui produit la qualification commerciale



quelle que soit la structure, bilatérale ou unilatérale, de l'acte²⁶.

En doctrine portugaise, l'interprétation de la formule littérale complexe de l'art. 2, deuxième partie, du CCom ... *si le contraire n'en découle de l'acte lui-même*, comme délimitation objective, au sens que l'acte commis par le commerçant qui n'est pas (commercialement) typique par la première partie du précepte, peut seulement considérer comme commercial s'il a un lien avec le commerce de son auteur, même s'il est simplement présumé. Des là, si nous ajoutons qu'un acte *de nature exclusivement civile* c'est celui qu'il n'a aucun lien avec le commerce dans aucun contexte que ce soit et même s'il est pratiqué par un commerçant, nous jugeons pouvoir admettre que la deuxième partie de l'art. 2 do CC a été abrogé par l'art. 3 de l'AU /DCG (déjà dès sa première version), avec novation do titre de la règle, que reste égal en essence. Nous n'admettons sa révocation totale uniquement dans la mesure où la disposition détermine la classification, en tant qu'actes de commerce, des *obligations des commerçants* (ce qui doit être dument interprété, non au sens de faire l'équivalence des actes juridiques et de leur contenu, mais plutôt que les obligations contractées par les commerçants sont considérées comme commerciales). Cette détermination du CCom n'est pas expressément comprise dans l'art. 3 de l'AU / DCG²⁷, et n'entrant

²⁶ Proches, AKUETE PEDRO SANTOS/JEAN YADO TOE, *OHADA - Droit Commercial Général*, cit., 70.

²⁷ Proches, AKUETE PEDRO SANTO/KOFFI MAWUNYO AGBENOTO, dans le commentaire de l'AU/DCG contenu à *OHADA – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 [s.l.], 245, qui font référence, en ce qui concerne l'art. 3, à l'utilité de maintenir la catégorie des actes de commerce par accessoire, permettant d'étendre la commercialité aux *quasi-contrats* et aux *délits*.



pas en conflit avec lui, doit être considéré comme étant en vigueur.

Les obligations des commerçantes seront donc considérées comme commerciales si elles ne sont pas *de nature exclusivement civile, si le contraire n'en découle de l'acte lui-même*.

5.3.2. Le contrat de achat/vente

L'art. 3 de l'AU / DCG fournit, tout d'abord, le caractère commercial de l'acquisition de biens, meubles ou immobiliers, au but de les revendre.

On notera tout d'abord que l'AU / DCG ne définit pas, à ses propres fins, ce qui est *l'achat*, ce qui suppose donc un type contractuel de droit interne qui, en Guinée-Bissau, est l'achat-vente (art. 874 du CC) et que la qualification commerciale ne concerne que l'un des aspects de la relation juridique : *l'achat*²⁸; mais on notera également que le dernier livre AU / DCG — le VIII -ème — est spécialement consacré à la vente commerciale.

La confrontation entre la règle de l'art. 3, dans la partie relative

²⁸ Un peu critiques de cette technique, francophone, de la qualification commerciale de l'achat-vente, MESTRE/PANCRAZI, *Droit commercial*, cit., 35, faisant référence à l'art. L110-1 du *Code de commerce* 2000 (ancien art. 632 du *Code de commerce* de 1807), «[l]' opération doit consister dans un achat, c'est-à-dire une acquisition à titre onéreux, l'acheteur se proposant de revendre la chose. Ainsi, le marchand au détail fait l'acte de commerce en achetant des marchandises parce qu'il a l'intention de les revendre (bien que, textuellement, l'article L. 110-1, ne déclare acte de commerce que *l'achat* pour revente, on admet sans difficulté que la *revente* est aussi un acte de commerce ».



à la commercialité de l'achat, avec le régime des arts. 234 et suivs. est susceptible de créer une étrangeté.

On ne doit pas exagérer la portée du fait que l'art. 3 fait référence à *l'achat* et que le régime du Livre VIII concerne la *vente commerciale*; il peut s'agir d'une simple différence, non relevant, entre des perspectives réglementaires.

Il convient toutefois de noter que, dans la délimitation du champ d'application des règles du Livre VIII, l'art. 234 établit que les dispositions de ce livre s'appliquent aux contrats de vente de biens entre commerçants.

Il semble donc, à une première analyse, que les situations de fait rapportées par chacune de ces règles sont diverses; certes pas par simple variation de la perspective contractuelle — l'achat, d'une part, et vente, d'autre part — mais parce que la première a nécessairement une délimitation objective (puisqu'il s'agit d'actes qui, s'ils sont pratiqués professionnellement, confèrent la qualité de commerçant à qui les effectue) et, la deuxième, une délimitation subjective; on peut dire, d'une autre façon, qu'à la qualification de l'achat comme commercial (art. 3), seul le but de la (re) vente de ce qui est son objet intéresse et non la qualité de commerçant ou de non-commerçant — de qui la réalise, tandis que la norme de l'art. 234 exige pour la qualification commerciale de l'affaire (en prêtant attention à la désignation du livre dans lequel elle est insérée) que les deux parties soient des commerçants, même si une telle condition n'est pas suffisante à cet effet.

La portée de la conclusion tirée de l'art. 3 est, cependant, très limitée. Etant l'objectif du législateur de l'OHADA de réglementer objectivement l'achat commercial et lui y aurait certainement



donné un régime semblable à celui des arts. 463 et suivs. du CCom, ce qui n'est pas le cas.

La portée de la qualification commerciale de l'achat dans l'art. 3 n'est seulement que d'appuyer la détermination en tant que commerçant de ceux qui y sont engagés professionnellement (art. 2). Et avec ça, on entend conclure que l'interprétation de l'art. 3, en tant que *fondateur* d'un régime d'achat comme acte commercial objectif, pouvant, en abstrait, être compatible avec la permanence en vigueur de la réglementation du contrat d'achat-vente du CCom, qui est une matrice objective.

Il est indéniable que le législateur de l'OHADA a voulu soumettre au régime du Livre VIII l'achat-vente de marchandises entre commerçants, mais il serait sans fondement de prétendre qu'une vente qui ne correspond pas au type juridique de l'art. 234 de l'AU / DCG doit, dans la perspective de ce même législateur, être nécessairement régi par le droit civil; un tel raisonnement suffirait avec un préjugé : que le système ne puisse contenir qu'un seul système de commercialité, ni des articulations de divers régimes commerciaux en termes de généralité / spécialité.

En fait, si nous examinons attentivement l'art. 234 de l'AU / DCG, ce qui en résulte c'est l'intention du législateur de soumettre au régime du Livre VIII les ventes — et nécessairement les achats respectifs — de *marchandises* dont les parties, vendeur et acheteur, ont *la qualité de commerçant*. Il serait contraire à cette détermination de soumettre ces affaires à un régime juridique national, commercial ou civil, divers. Dans cette mesure, il faut comprendre que le régime de la vente commerciale de l'AU / DCG déroge au régime commercial guinéen de l'achat-vente des arts.



463 et suivs. du CCom, qui est donc *exclu* à l'égard des affaires qui ont des marchandises par objet et dont les parties sont des commerçants. En plus, c'est-à-dire en relation aux affaires d'achat-vente couvertes par l'art. 463 do CCom, mais qui n'ont pas des marchandises par objet, il n'y a pas de conflit entre le régime de l'AU / DCG et CCom. En ce sens, le système interne guinéen d'achat-vente reste en vigueur, amputé, toutefois, des affaires régies par le Livre VIII de l'AU / DCG, portant notamment sur l'achat en vue de la vente ultérieure de biens meubles, «[...] bruts ou transformés, ou simplement pour les louer [...] », réalisée entre un commerçant et un non-commerçant ou entre deux non-commerçants et / ou dont l'objet ne consiste pas en des marchandises, quelles que soient les qualités des parties.

Une dernière note pour souligner que l'art. 3 établit le caractère commercial de l'achat de biens immobiliers pour la revente, en se rapprochant de la configuration du droit français après 1967, année de l'introduction de la qualification commerciale expresse du courtage immobilier en France.

Les immeubles et les affaires qui les ont pour objet sont historiquement exclues du champ d'application du Droit commercial. Dans le noyau historique le plus ancien du Droit commercial, on trouve l'achat-vente de ce qui est *meuble*, l'achat de la marchandise à la place où elle est produite, son transport vers des endroits où elle est rare, apprécié et pouvant bénéficier d'une appréciable différence du prix de (re) vente, qui permet, d'une part, de couvrir les coûts de la conduire et du transport et, d'autre part, pour assurer une part en bénéfices au commerçant.

Il est donc clair la petite importance de l'immobilier pour le



développement historique du Droit commercial et que le contrat de transport, en particulier le maritime, a connu un développement remarquable dans le cadre du Droit commercial classique (on peut rappeler qu'une partie importante des codes commerciaux du dix-neuvième siècle est consacrée au commerce maritime, comme par exemple le Livre II du Code de commerce italien de 1882 et le Livre III du Code de commerce portugais).

Dans la qualification commerciale de l'achat d'un bien immobilier à la vente, le droit de l'OHADA se rapproche donc du droit français qui, selon la loi du 13 juillet 1967, qualifie d'acte de commerce l'achat d'un bien immobilier pour la revente, modifiant l'original art. 632 (actuel art. L 110-1 du *Code de commerce* 2000)²⁹

João Espírito Santo

²⁹ MESTRE/PANCRAZI, *Droit commercial*, 37.



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2019-04-29