



REPUBLIQUE DU BENIN

\*\*\*\*\*

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA  
RECHERCHE SCIENTIFIQUE

\*\*\*\*\*

UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI (UAC)

\*\*\*\*\*

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES  
(FADESP)

\*\*\*\*\*

MEMOIRE POUR L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES  
APPROFONDIES (DEA)  
(Option DROIT PRIVE FONDAMENTAL)

SUJET :

**LE STATUT DE L'INTERMEDIAIRE  
DE COMMERCE EN DROIT OHADA**

Réalisé par :

Mounkadas ISSIFOU

Sous la Direction de :

**Barnabé G. GBAGO**

**Agrégé des facultés de droit**

**Maître de conférences à l'UAC**

**Doyen de la FADESP**

**Avocat au barreau du Bénin**

*« La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les mémoires. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».*

## **DEDICACE**

*Je dédie ce mémoire :*

- à mon père et à ma mère, en reconnaissance de l'instruction qu'ils m'ont assurée et des nombreux sacrifices consentis à mon égard ;
  
- à mon épouse Lahouratou et à mes enfants Irchad et Manar, en qui j'ai toujours puisé le réconfort moral. Ce travail est le fruit de votre amour ;
  
- à mon frère Kamarou Dyne, ma sœur Fati et mes cousins Abdel Kabirou et Nourou Dine, car ce travail est aussi le vôtre ;
  
- à mes amis Abdala, Ali, Rachid, Achille et surtout ceux de la 3<sup>ème</sup> promotion du DEA Droit Privé Fondamental ; que ce travail soit le fruit de votre attachement fraternel.

## **REMERCIEMENTS**

*Mes remerciements :*

- **à Dieu Tout Puissant à qui je dois toute la force qui m'a permis de réaliser ce travail ;**
  
- **au Professeur Barnabé G. GBAGO, mon Directeur de mémoire, qui, en dépit de ses multiples occupations, a accepté de diriger ce travail;**
  
- **Au Docteur Eric GONCALVES, pour sa disponibilité et ses précieux conseils ;**
  
- **à tous les Membres du Jury pour avoir bien voulu assister à la soutenance de ce mémoire de DEA ; tout le corps enseignant ainsi que tout le personnel administratif de la FADESP, pour leur écoute et leur indéfectible disponibilité ;**
  
- **enfin à tous ceux qui, de diverses manières ont œuvré pour la réalisation de ce mémoire. Qu'ils trouvent ici le symbole de ma reconnaissance.**

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : Un statut emprunté.....</b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'application des règles du mandat à la formation du contrat.....</b>	<b>9</b>
<b><u>Section 1</u> : Une application fondée.....</b>	<b>11</b>
<b><u>Section 2</u> : Une application adaptée .....</b>	<b>16</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'application des règles du mandat à l'exécution du contrat.....</b>	<b>23</b>
<b><u>Section 1</u> : Un pouvoir à peine effectif .....</b>	<b>23</b>
<b><u>Section 2</u> : Une exécution réelle .....</b>	<b>29</b>
<b>SECONDE PARTIE : Un emprunt limité .....</b>	<b>37</b>
<b>CHAPITRE 1 : La construction d'un régime unifié .....</b>	<b>39</b>
<b><u>Section 1</u> : Une commercialité affirmée .....</b>	<b>39</b>
<b><u>Section 2</u> : Une commercialité controversée .....</b>	<b>48</b>
<b>CHAPITRE 2 : Une protection en fin d'activité renforcée .....</b>	<b>55</b>
<b><u>Section 1</u> : La cessation de l'activité .....</b>	<b>55</b>
<b><u>Section 2</u> : Un régime de protection aménagé .....</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>66</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>69</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>75</b>

## ABREVIATIONS ET SIGLES

**a.** : Article

**al.** : Alinéa

**anc.** : Ancien

**arr.** : Arrêté

**art.** : Article

**ass.** : Assemblée

**Ass. Plen.** : Assemblée plénière

**AUDCG** : Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général

**BGB** : Burgerliches Gesetzbuch = Code civil allemand

**Bibl.** : Bibliographie

**Bull.** : Bulletin

**Bull. civ.** : Bulletin civil

**c.** : Code

**C. ou C. A.** : Cour d'Appel

**Cah. dr. ent.** : Cahier du droit de l'entreprise

**Cass. ou C. cass.** : Cour de cassation

**Cass. civ.** : Cour de cassation, chambre civile

**Cass. com.** : Cour de cassation, chambre commerciale

**Cass. req.** : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

**Cass. soc.** : Cour de cassation, chambre sociale

**Cass. ch. mixte** : Chambre mixte de la Cour de cassation

**Cass. ch. réun.** : Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de Cassation

**C. civ.** : Code civil

**C. com.** : Code de commerce

**Ch.** : Chapitre

**Chron.** : Chronique

**comm.** : Commentaires

**D.** : Recueil de jurisprudence Dalloz

**D. aff.** : Dalloz Affaires

**DP** : Dalloz périodique

**Dr.** : Droit

**Décr.** : Décret

**éd.** : Edition

**égal.** : Également

**ex.** : Exemple

**Gaz. Pal.** : La Gazette du Palais

**HGB** : Handelsgesetzbuch = Code de commerce allemand

**J-Cl.** : Juris-Classeur

**JCP** : Juris-classeur périodique

**JO** : Journal Officiel

**L.** : Loi

**Mél.** : Mélanges

**Obs.** : Observations

**op. cit.** : opere citato

**OHADA** : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

**p.** : Page

**RCCM** : Registre du Commerce et du Crédit Mobilier

**Rép. civ.** : Répertoire de droit civil dalloz

**Rép. com.** : Répertoire de droit commercial dalloz

**RTD civ.** : Revue Trimestrielle de Droit civil

**RTD com.** : Revue trimestrielle de Droit commercial

**s.** : Suivants

**S.** : Recueil Sirey

**somm.** : Sommaires commentés

**t.** : Tome

**Trib.** : Tribunal

**T. com.** : Tribunal du commerce

**TGI** : Tribunal de Grande Instance

**V.** : Voir

**Vol.** : Volume

# **INTRODUCTION GENERALE**

« *Le commerce est la chose du monde la plus utile à un Etat* » disait MONTESQUIEU<sup>1</sup>, et François FOURIER d'ajouter : « *Le commerce est l'art d'acheter trois francs ce qui en vaut six et de vendre six francs ce qui en vaut trois* ». <sup>2</sup>

Du latin *commercium*, (*merx*, *mercis* : marchandise), le commerce se définit comme « *l'activité qui consiste à l'achat et à la vente de marchandises ou à la vente de services*<sup>3</sup> ». Son développement à travers les pays et les continents a nécessité la mise en place de technique permettant de faire des actes juridiques surtout commerciaux, sans la présence physique d'une personne. Il s'agissait pour les acteurs du monde des affaires de trouver des procédés leur permettant de défendre leurs intérêts, mieux de faire des actes juridiques sans être physiquement présent. Il s'agissait pour eux de découvrir un moyen leur permettant d'avoir un don d'ubiquité. Il leur fallait donc des représentants pour faire en leur lieu et place des actes juridiques nécessaires à leurs activités : c'est la représentation. Cette technique mise en place par le droit romain et ayant largement contribué au développement du droit commercial se fait en cette matière par le biais du mandat commercial qui a contribué à l'émergence de l'intermédiaire de commerce.

Apparu en 1678 dans la langue française, le terme "intermédiaire" a pour étymologie latine le terme "*intermedius*" dont la racine, "*medius*", signifie : "qui est au milieu, entre"<sup>4</sup>. Il désigne, par conséquent, la personne "qui sert de lien entre"<sup>5</sup>.

Dans son acception juridique, le terme identifie, selon le Professeur G. CORNU, "*celui qui fait profession de mettre en relation deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une convention*"<sup>6</sup>.

Associé à l'activité de commercer, le vocable regroupe, alors tous les intervenants commerciaux situés entre le producteur et l'utilisateur final, qu'il s'agisse d'intermédiaires exerçant une activité de représentation ou de distribution<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des Lois, Edition Gallimard, Paris, 1995 p. 870.

<sup>2</sup> François Marie Charles Fourier, *Théorie de l'unité universelle*, Chapitre IX.

<sup>3</sup> Petit Larousse Illustré, 2012, V° commerce.

<sup>4</sup> Dictionnaire Robert, éd. 1997, V° Intermédiaire.

<sup>5</sup> Dictionnaire Lassousse, éd. 1997, V° Intermédiaire.

<sup>6</sup> CORNU (G), op. cit., V° intermédiaire.

<sup>7</sup> COUSI (P) et MARION (G), *Les intermédiaires du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1963, Ces auteurs étudient et comparent sous cet intitulé, les professions de concessionnaires, d'agents commerciaux, de V.R.P., courtiers et commissionnaires. FERRIER (D), *Droit de la distribution*, Litec, 1995, n°6, p. 5 : "on peut ... proposer comme définition de la distribution : l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de consommateurs professionnels ou non professionnels".

La Rome antique les connaissait : ancêtres du commis voyageur, *circitores* (colporteurs), *coctiones* (courtiers) et *arillatores* (revendeurs) parcouraient, déjà, les provinces avec les marchandises que les commerçants d'étoffes leur chargeaient de vendre<sup>8</sup>.

Il faut toutefois noter que l'idée de recourir à des intermédiaires ne fût pas la création des marchands : le droit romain, très tôt, avait admis le jeu de la représentation parfaite à l'intérieur de la famille<sup>9</sup>, les esclaves et *alieni juris* acquérant propriété et possession pour le compte du pater. Juridiquement sans personnalité propre, *l'alieni juris* n'était ainsi, que le prolongement de la personne du *pater*<sup>10</sup>.

Les intermédiaires, au sens juridique du terme, ne vendent pas pour leur compte, mais ils aident les vendeurs et les acheteurs dans l'exercice de leur activité commerciale. Leur activité est une prestation de services (Il faut donc les distinguer des intermédiaires, au sens économique, qui s'insèrent dans le circuit de la distribution entre le fabricant et le consommateur, et qui sont des commerçants indépendants, qui achètent et revendent pour leur propre compte). Certains se limitent à la prospection. D'autres négocient les contrats ou aident à leur négociation. D'autres enfin achètent ou vendent pour le compte d'un commerçant qui supporte seul les risques de l'opération<sup>11</sup>.

S'agissant de la réglementation des activités de l'intermédiaire de commerce, elle est apparue en même temps que le code de commerce de 1807, même si ces quelques textes à lui consacrés ne se bornent qu'à définir les seules professions de courtier et de commissionnaire<sup>12</sup>.

Le législateur OHADA à la suite du législateur français n'est pas resté en marge de cette réglementation.

En effet, le LIVRE VII de l'acte uniforme OHADA du 15 décembre 2010, relatif au Droit commercial Général a été consacré aux intermédiaires de commerce. L'évolution de la réglementation se mesure à l'aune de l'importance croissante de ces professionnels.

Dans la législation en vigueur dans les pays de la zone franc avant l'avènement de l'OHADA, l'on parlait d'auxiliaires de commerce, régis par le code de commerce français tel

---

<sup>8</sup> ULPIEN, fr. 5, § 4 Dig. De institoria actione, XIV, 3., cité par J.-L. HERZOG, les agents commerciaux dans la Rome antique, RTD com. 1965, p.62 et s.

<sup>9</sup> OURLIAC (P) et DE MALAFOSSE (J), *Histoire du droit privé*, tome1, n°120, P.U.F., 1971.

<sup>10</sup> OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), op. cit., tome 2, n°111, P.U.F., 1971.

<sup>11</sup> BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, Paris 2009, p.577.

<sup>12</sup> Ce choix ayant été dicté par l'importance, lors de la rédaction du code, du rôle de ces deux intermédiaires dans les mouvements commerciaux : cf. SAUTEL, l'histoire du contrat de commission in *Le contrat de commission ; études de droit commercial* sous la direction de J. Hamel, Paris, éd. Dalloz, 1949, p. 23.

qu'étendu par le décret du 06 août 1901 pour l'Afrique Occidentale Française et le Décret du 15 janvier 1910 pour l'Afrique Equatoriale Française, l'appellation évoquant en réalité un ensemble composite de personnes aux statuts juridiques variés. Seuls deux types d'auxiliaires avaient été retenus par le code de commerce, mais séparément : le commissionnaire et le courtier. Il n'y avait donc pas une vue d'ensemble de ces agents actifs de la vie commerciale<sup>13</sup>.

Au lendemain des indépendances, certains Etats ont légiféré en la matière (notamment, le Cameroun, le Sénégal). Mais dans l'ensemble, ces législations nationales restaient incomplètes et manquaient de vision globale.

Le législateur OHADA comble ces insuffisances. Il regroupe, dans l'appellation nouvelle d'intermédiaires de commerce, les professionnels de la vie des affaires présentant la caractéristique commune de ne pas agir de façon autonome mais dans le cadre général d'un produit ou d'un type de services<sup>14</sup>.

Le législateur OHADA s'inspire à la fois de la convention de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandise, de la Directive européenne du 18 Décembre 1986 et du code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Pour la première fois, une approche d'ensemble fait de ces intermédiaires des commerçants soumis à des obligations générales et communes. Mais le législateur s'en tient à de types de professionnels bien précis. Il ne vise pas les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant comme les voyageurs de commerce, représentants et placiers (VRP) qui sont des salariés très particuliers, les distributeurs de biens ou de ou les intermédiaires civils ou sociaux<sup>15</sup>.

Il retient seulement trois types d'intermédiaires dont chacun, tout en répondant à un régime général, relève d'une réglementation propre : le commissionnaire, le courtier et les agents commerciaux.

En effet, aux termes des dispositions de l'article 169 dudit acte « *L'intermédiaire de commerce est une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial* ».

---

<sup>13</sup> POUGOUE (P-G), BATOUAN BOUYOM (J-A), MOUTHIEU (M-A) ép. NJANDEU, TCHUNKAM (J.) ép. DIFO, les intermédiaires de commerce, in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, p.1050

<sup>14</sup> DEKEUWER-DEFFOSSEZ (F.) Droit commercial, Précis Domat, 7<sup>e</sup> édition, Paris, Monchrestien, n° 254, p. 211

<sup>15</sup> POUGOUE (P-G), BATOUAN BOUYOM (J-A), MOUTHIEU (M-A) ép. NJANDEU, TCHUNKAM (J.) ép. DIFO, op.cit. p. 1051

L'intermédiaire de commerce peut donc être une personne physique ou morale. La position de principe de départ est qu'il est un commerçant. Les dispositions de l'Acte Uniforme s'appliquent à l'intermédiaire inscrit au RCCM de l'un des Etats parties ou enfin comme conséquence de la mise en œuvre du droit international privé. En tant que commerçant, il doit avant tout remplir les conditions prévues à cet effet par les articles 6 à 12 de l'AUDCG aussi bien initial que révisé. Les opérations qu'il effectue sont des actes de commerce au sens de l'article 3 de l'AUDCG<sup>16</sup>.

Pour le reste, l'Acte Uniforme détermine un certain nombre de règles communes à tous les intermédiaires de commerce, nonobstant les règles particulières à chaque catégorie d'intermédiaires. Ces règles communes rappellent celle du mandat. L'intermédiaire n'est pas subordonné ni juridiquement ni économiquement.

Le législateur a donc recherché le plus grand dénominateur commun en partant du mandat qui suppose le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Mais cela ne pouvait se faire sans que la notion de mandat ne soit quelque peu malmenée, parce que des trois, seul l'agent commercial est mandataire. Le courtier qui a pour fonction de rapprocher les parties désirant conclure une convention ne participe pas à l'acte. Le commissionnaire qui, lui, est partie à l'opération qu'il conclut, traite en son nom pour le compte de son commettant : il n'y a pas de représentation. Certains auteurs parlent de mandat sans représentation ou de mandat particulier. En effet quelques droits étrangers admettent la validité du mandat sans représentation. Mais cela résulte soit de l'absence de mention de la représentation dans la définition légale (ou d'une expression équivalente comme celle de l'article 1984 c.civ.)<sup>17</sup>, soit la reconnaissance légale du mandat sans représentation<sup>18</sup>. Sous ces réserves, il faut convenir avec le législateur OHADA qu'ils ont un statut d'intermédiaire de commerce<sup>19</sup>.

Il est donc à remarquer que ces différentes approches du législateur OHADA ne sont pas exemptes de reproches et de critiques.

A ce titre, il convient de formuler l'interrogation suivante :

Quel est le régime juridique qui gouverne l'activité d'intermédiaire de commerce dans l'espace OHADA ?

---

<sup>16</sup> POUGOUE (P-G), BATOUAN BOUYOM (J-A), MOUTHIEU (M-A) ép. NJANDEU, TCHUNKAM (J.) ép. DIFO, op.cit. p. 1052

<sup>17</sup> LE TOURNEAU (Philippe), le mandat, in Répertoire Dalloz Droit civil, p. 13

<sup>18</sup> C. civ. Italien, art. 1705 et s. ; C. suisse des obligations, art.394-I, admettant que le mandat peut s'engager seulement « à rendre les services qu'il a promis ».

<sup>19</sup> OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4<sup>ème</sup>, 2012, p. 323

C'est pour répondre à ce questionnement que nous avons décidé de réaliser la présente étude sous le thème intitulé : **le statut de l'intermédiaire de commerce en droit OHADA.**

Ce thème ne manque pas d'intérêt en ce sens qu'il ne faut pas perdre de vue le rôle indéniable de l'intermédiaire de commerce dans la distribution de produits et services, et partant dans le développement économique de nos Etats africains.

Aussi, les divergences jurisprudentielles quant à la portée à donner aux dispositions régissant l'intermédiaire de commerce dans l'espace OHADA, mettent-elles en lumière l'intérêt d'une recherche à consacrer à cet acteur.

La relative virginité du sujet au regard du nombre d'ouvrages consacrés au droit de la distribution en général<sup>20</sup> et aux intermédiaires du commerce en particulier<sup>21</sup> confirme également, la pertinence de la présente étude.

De même, l'utilité pratique est ici dévoilée tant par la multitude de modèles de contrats d'intermédiaires proposés aux professionnels de droit<sup>22</sup>.

Alors, étudier le présent sujet, reviendra :

- à s'appuyer dans un premier temps sur les textes législatifs OHADA et du droit français dont ils sont l'émanation.

- et à analyser dans un second temps, à la lumière la jurisprudence et de la doctrine, les différentes positions du législateur OHADA fussent-elles convergentes ou marquant une rupture avec le droit dont il est issu, afin d'en apprécier leurs pertinences.

Cette démarche se justifie à plusieurs égards. En effet, le législateur OHADA a soumis l'activité d'intermédiaire de commerce à l'application des règles du mandat. Cependant, il a eu le mérite de réunir le commissionnaire, l'agent commercial et le courtier sous un seul et unique statut : ils sont commerçants.

Pour ce faire, notre travail reposera sur deux axes. Nous montrerons d'abord, qu'il s'agit d'**un statut emprunté** (*Première Partie*) avant de constater que cet **emprunt est limité** (*Deuxième partie*).

---

<sup>20</sup> Cf. FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, 1995, cité par GRIGNON (Ph.), le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce, Litec, Paris, 2000, p.14.

<sup>21</sup> LELOUP (J.-M.), *Les agents commerciaux, statuts juridiques, stratégie professionnelles*, éd. Delmas, 4<sup>ème</sup> éd., 1998, cité par GRIGNON (Ph.), op. cit., p.14.

<sup>22</sup> Cf. BARTOLOTTI (F.), vers une nouvelle *lex mercatoria* de l'agence commercial ?- Le modèle de contrat d'agence de la CCI, *Rev. De droit des affaires internationales*, 6/1995, p.685 et s.

**PREMIERE PARTIE**  
**UN STATUT EMPRUNTE**

« Nous vivons de plus en plus contractuellement »<sup>23</sup>. Plus que jamais la formule de Josserand s'avère pertinente. Ce qui caractérise le contrat à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, c'est en effet son extrême vitalité. Demeuré longtemps le fait de certaines personnes commerçantes des villes, bourgeois des campagnes, le contrat s'est étendu à toutes les catégories socioprofessionnelles : ménages, chefs d'entreprise, salariés, jeunes gens<sup>24</sup>.

Il n'est nul besoin d'être juriste pour percevoir que le contrat constitue l'un des rouages essentiels de la vie en société. Sauf à pratiquer l'autarcie, la vie des individus est tissée de contrats. Pour se nourrir, se vêtir, se procurer des ressources, se loger..., chaque personne conclut à intervalles rapprochés des contrats variés. Et si l'on considère les entreprises, la constatation est analogue : celles-ci qu'il s'agisse de fonctionner, de s'équiper, de s'approvisionner ou d'écouler leur production, c'est encore de contrats qu'il est question : prêt, mandat, contrat de distribution<sup>25</sup>.

Le contrat d'intermédiaire de commerce s'inscrit dans cette logique. Et il a fait l'objet d'une réglementation spécifique. Le législateur OHADA qui lui a consacré plusieurs dispositions.

Ce contrat est singulier dans la mesure où l'intermédiaire de commerce ne peut exercer sa profession que parce qu'il a reçu mandat d'agir pour le compte d'autrui. C'est pourquoi le législateur OHADA l'a soumis aux règles du mandat

Ainsi, deux objectifs semblent avoir orienté la réglementation de ce contrat: le choix du régime juridique du mandat pour le régir et la fixation des conditions de son exécution. Et c'est ce qui nous amènera à étudier dans un premier temps l'application des règles du mandat au contrat d'intermédiaire de commerce(**Chapitre I**) et dans un second temps l'application des règles du mandat à l'exécution du contrat (**Chapitre II**).

---

<sup>23</sup> « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD, civ. 1937.1, spéc.7. cité par COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), op. cit. p 1.

<sup>24</sup> COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), op. cit. p 1.

<sup>25</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil : *les obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Paris 2009, p. 27.

## **CHAPITRE 1 : L'APPLICATION DES REGLES DU MANDAT AU CONTRAT D'INTERMEDIAIRE DE COMMERCE**

La diversification du mandat a rendu plus difficile l'identification de ce contrat, d'autant plus que ce dernier fait parfois partie d'opérations contractuelles plus complexes où se combinent plusieurs contrats. La doctrine s'accorde à reconnaître l'insuffisance de la définition du mandat<sup>26</sup> proposée par l'article 1984 du code civil. Si cette dernière exprime bien le pouvoir conféré par le mandant au mandataire, elle est en revanche trop imprécise sur la mission que doit accomplir le mandataire. Celle-ci est pourtant bien délimitée : *accomplir un acte juridique*. Ainsi, le contrat de mandat doit-il plutôt se définir comme *le contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte*<sup>27</sup>.

L'application des règles du mandat au contrat d'intermédiaire de commerce trouve son fondement à l'article 175 de l'AUDCG duquel il ressort : « *Les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire et la personne pour le compte de laquelle celui-ci agit, même de façon occulte* ».

Il faut cependant noter que ce choix du législateur qui semble justifié (**Section 1**), n'est pas exempt de critique. Aussi remarquerons nous que les règles du mandat ont dû être adaptées (**Section 2**) pour tenir compte des nécessités pratiques inhérentes à la profession d'intermédiaire de commerce.

### **Section 1 : Une application fondée**

Il ressort des dispositions de l'article 175 de l'AUDCG que l'intermédiaire de commerce est assimilé à un mandataire au sens de l'article 1984 du code civil.

L'article 169 de l'AUDCG définit cependant l'intermédiaire de commerce comme « *une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et*

---

<sup>26</sup> ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil-contrats spéciaux*, Litec, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, P.351 ; LE TOURNEAU (Ph.), le mandat, in Répertoire Dalloz Droit civil, 2000, p. 03,

<sup>27</sup> V. MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, Défrénois, 2<sup>ème</sup> édition 2005, n°530, cité par ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), op.cit., P.351.

*professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial ».*

Il est évident que tel dans la définition du mandat il apparaît ici également le mécanisme à trois personnes : l'intermédiaire, le commerçant (ou non) et le tiers.

Cette quasi similitude entre les notions de mandataire et d'intermédiaire de commerce (**Paragraphe 1**) a permis au législateur OHADA d'attribuer la paternité du contrat d'intermédiaire de commerce exclusivement au mandat. Mais il n'y est pas arrivé sans avoir malmené la notion de mandat sous l'influence de la doctrine (**Paragraphe 2**), le critère de l'opération à trois personnes n'étant pas seul à caractériser le mandat.

## **Paragraphe 1: Proximité entre les notions de mandataire et d'intermédiaire de commerce**

Comme nous l'avons évoqué à l'entame de la présente section, les notions de mandataire et d'intermédiaire de commerce se rapprochent en raison du mécanisme à trois personnes (A) qui les induit sans toutefois se confondre car la première est une notion à contenu unique tandis que la seconde est à contenu pluriel (B).

### **A- Mécanisme triangulaire**

Au regard de l'article 1984 du Code civil, le mandataire représente la personne du mandant et se désigne comme tel aux yeux de ceux avec lesquels il traite. Ils le considèrent comme un représentant, et non point comme un personnage qui agit pour lui-même<sup>28</sup>.

On peut remarquer aisément que le mandat fait intervenir trois acteurs majeurs : le mandant, le mandataire et le tiers.

*Primo* : Le mandant est la personne à l'origine du pouvoir dont il en fixe l'étendue ;

*Secundo* : le mandataire est celui sur lequel repose la confiance du mandant et qui exerce le pouvoir à lui conféré par le mandant ;

*Tertio* : le tiers est celui à l'égard de qui le mandataire exerce son pouvoir à travers la conclusion d'un acte juridique.

---

<sup>28</sup> LE TOURNEAU (Ph.), *Répertoire Civil*, Dalloz, 2000, n°67

Puisqu'il agit au nom du mandant et pour lui, le mandataire est un représentant. Le mandat est une source de représentation, ce mécanisme juridique à trois personnes mettant en présence un représentant et le tiers et qui veut que les actes passés entre le représentant et le tiers, lient le représenté<sup>29</sup>. En conséquence, l'exécution des obligations contractuelles passées par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant incombe à ce dernier seul<sup>30</sup>.

Quand on se réfère aux dispositions de l'article 169 de l'AUDCG, on note également que ce mécanisme est celui qui gouverne le contrat d'intermédiaire de commerce.

En effet, tel dans le mandat classique nous avons dans ce contrat, le représenté (le mandant), l'intermédiaire de commerce (le mandataire) et le tiers commerçant ou non.

Le mandat ou le contrat d'intermédiaire de commerce s'inscrit donc dans une logique de représentation (du latin *repraesento, are* : rendre présent) : l'acte matériellement conclu entre le mandataire ou l'intermédiaire de commerce et le tiers va produire ses effets exclusivement et directement dans le patrimoine du mandant ou du représenté, qui va de la sorte devenir partie au rapport de droit noué avec ce tiers.

Contrairement à ce qui précède, les notions de mandataire et d'intermédiaire de commerce incarnent dans ces contrats des contenus différents.

## **B- La différence de contenu entre les notions de mandataire et d'intermédiaire de commerce**

A l'analyse de la définition du contrat de mandat, il ne fait l'ombre d'aucun doute que la notion de mandataire revêt un contenu unique et possède une existence juridique propre.

A l'opposé, la notion d'intermédiaire de commerce n'a pas une existence juridique propre et reste incarnée par l'agent commercial, le commissionnaire et le courtier.

Le législateur OHADA définit *l'agent commercial* comme « *Un mandataire professionnel chargé de façon permanente et négociant et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs,*

---

<sup>29</sup> Com. 17 fév. 1998, Bull. civ. IV, n°84 : « dès lors que le mandataire de l'acheteur a inspecté la marchandise chez le vendeur et l'a remise au transporteur, le vendeur a rempli son obligation de délivrance conforme » ; égal. Les obligations, n°167 s. Plus gén., v. Ph. Didier, De la représentation en Droit Privé, LGDJ, 2000, préf. LEQUETTE (Y.) cité par COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), p. 558.

<sup>30</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 23 Nov. 1988, JCP, 1989. IV. 30 ; Com. 21 mars 1995, Bull. civ. IV, n°101.

*d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être lié envers eux par un contrat de travail»<sup>31</sup>.*

Les agents commerciaux forment l'aristocratie de la représentation commerciale. Ils interviennent surtout dans la distribution des biens de consommation et dans la distribution des biens d'équipement, plus rarement dans le secteur des services<sup>32</sup>.

Cette catégorie d'intermédiaire s'est développée de façon considérable, car elle est mieux adaptée aux nécessités du commerce moderne et spécialement du commerce international ; elle correspond à une conception beaucoup plus souple de l'intermédiaire du commerce<sup>33</sup>.

Le commissionnaire est perçu comme « *un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son propre nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat* »<sup>34</sup>.

Enfin, quant au courtier, il est défini comme « *un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes* »<sup>35</sup>.

Le courtier a pour fonction de rapprocher des entreprises qui désirent conclure une opération commerciale. Le courtier recherche les partenaires intéressés, les met en contact, les aide dans la négociation, puis s'efface au moment de la conclusion. Contrairement à l'agent commercial ou au commissionnaire, il ne participe pas à l'acte juridique<sup>36</sup>.

Notons que le mécanisme à trois personnes n'est pas le seul critère caractéristique du mandat c'est pourquoi l'assimilation de l'intermédiaire de commerce au mandataire classique devrait obéir à d'autres critères.

## **Paragraphe 2 : Une notion de mandat malmenée**

Le mandataire agit au nom du mandant. Il représente ainsi ce dernier, et cette qualité n'est pas ignorée du tiers avec qui le mandataire traite. Cette représentation est-elle de l'essence du contrat de mandat ? La doctrine est divisée. Alors que pour certains auteurs la représentation est

---

<sup>31</sup> Art 216 de l'AUDCG.

<sup>32</sup> COLLART DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (P), op. cit., p. 721.

<sup>33</sup> BLAISE (J.-B), op. cit., p.582.

<sup>34</sup> Art 192 de l'AUDCG.

<sup>35</sup> Art 208 de l'AUDCG.

<sup>36</sup> BLAISE (J.-B), op. cit., p.591.

nécessaire pour qu'il y ait véritablement contrat de mandat<sup>37</sup>, d'autres admettent la qualification de mandat pour ce qu'il est convenu d'appeler les mandats sans représentations<sup>38</sup>.

Alors, avant d'analyser la position du législateur OHADA sur cette question (B), nous exposerons les différentes divergences doctrinales (A).

## **A- Les divergences doctrinales**

La représentation apparaît traditionnellement en doctrine comme de l'essence même du mandat en ce que le mandataire agit au nom du mandant<sup>39</sup>.

C'est ainsi que depuis le code civil et la jurisprudence postérieure, la définition du mandat paraît inclure ce pouvoir de représentation du mandant par le mandataire comme un élément essentiel de l'opération. Et cela doit conduire à le distinguer, nettement, des mandats sans véritable représentation, ce qui soulève discussion<sup>40</sup>.

Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, en effet, la représentation est considérée en jurisprudence comme un élément essentiel du mandat<sup>41</sup>. Le principe a été posé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 avril 1886 où il a été clairement affirmé que « *le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant* »<sup>42</sup>.

Cette conception du mandat, centrée sur l'idée de représentation, amène à le définir non pas comme une opération de gestion mais, plus étroitement, comme une procuration pour passer un acte juridique. Elle est celle soutenue, jadis, par Aubry et Rau, et qui reste en vigueur aujourd'hui<sup>43</sup>.

Ripert et Boulanger ont pu affirmer également que « c'est son caractère représentatif qui donne au mandat sa spécificité<sup>44</sup>. Quant à Mazaud, « la représentation étant le caractère essentiel du mandat<sup>45</sup> ».

---

<sup>37</sup> LE TOURNEAU (Ph.), op. cit., n°48 ; Ph. PETEL, le contrat de mandat, op.cit., p.12.

<sup>38</sup> BENABENT (A.), op.cit., n°631, M-L IZORCHE, A propos du mandat sans représentation : D. 1999, chron. P.369.).

<sup>39</sup> MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2010, p. 557.

<sup>40</sup> HUET (J.), *les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2001, 1696 pages. P.1070.

<sup>41</sup> HUET (J.), op. cit. p.1070.

<sup>42</sup> Civ. 14 Avr.1886, DP. 1886. 1. 221, Blessures causées par une personne arrêtée, victime étant employé en vertu d'un louage de services, absence d'indemnisation, représentation étant de l'essence du mandat.

<sup>43</sup> V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1871, T. IV, § 410 cité par HUET (J.), p.1071.

<sup>44</sup> Ripert et Boulanger, *Contrats civils*, 1958, n°2136.

Pour Philippe Le TOURNEAU, de par sa formulation même, l'article 1984 laisse entendre que le mandat est représentatif : c'est le « *pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Autrement dit, le donneur d'ordre habilite le représentant qui agira pour lui, et représentera sa personne : il est en quelque sorte, *son alter ego* (selon l'expression employée par le code canonique de 1983, canon 358, à propos des *légats a latere*, chargés par le pape de le représenter dans une assemblée). Il poursuit en précisant qu'un mandataire n'agit jamais en son nom propre, *in nomine proprio* (ou il n'est plus mandataire) : il agit *in contemplatione domini* au nom du mandant (et pour le compte de celui-ci)<sup>46</sup>.

Il ressort d'après les auteurs sus évoqués, que les règles du mandat ne sauraient s'appliquer aux opérations qui n'impliquent pas de représentation. Cette position est soutenue par la jurisprudence en droit français<sup>47</sup>.

Troplong par contre, retient pour sa part, une conception large du mandat quant à son objet. En effet selon lui, l'idée que le code civil, dans l'article 1984, en exigeant que le mandataire agisse "pour le mandant et en son nom" semble exclure toutes les hypothèses de représentation imparfaite<sup>48</sup>. Ce point a été fort critiqué par Troplong aux yeux duquel « *cela rapetisse à l'excès l'idée qu'on doit se faire d'une procuration. Il s'exclame : "Est-il nécessaire de le dire ? Il y a une foule de cas où le mandataire n'agit pas au nom du mandant quoiqu'il agisse pour lui* »<sup>49</sup>. Prenant l'exemple d'un achat effectué par l'intermédiaire d'autrui, l'auteur s'indigne et soutient que l'acquéreur n'a "pas besoin de faire savoir au vendeur qu'il agit en votre nom. Qu'importe, en effet, au vendeur qui est payé au comptant ? Le mandat est ici une affaire qui ne concerne que vous et votre ami"<sup>50</sup>.

A la suite de Troplong, COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), s'inspirant de la belle chronique de IZORCHE (M.-L.)<sup>51</sup> ont pu affirmer également que la représentation n'est pas de l'essence du mandat. Le mandataire peut parfaitement ne pas représenter le mandant<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> MAZAUD, Leçons de droit civil, t. 3e éd. , Paris, Montchrestien, no. 1384, p. 584.179. En droit français, le contrat de commission n'est pas qualifié de mandat en raison de l'absence de représentation; cité par Nicole L'Heureux, Les Cahiers de droit, vol. 18, n° 2-3, 1977, p. 437.

<sup>46</sup> LE TOURNEAU (Ph.), op. cit. n°65.

<sup>47</sup> LE TOURNEAU (Ph.), op. cit. n°93.

<sup>48</sup> HUET (J.), op. cit., p.1072.

<sup>49</sup> Troplong, Du mandat, n°8 cité par HUET, p.1072.

<sup>50</sup> Idem

<sup>51</sup> V. IZORCHE (M.-L.), A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, chron. 369.

<sup>52</sup> COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), op.cit., p.676.

D'après Alain BENABENT, la représentation qui résulte du mandat est parfois affirmée comme étant « de l'essence du mandat ». Ce n'est pourtant pas exact écrit-il : il y a des mandats sans représentation qui n'en produisent pas moins tous les effets du contrat de mandat entre les parties à ce contrat. Or c'est au régime du cercle contractuel lui-même que s'attache la qualification et non aux effets de ce contrat envers les tiers. Ce qui est vrai, c'est que la représentation est de la nature ordinaire du mandat, et que le mandataire doit en principe agir au nom du mandant. Mais cela ne touche pas à l'essence du contrat : la qualification de mandat peut encore être retenue même si le contrat prévoit que le mandataire n'agira pas au nom du mandant, mais seulement pour le compte de celui-ci sans dévoiler son identité, ce qui peut correspondre à des intérêts légitimes<sup>53</sup>.

Qu'en est-il de la position du législateur OHADA ?

## **B- La position du législateur OHADA : un choix influencé**

Des définitions proposées par le législateur OHADA et même avant lui par le législateur français, en ce qui concerne les trois types d'intermédiaire de commerce, il ressort que seul l'agent commercial agit au nom et pour le compte du représenté. Le commissionnaire agit pour le compte du commettant mais en son propre nom tandis que le courtier ne représente aucune des parties.

On en déduit que pour avoir soumis ces trois types d'intermédiaire aux règles du mandat le législateur OHADA a sans doute été influencé par la pertinence de cette partie de la doctrine soutenant que la représentation n'est pas de l'essence du mandat même si cette conception n'est pas celle privilégiée par la jurisprudence<sup>54</sup>.

Cependant cette position du législateur OHADA peut s'expliquer.

En effet, aujourd'hui, le mandat est devenu un « contrat aux mille visages »<sup>55</sup>. Une nouvelle catégorie de mandats dits *mandats sans représentation* a été peu à peu développée par la doctrine<sup>56</sup>. A ce sujet il faut remarquer que le professeur Philippe Le TOURNEAU, bien qu'ayant soutenu la conception selon laquelle la représentation est de l'essence du mandat, n'a pas manqué de préciser que : « Toutefois, l'existence d'institutions voisines et complémentaires du mandat,

---

<sup>53</sup> BENABENT (A.), op. cit., p. 434.

<sup>54</sup> Com., 3 mai 1965, Bull. civ., II, n°414 : « Faute de représentation le commissionnaire n'est pas un mandataire » ; Concernant le courtier, v° C.A. Douai, 12 nov. 1953, D., 1954, 63 ; cf également René RODIERE, note sous Paris, 10 juillet 1972, D., 1974, J., 83.

<sup>55</sup> COLLART DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (P), op. cit., p. 541.

<sup>56</sup> BENABENT (A.), op. cit., p. 369.

auxquelles certaines règles de celui-ci s'appliquent, trouble une partie de la doctrine. Il s'agit des contrats créant ce que nous qualifions tant la représentation optionnelle que la représentation incomplète »<sup>57</sup>. Il a jugé l'idée de mandat sans représentation commode mais la trouve inexacte et antinomique et préfère parler de mandat imparfait<sup>58</sup>.

La transposition en droit OHADA de cette solution de la doctrine française ne s'est pas faite sans critique. En effet, dans son article intitulé : "*Le commissionnaire de transport est-il le mandataire de son commettant ? Une occasion manquée pour le législateur OHADA*" Ebénézer KENGUEP a estimé concernant la commission, que sa qualification de mandat est inutile et discutable sur le plan théorique : *le contrat de commission ne comporte aucune représentation*<sup>59</sup>.

En définitive, le régime juridique du mandat a dû être adapté aux trois types d'intermédiaire de commerce prévus par le législateur OHADA pour tenir compte des nécessités pratiques<sup>60</sup>.

## **Section 2 : Une application adaptée**

L'esprit de cette institution qu'est le mandat, répond très exactement aux besoins des rapports entre particuliers, entre amis, mais ne correspond certainement plus aux relations entre professionnels, là où l'acte désintéressé serait absurde et sans objet.

Les règles du mandat classique ont donc subi des assouplissements substantiels, destinés à adapter ce contrat à l'exercice de l'activité professionnelle d'intermédiaire de commerce.

Les caractères du contrat d'intermédiaire de commerce sont donc le résultat d'une adaptation de certains caractères constitutifs du mandat classique.

Alors nous verrons que, l'intermédiaire de commerce est un mandataire rémunéré et quasi permanent (**Paragraphe 1**) et que l'intuitu personae et la subordination juridique qui caractérise le mandat classique y sont très relatifs dans son contrat (**Paragraphe 2**).

---

<sup>57</sup> Le TOURNEAU (Ph.), op. cit., p 13)

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> KENGUEP (E.), *Le commissionnaire de transport est-il le mandataire de son commettant ? Une occasion manquée pour le législateur OHADA*, Revue de l'ERSUMA N°1, éd. IPE, Bénin, 2012, p. 169

<sup>60</sup> Voy. NGUEBOU (J.), *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, cité par SANTOS (A.- P.) et TOE (J.- Y.), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p. 241

## **Paragraphe 1 : L'intermédiaire de commerce : un mandataire rémunéré et quasi permanent**

A l'opposé du mandat classique, le mandat de l'intermédiaire de commerce est un mandat rémunéré **(A)** et quasi permanent **(B)**.

### **A- Le caractère rémunéré du mandat de l'intermédiaire de commerce**

Il faut noter d'entrée que le mandat est en principe un contrat à titre gratuit. Le principe de cette gratuité est posé par l'article 1986 du Code civil français qui dispose : « *le mandat est gratuit, s'il n'y a pas de convention contraire* ».

Ce principe de la gratuité du mandat provient à l'évidence de la nature classique du mandat, en tant qu'il constitue, par essence, un service d'ami<sup>61</sup>.

Les professeurs Malaurie et Aynès remarquent que, à l'époque romaine déjà « *le mandat n'était pas seulement gratuit : il était essentiellement gratuit, c'est-à-dire que le mandataire ne devait jamais être rémunéré* »<sup>62</sup>. Ces mêmes auteurs font référence encore à Pothier en précisant que celui-ci voyait dans le mandat "*un pur office d'amitié*", donc un service gratuit.

Notons que ce principe a été tempéré. En effet, VALERY disait : « *Personne, sous le Code civil, n'admet plus franchement du moins, que la gratuité est essentielle au mandat : l'article 1986 est là qui s'y oppose et devant lui, tout le monde est obligé de reconnaître qu'elle est seulement de la nature du mandat classique et non professionnel pourrait-on ajouter aujourd'hui* »<sup>63</sup>. Et cet auteur d'ajouter que « *si une stipulation peut enlever au mandat son caractère de contrat à titre gratuit et le transformer en contrat à titre onéreux, si le mandat quoique contrat à titre onéreux, ne cesse pas d'être un mandat, c'est bien que la gratuité n'est pas indispensable à son existence, ne lui est pas essentielle* »<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> FOURNIER (F.), op. cit., p.40.

<sup>62</sup> MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994/1995, Cujas, p.287, n°547.

<sup>63</sup> VALERY (J.), *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le code civil*, Thèse Aix, 1898, p. 46 cité par FOURNIER p. 41.

<sup>64</sup> VALERY (J.), op. cit. p. 46.

Le développement contemporain du commerce, la professionnalisation croissante des relations humaines, la multiplication des sociétés gérées par des mandataires (des « administrateurs ») et le recul de l'amitié dans les rapports sociaux confèrent à la gratuité du mandat le parfum d'une règle surannée. La jurisprudence en a tiré les conséquences : au contraire de ce qu'elle disait au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>65</sup>, désormais le mandat est présumé salarié lorsque le mandataire est un professionnel<sup>66</sup>.

Il ressort donc le caractère supplétif de la règle posée par le code civil car la jurisprudence<sup>67</sup> a indiqué plus tard que le mandat est présumé salarié en faveur des mandataires professionnels, c'est-à-dire ceux qui exercent cette profession à titre habituel. Quoi qu'il en soit, la professionnalisation croissante des services rendus par les intermédiaires de commerce a pour conséquence de faire du mandat gratuit l'exception justifiée le plus souvent par le contexte familial de l'opération et du mandat salarié, la règle<sup>68</sup>.

La présomption instituée par la jurisprudence exprime clairement ici l'adaptation par le législateur OHADA, du principe de la gratuité au caractère professionnel du contrat d'intermédiaire de commerce.

Dans le but de donner une consistance juridique à la pratique du mandat rémunéré, la jurisprudence a établi une présomption simple de contrat à titre onéreux quand il est conclu avec un mandataire professionnel<sup>69</sup>. L'hypothèse n'est pas contraire à la nature du mandat telle qu'elle ressort du code. Non seulement, comme on l'a précisé, les parties peuvent s'accorder sur une "*convention contraire*" aux dispositions du code civil pour prévoir le caractère onéreux de leur contrat.

En plus d'être conclu à titre onéreux, le mandat de l'intermédiaire de commerce est quasi permanent.

## **B- La quasi permanence du mandat de l'intermédiaire de commerce**

---

<sup>65</sup> Ex : un notaire, mandataire de son client, ne pouvait prétendre à des honoraires pour cette activité que s'ils avaient été expressément convenus : Rep., 1<sup>er</sup> décembre 1891, DP 1892.1.209, n. Cohendy, rapp. Babinet ; Cité par MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-I.), Droit civil : *Les contrats spéciaux*, DEFRENOIS, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2012, p. 291.

<sup>66</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1981, Bull. civ. I, n°50 : « *Le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui* ».

<sup>67</sup> Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 10 février 1981, Bull. I, n°50 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 oct. 1958, Bull. II, n° 653 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 1989, Bull. I, n°399.

<sup>68</sup> HUET (J.), op. cit., p. 1074.

<sup>69</sup> Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 10 février 1981, Bull. I, n°50

D'après LE TOURNEAU (Ph.), un trait caractérise semble-t-il, le mandat de l'intermédiaire de commerce par rapport au mandat civil : une tendance à la permanence dans le temps du contrat, à la perpétuation des relations entre les parties<sup>70</sup>.

Mais cette permanence est relative, nous le verrons car elle ne s'observe pas chez tous les trois types d'intermédiaire.

L'agent commercial est investi d'un mandat permanent<sup>71</sup> ; il n'intervient pas de manière ponctuelle ou occasionnelle comme un mandataire de droit commun ou un agent d'affaires.

En droit allemand, si l'activité de l'agent commercial n'est pas permanente il n'y pas agence commerciale mais courtage<sup>72</sup>. C'est ainsi qu'il a été admis qu'une activité de négociation qui ne serait qu'occasionnelle ne remplirait pas le critère d'agent commercial et serait qu'un simple mandat<sup>73</sup>.

Il ressort que la permanence n'est pas caractéristique du courtage et cela trouve son fondement dans les dispositions de l'article 632 du Code de commerce selon lesquelles un acte de courtage, même isolé, constitue un acte de commerce, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la location de services du courtier est faite en vue de la réalisation d'un acte de nature commerciale ou de nature civile.

Le commissionnaire par contre, à l'image de l'agent commercial est caractérisé par la régularité de ces actes.

## **Paragraphe 2 : La relativité de l'intuitu personae et l'absence de subordination juridique**

Si le mandat classique est marqué d'une forte empreinte d'intuitu personae et d'un lien de subordination juridique, il est en autrement du contrat de l'intermédiaire de commerce ou l'intuitu personae est relatif (A) et la subordination juridique absente (B).

### **A- La relativité de la notion d'intuitu personae**

---

<sup>70</sup> LE TOURNEAU (Ph.), *le mandat*, in Répertoire Dalloz Droit civil, 2000, p. 18.

<sup>71</sup> Cass. Soc., 21 nov. 1968 : JCP G 1969, II, 15943, note R.L.

<sup>72</sup> BGH 1<sup>er</sup> avr. 1992, DB 1992, 1720.

<sup>73</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, p. 255.

Si grâce au mandat, une personne voit démultipliées ses possibilités d'action, l'inconvénient en est que, dans le même temps, elle s'expose à des risques également nombreux. Que le représentant trahisse la volonté de celui pour lequel il doit opérer, ou pire qu'il détourne sa mission dans un intérêt personnel, et le mandant pourra se trouver engagé dans des conditions contraires à son intérêt.

Le mandat implique donc la confiance, car elle seule justifie qu'une personne accepte, à l'avance, d'être engagée par le truchement d'une autre personne. Par voie de conséquence, une telle relation repose sur un choix *intuitu personae* du mandataire par le mandant<sup>74</sup>.

Ces caractéristiques du mandat que sont l'amitié, le service rendu par un ami, le rendent immédiatement identifiable en tant que contrat conclu *intuitu personae*. La jurisprudence le considère ainsi depuis de nombreuses années<sup>75</sup>.

Rationnellement, du fait de l'*intuitu personae* qui domine le mandat, le mandataire ne devrait pas pouvoir se substituer un tiers dans l'accomplissement de sa mission sans l'accord du mandant. Le mandat est en effet une mission de confiance, et la confiance est personnelle.

Effectivement, il est des cas où la substitution est impossible, parce que la convention de mandat l'a interdit, où que cet *intuitu personae* résulte de l'économie du contrat. Ainsi en est-il de la représentation en justice, ou les rapports de confiance sont particulièrement personnels<sup>76</sup>. Mais en général, la substitution est possible ; la pratique a ainsi créé le contrat de sous-mandat, qui relève du genre plus général des sous-contrats<sup>77</sup>.

Mais l'idée connaît de plus en plus de tempéraments aujourd'hui. Et le code civil lui-même semble aller à l'encontre du caractère *intuitu personae* du contrat lorsqu'il autorise la substitution de mandataire sans l'accord du mandant (Article 1994 du code civil)<sup>78</sup>.

En effet, cette disposition constitue une entorse certaine au caractère *intuitu personae* du contrat de mandat car ce principe aurait dû être une exception conditionnée à l'accord du mandant, pour sa validité<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Saint-Denis-de-la-Réunion 16 octobre 1989, JCP. 1990. II. 21504, note Putman, annulation du contrat pour erreur sur la personne, mandant ayant l'intention de s'engager avec une agence commerciale d'expérience et non avec une personne physique ; adde, Lex. Bibl. V° *intuitu personae*.

<sup>75</sup> Req. 28 janvier 1936, S. 1936, I, 140.

<sup>76</sup> Req., 8 janvier 1912, DP, 1913.I.185, 2<sup>ème</sup> esp., n. Lalou ; S. 1912.I.359 (avoué).

<sup>77</sup> Bl. MALLET-BRICOUT, la substitution de mandataire, thèse. Paris II, Ed. Panthéon-Assas 2000, préf. Ch Larroumet : critique le rapprochement de la substitution de mandataire avec le sous-mandat ; Cité par MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-I.), Droit civil : Les contrats spéciaux, DEFRENOIS, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2012, p. 305.

<sup>78</sup> HUET (J.), op. cit., p. 1074.

C'est en ce sens que le législateur OHADA bien qu'en allant aussi à l'encontre de ce principe a eu au moins le mérite de subordonner la substitution à l'accord préalable du mandant. C'est ce qui ressort de l'article 182 de l'AUDCG « *Il est tenu d'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à transférer à un tiers...* ». Ce texte traduit parfaitement ici la relativité du caractère *intuitu personae* dans le contrat d'intermédiaire de commerce.

Contrairement au mandataire classique, l'intermédiaire de commerce jouit d'une autonomie juridique.

## **B- L'autonomie juridique de l'intermédiaire de commerce**

Au sens classique, les mandataires sont soumis, aux limites que leur fixe dans leur mission, leur mandant. Ils agissent au nom et pour le compte du mandant et, à ce titre, jouissent d'une liberté restreinte dans l'étendue et l'exercice de leur mission. Cette situation les place sous la "*subordination*" juridique du mandant<sup>80</sup>.

Mais l'intermédiaire de commerce est un professionnel établi à son compte, en ce sens qu'il tient un bureau dont il assume la responsabilité juridique et financière. C'est un entrepreneur indépendant qui peut agir pour un seul commettant, qu'il soit lié par un lien d'exclusivité ou non à celui-ci, ou traiter pour plusieurs clients à la fois<sup>81</sup>.

Tout lien d'autorité est étranger à sa fonction d'intermédiaire de commerce. Il est, en quelque sorte, un entrepreneur qui choisit lui-même les moyens d'exécution et assume la responsabilité de l'organisation de son travail. Malgré qu'il reçoive du représenté des directives sur l'étendue de ses fonctions et sur le résultat que ce dernier compte recevoir, l'intermédiaire n'abdique en aucune manière son autonomie<sup>82</sup> et donc n'en reste pas moins une personne juridique autonome ayant toute la latitude de l'organisation de sa mission.

Sur ce point il convient de rappeler l'opinion des professeurs MALAURIE et AYNES: « *L'idée profonde du mandat est que la personnalité juridique du mandataire s'efface derrière celle du mandant ; c'est en quoi il est lié à la représentation. Mais la personnalité psychologique*

---

<sup>79</sup> FOURNIER (F.), op. cit., p. 84.

<sup>80</sup> Idem

<sup>81</sup> L'HEUREUX (N.), op. cit. p. 403.

<sup>82</sup> Idem

*du mandataire n'est et ne doit pas être absorbée par celle du mandant : le mandataire n'est pas le pur instrument du mandant (...) »<sup>83</sup>.*

L'intermédiaire de commerce n'est pas soumis à l'instar de tout mandataire à l'autorité du mandant. Il jouit d'une totale liberté dans le choix des moyens humains et matériels. Les instructions que reçoit l'intermédiaire de commerce lui laissent une liberté considérable puisque lui ne reçoit pas de directives mais des instructions générales pour l'exécution de sa mission<sup>84</sup>. Il ne s'agit pas dès lors de le placer sous l'autorité du mandant dans un état de subordination à l'égard de ce dernier.

Après avoir traité du choix des règles du mandat pour régir le contrat d'intermédiaire de commerce, il convient d'aborder la question de l'exécution dudit contrat.

## **CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DES REGLES DU MANDAT**

### **A L'EXECUTION DU CONTRAT**

*Aux termes des dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 178 AUDCG, « Sauf stipulation expresse du contrat, l'étendue du mandat de l'intermédiaire est déterminée par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte. Le mandat de l'intermédiaire comprend le pouvoir d'accomplir les actes juridiques nécessités par son exécution ».*

Le développement du présent chapitre s'articulera autour du pouvoir de l'intermédiaire de commerce (**Section 1**) et des conditions de son exercice c'est-à-dire l'encadrement dont il fait objet (**Section 2**).

#### **Section 1 : Un pouvoir à peine effectif**

En dépit de l'insuffisance de l'article 1984 du Code civil, on s'accorde pour reconnaître et ceci grâce à la doctrine, que le pouvoir que le mandataire tient de son mandant est l'accomplissement des actes juridiques. Cela transparaît également à l'article 169 de l'AUDCG définissant l'intermédiaire de commerce. C'est dire qu'accomplir un acte juridique est indéniablement à l'instar de la représentation un des critères du mandat.

---

<sup>83</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994/95, Cujas, p.373-274, n°253, cité par FOURNIER (F.) p. 88.

<sup>84</sup> Com. 27 février 1973, Bull. IV, n°100 ; J.C.P. éd. G, IV, 141.

Mais ce pouvoir est-il effectif au niveau de cette pluralité d'intermédiaires de commerce sus-décrites ?

Nous étudierons successivement les cas du commissionnaire et du courtier (**Paragraphe 1**) et celui de l'agent commercial (**Paragraphe 2**).

## **Paragraphe 1: Cas du commissionnaire et du courtier**

Si le commissionnaire a un réel pouvoir de conclure (**A**), tel n'est pas le cas du courtier qui n'a qu'un pouvoir de rapprocher les parties contractantes (**B**).

### **A. Le pouvoir de conclure du commissionnaire**

Après un certain déclin, il semble que le rôle de cet opérateur en matière commerciale soit appelé à devenir plus important<sup>85</sup>.

Rappelons que l'article 192 de l'AUDCG le définit comme « *un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat* ».

Nous devons pouvoir remarquer ici que, l'utilisation dans cette définition, du groupe de mot « *se charge de conclure tout acte juridique* », traduit à suffisance le rôle premier du commissionnaire qui est d'accomplir des actes juridiques pour le compte du commettant.

Ainsi, il convient de relever que bien que le commissionnaire peine encore à se faire qualifier de mandataire au vrai sens du terme, parce qu'il n'agit pas au nom du commettant, il peut se réjouir de remplir le critère relatif à l'objet du contrat de mandat : l'accomplissement d'acte juridique.

Il faut dire qu'il ne pouvait en être autrement vu le rôle que joue cet intermédiaire dans la chaîne distribution. En effet à l'égard du tiers, le commissionnaire n'apparaît pas comme le représentant du commettant : « il fait écran entre le commettant et le tiers contractant »<sup>86</sup>.

Qu'en est-t-il du courtier ?

---

<sup>85</sup> FERRIER (D.), Droit de la distribution, (2002), n°233 : "le développement des relations commerciales à l'échelle internationale devrait entraîner un recours plus fréquent aux commissionnaires à la vente qui négociera plus facilement avec les consommateurs lorsqu'il sera préférable de ne faire apparaître la nationalité du producteur" Cité par MEGNIN S. p. 94.

<sup>86</sup>PETEL (Ph.), *le contrat de mandat*, op.cit., p.13, cité par ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD Jacques, Droit civil-contrats spéciaux, Litec, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, p.353.

## B. Le pouvoir de rapprocher en vue de conclure du courtier

Aux termes des dispositions de l'article 208 de l'AUDCG, « *le courtier est un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes* ».

C'est un intermédiaire travailleur indépendant, dont le rôle consiste à mettre en rapport deux personnes, en vue de la conclusion d'un contrat<sup>87</sup>.

Figure emblématique de l'intermédiaire<sup>88</sup>, il ne conclut pas d'acte juridique<sup>89</sup> et agit le plus souvent pour des opérations ponctuelles et isolées<sup>90</sup>. C'est ainsi qu'il a été décidé que le courtier n'est pas un mandataire puisqu'il ne conclut pas l'acte que les deux parties rapprochées traitent directement<sup>91</sup> ce qui amène à retenir pour le contrat de courtage la qualification de contrat d'entreprise<sup>92</sup>.

Dans son activité d'intermédiaire, le courtier agit en son nom personnel et en toute indépendance ; ses moyens d'action sont personnels. Il possède une clientèle de vendeurs et d'acheteurs<sup>93</sup>, et quand un ordre lui est transmis, il se borne à rechercher parmi ces derniers une contrepartie qu'il indique à son client en vue de l'opération commerciale projetée ; l'opération sera parfaite une fois les consentements échangés entre les parties. Toutefois, le courtier peut se voir exceptionnellement chargé de conclure un mandat, et endossé ainsi le temps de cette mission les habits de mandataire<sup>94</sup>.

La mission du mandataire est nécessairement d'accomplir des actes juridiques qui peuvent être de nature diverse. Si la conclusion d'un contrat est l'hypothèse la plus fréquente, le mandataire

---

<sup>87</sup> Cass. Req., 16 juin 1902, S. 1903, 1, 38; Cass. Com., 2 décembre 1965, Bull. civ. IV, n°864 ; cass. Com, 3 janvier 1967, D. 1967, 369. Cité par S. MEGNIN, op. cit. p. 91.

<sup>88</sup> Bien qu'il faille constater qu'aujourd'hui, cet intermédiaire a perdu beaucoup d'importance en matière de ventes et ne joue pratiquement plus de rôle pour les systèmes de distribution ; M. MARTINEK, ZHR 1997, 67, 83 ; Cité par S. MEGNIN, op. cit. p 91.

<sup>89</sup> Cass. Com., 13 octobre 1959, Gaz. Pal. 1959, 2, 286.

<sup>90</sup> Cf. DEVESA (P.), *L'opération de courtage: un groupement de contrat au service de la notion d'entreprise*, 1993, Paris, 271, n°403, sans que cela ne constitue le critère caractéristique du Courtage. Cité par S. MEGNIN, op. cit. p. 91.

<sup>91</sup> Cass. Com. 6 mars 2001, RJDA 2001, n° 710 ; Cah. Dr. entr. 2001/4, 28, note P. GRIGNON. Cf. égal. CA Paris, 14 janvier 1947, D. 1947, 171; Cass.; Cass. Civ. 1ère, 28 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 275; cass. Com., 24 fév. 1981, Bull., IV, n°100.

<sup>92</sup> CA Paris, 10 juillet 1972, D. 1972, D. 1974, 83, note R. Rodière, spéc. 85, n°3.

<sup>93</sup> Ce qui fait des deux parties, des clients du courtier au même titre : CA Paris, 16 octobre 1967, D. 1968, 109.

<sup>94</sup> Cass. Com., 21 décembre 1953, RTD com. 1955, 377, obs. J. Hémar ; CA Reims, 12 juin 1985, RTD com. 1986, 292, obs. Hémar et B. Bouloc ; Gaz. Pal. 1985, 2, 64, note J. Rozier ; CA Lyon, 15 juin, 1988, D. 1988, D. 1988, IR 237.

peut être chargé de réaliser des actes juridiques unilatéraux (faire un paiement, formuler une demande, donner un congé...) <sup>95</sup>.

La Cour de cassation a donc pu affirmer que la personne qui ne dispose pas de pouvoir d'accomplir des actes juridiques n'est un mandataire. Ainsi en est-il du courtier dont la mission est seulement de rapprocher des personnes qui concluront par la suite directement entre elles un contrat <sup>96</sup>. Le courtier n'ayant pas le pouvoir de conclure un acte juridique pour son client, n'est donc pas un mandataire <sup>97</sup>.

C'est également la position de la doctrine car un auteur a écrit que « Le courtier, dont l'activité est importante dans la vie des affaires car on la rencontre dans des domaines aussi variés que le commerce de marchandises ou la publicité, diffère du mandataire en ce que cet intermédiaire a pour seule mission de rapprocher les parties et d'essayer de faire en sorte qu'elles parviennent à un accord : il n'a pas le pouvoir de conclure les actes juridiques pour la négociation desquels on recourt à ses services. Du moins en général <sup>98</sup> ».

On peut en conclure qu'à l'opposé du cas du commissionnaire, le courtier ne satisfait nullement au critère du mandat relatif l'accomplissement d'acte juridique.

Si dans les deux cas sus-exposés le constat est sans équivoque, il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'agent commercial.

## **Paragraphe 2 : la primauté du pouvoir de négociation de l'agent commercial**

La définition de l'agent commercial révèle que la négociation est sa mission première et que la conclusion de contrat n'a qu'un caractère secondaire puisqu'il est éventuel. D'où la prééminence de la négociation sur la conclusion de contrat.

Avant d'apprécier la portée de cette primauté du pouvoir de négociation (B), nous présenterons son contenu (A).

---

<sup>95</sup> ANTONMATTEI (P-H) et RAYNARD (J), Droit civil-contrats spéciaux, Litec, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, 478 pages. p.351.

<sup>96</sup> V. Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 19 févr. 1968 : JCP G 1968, II, 15490 ; Grands arrêts de la jur. Civ., Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., par F.TERRE et Y. LEQUETTE, n°260.- Cass. Com., 17 mars 2004 : cpntrats, conc., consom. 2004, comm.91, note L. LEVENEUR – Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 oct.2005 : contrats, conc., consom. 2006, comm. n°20, obs. L. LEVENEUR.

<sup>97</sup> V. par Ex., Cass. Com 6 mars 2001 : RJDA 2001, n°710. – Cass. Com. 13 mai 2003 : Bull. civ. IV, n°82 ; RTD civ. 2003, 727, n°5, obs. P.-Y. GAUTIER ; cité par ANTONMATTEI p. 352.

<sup>98</sup> HUET (J.), op. cit., p.1089.

## A- Contenu de la primauté du pouvoir de négociation

La négociation suppose la prospection de clientèle et la prise de commande<sup>99</sup>. La négociation suppose de discuter les termes du contrat ou même de proposer plusieurs offres de contrat<sup>100</sup>.

L'agent commercial est donc d'abord chargé de prospecter une clientèle, ce qui en fait un mandataire très particulier : il n'est pas principalement chargé de conclure des contrats avec des tiers<sup>101</sup>. C'est ce que révèle l'utilisation par le législateur, de l'adverbe "éventuellement" dans sa définition.

Le rôle de l'agent commercial est la création d'un courant d'affaires. Le mandant attend de son agent qu'il mette ses compétences et sa connaissance du marché au service de son entreprise. C'est là tout l'intérêt de la formule de l'agence commerciale. Sans nier le rôle éventuel de l'agent commercial dans la conclusion d'affaires, il faut admettre que sa fonction primordiale est celle de susciter des offres des clients potentiels de l'entreprise.

Ceci étant, on pourrait se demander si la négociation relève de l'accomplissement d'actes juridiques.

A ce sujet le Professeur Ferrier indique que « *la simple négociation éloigne, l'agence commerciale du contrat de mandat au sens classique du terme* ». La négociation ne crée pas d'obligation à la charge du mandant. Elle ne constitue pas un acte juridique<sup>102</sup>.

Selon THEUX, la mission de négociation de l'agent commercial est de règle (on parle d'agent négociateur ou *Vermittlungstreter*) et la possibilité de conclure l'exception (en présence cette fois d'un agent contractant, ou *abschlussvertreter*)<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup>Com. 27 avr. 2011, n° 10-14.851 : « Si la société Exan, dont la plupart des actions exécutées pour le compte de la société Cephalon constituaient des prestations, avait parfois été conduite à prendre des initiatives localement, à préconiser et à effectuer quelques actions commerciales, à intervenir dans le déroulement des opérations et à recevoir, à titre occasionnel, des bons de commande qui concernaient des approvisionnements à la suite d'appel d'offres après que les négociations commerciales avaient déjà eu lieu, elle ne disposait pas, de façon permanente d'un pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte de la société cephalon » cité par MALAURIE-VIGNAL, P. 252.

<sup>100</sup> Com. 14 juin 2005, D. 2006. Pan. 514, obs. D. Ferrier.

<sup>101</sup> MAINGUY (D.), op. cit. p. 595.

<sup>102</sup> FERRIER (D.), *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1991, n°51-52, supplément n°6, p. 31, cité par FOURNIER (F), op. cit. 111.

<sup>103</sup>THEUX (A.), *Le statut européen de l'agent commercial*, 1992, n°33 ; K. W. LANGE, *Handelsvertretervertrieb und EG-Kartellrecht*, EWS 1997, 325, 326, Cité par MEGNIN (S), *le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Litec, 2003, p. 18.

Pourtant, pour d'autres auteurs, une thèse inverse doit être suivie. L'activité de négociation consiste à « faire ou solliciter une offre ». Elle est alors un acte juridique à ce titre<sup>104</sup>.

De toute façon, la majorité des auteurs considère le pouvoir de conclusion comme très "exceptionnelle"<sup>105</sup> chez l'agent commercial.

Cependant, il faut noter que ces thèses, quoiqu'elles conduisent à deux approches différentes du pouvoir et de l'action de négociation, reposent cependant chacune sur des fondements indiscutables. La négociation n'est pas unique. Elle est constituée par une variété d'actions et d'opérations qui ont toutes pour objet ou pour effet de mener à la même finalité : celle de la conclusion d'un contrat<sup>106</sup>.

Quelle peut être la portée de cette suprématie du pouvoir de négociation chez l'agent commercial ?

### **B- Portée de la primauté du pouvoir de négociation**

La prééminence du pouvoir de négociation de l'agent commercial est loin d'être un pur hasard. La jurisprudence y a remarquablement tiré d'énormes conséquences de droit.

En effet, l'absence de recherche de clientèle a été considéré par la jurisprudence comme privative du bénéfice du statut d'agent commercial<sup>107</sup>, il faut en conclure que la prospection constitue une des composantes essentielles de la mission de représentation commerciale dont l'agent commercial est investi.

La prospection d'une clientèle doit, par conséquent, être considérée comme une condition indispensable à l'application du statut d'agent commercial. La doctrine, d'ailleurs, semble adopter une solution identique à ce problème qui ne paraît pas avoir été soumis à la Cour de cassation. Admettre le contraire ôterait au demeurant, toute crédibilité à la définition jurisprudentielle du préjudice réparé<sup>108</sup> par l'indemnité compensatrice<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> LELOUP (J.-M.), J.C.P. éd. E, 1987, II, 15024, n°10, cité par FOURNIER (F), op. cit. 111.

<sup>105</sup> R. SAVATIER, Droit des affaires, 1962, p. 283 à 285) cité par MAINGUY (D.), op. cit p. 556.

<sup>106</sup> FOURNIER (F.), op. cit. p. 111.

<sup>107</sup> Aix-en-Provence 5 mai 1993, R.J.S. 1993, n°963 p. 560 ; Paris 04 janvier 1971, J.C.P. 1971, éd. G., II. 16664 note B.P.

<sup>108</sup> Nous reviendrons très largement sur cette notion dans le cadre du développement de la deuxième de notre du présent mémoire.

<sup>109</sup> GRIGNON (Ph.), le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce, Litec, Paris, 2000, p. 199 ; nous le verrons plus loin dans la deuxième partie de notre travail.

La prospection de la clientèle supposant une démarche active de l'intermédiaire vers les clients potentiels, elle nécessite, donc, une présence physique à l'extérieur des locaux de l'employeur ou du mandant<sup>110</sup>. Peut-on concevoir que ce déplacement vers la clientèle puisse se réaliser sous la forme d'une rencontre simplement intellectuelle ? Une décision de la Cour d'Appel de Versailles l'a admis : "la prospection d'un client peut se faire par d'autres diligences qu'une visite sur place, notamment par courrier ou téléphone et il appartient au représentant de choisir les moyens appropriés pour conduire les clients de son secteur à passer les commandes, même si le principe des visites sur place est l'une des modalités prescrites par le contrat "<sup>111</sup>.

Il est cependant à noter que pour être complète la négociation doit se solder par la prise d'ordre. Tel est le sens de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 27 avr. 2011.

Ainsi donc la représentation commerciale ne se limite pas uniquement à une recherche de la clientèle. Un auteur avait également d'ailleurs écrit : *"une fois le client éventuel découvert, un travail de persuasion commence. Il s'agit de le convaincre de l'utilité marginal du produit proposé ; de l'inciter à conclure le marché en stimulant ou créant son désir. Les modalités de l'opération future sont débattues. Le cas échéant, un devis est dressé. La commande obtenue est enregistrée. Ces tractations achevées, il ne reste au représentant...qu'à transmettre l'ordre à la firme"*<sup>112</sup>.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'à défaut de toute prise de commandes au nom et pour le compte du mandant, le contrat n'est pas un contrat d'agence<sup>113</sup> mais de courtage<sup>114</sup>.

En définitive, si l'effectivité de la négociation a pour effet de faire bénéficier à l'intermédiaire le statut d'agent commercial, celle-ci doit désormais déboucher sur une prise de commandes à transmettre au représenté.

L'exécution du contrat d'intermédiaire se traduisant par l'accomplissement d'acte juridique, il demeure un acte fortement encadré.

---

<sup>110</sup>CAMERLYNCK (G.H), art. cit., n°9: "le représentant rayonne à l'extérieur de l'entreprise pour prospector la clientèle"; Dans le même sens P. Franck, conclusions ante Ass. Plén. 26 février 1988, D. 1998, J. p. 421. L'expression fût reprise en jurisprudence : Rennes 3 juin 1964, S. 1964, II. P. 322 note J. VILLEBRUN ; Paris 28 juin 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, p. 256, cité par GRIGNON (Ph), op. cit. p. 200.

<sup>111</sup> Versailles 24 Avril 1992, R.J.S. 1992, n°596, p. 523.

<sup>112</sup> DE THEUX (A.), Le droit de la représentation commerciale – Etude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux, tome I, 1975, Centre interuniversitaire de Droit Comparé, Bruxelles, n°68, p.105, cité par GRIGNON (Ph.), op. cit., p. 203.

<sup>113</sup> Cass. Com. 10 déc. 2003, op. cit.

<sup>114</sup> Cass. Com. 6 mars 2001, Bull. civ. IV, n° 48, RD bancaire et fin., mai-juin 2001, p. 170, note J.-M. Delleci.

## **Section 2 : Une exécution réelle**

Comme tout acte juridique, l'exécution du contrat d'intermédiaire de commerce obéit à des règles bien précises. Celles-ci se traduisent par des obligations tant à la charge du mandataire (**Paragraphe 1**) que du mandant (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Les obligations à la charge du mandataire**

L'immersion de l'intermédiaire de commerce dans les relations commerciales du mandant avec les tiers, clients ou fournisseurs, a laissé subsister un principe très fort, celui de la loyauté (A). Aussi sa mission se caractérise-t-elle par une double obligation d'information (B), tant à l'égard des tiers, ici des clients acheteurs, qu'à l'égard de son commettant lui-même.

#### **A- Le devoir de loyauté**

L'intermédiaire mandataire doit exécuter sa mission avec le souci du respect des termes du contrat et des instructions qui lui ont été données.

Tout d'abord, la diligence doit être de mise. Il doit agir promptement afin d'éviter tout retard qui serait préjudiciable aux intérêts du mandant. Ensuite il doit agir avec efficacité, c'est-à-dire faire tout ce qui est en son pouvoir pour que la mission aboutisse. Dans le même ordre d'idées, le mandataire doit mettre à profit la faculté d'initiative dont il dispose afin de protéger au mieux des intérêts de son mandant, ce qui peut le conduire à ne pas contracter s'il n'obtient pas des conditions suffisamment favorables. Ainsi dans *l'affaire de vendeur de fruits*, à propos d'une société qui s'était engagée à vendre « au mieux » les produits de divers agriculteurs, la cour de Cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu sa responsabilité pour avoir vendu avec régularité sans justification démontrée ou alléguée les fruits à des prix inférieurs à ceux de marché sans en informer préalablement le vendeur<sup>115</sup>.

Aussi, dans la mesure où il œuvre dans l'intérêt d'autrui, est-il interdit au mandataire d'agir égoïstement dans son intérêt personnel ou se servir les intérêts d'un tiers. Par exemple si la mission consiste à aliéner un bien, il ne saurait avantager un acquéreur de ses amis en lui vendant à bas prix, ou pire, en procédant de la sorte moyennant un quelconque avantage.

---

<sup>115</sup> Cass. Com., 1<sup>er</sup> Déc. 1992, Contrats Conc. Conso. 1993, n°44, obs. L. Leveneur.

Cette directive générale reçoit une illustration dans l'interdiction faite au mandataire de se porter contrepartie à l'acte qu'il a pour mission de passer. Par exemple, il ne peut acquérir pour lui-même le bien que le mandant l'a chargé d'aliéner. Le risque serait en effet trop grand que le mandataire se portant contrepartie perde de vue les intérêts de son mandant afin de privilégier les siens.

C'est pourquoi l'article 1596 du code civil propre à la vente aux enchères prévoit que « *ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-même ni par personnes interposées (...) les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre* ». Ce que l'on nomme « le contrat avec soi-même » est nul, d'une nullité relative pouvant être invoquée par le mandant<sup>116</sup>. C'est aussi le sens de l'article 194 de l'AUDCG : « *Le commissionnaire doit agir loyalement pour le compte du commettant.*

*Il ne peut en particulier acheter pour son propre compte les marchandises qu'il est chargé de vendre, ou vendre ses propres marchandises à son commettant ».*

La jurisprudence a étendu la prohibition aux ventes amiables, et son champ d'application paraît en bonne logique devoir viser toutes sortes d'opérations. L'interdiction est entendue de façon stricte par les tribunaux, comme en atteste l'affaire de l'agent immobilier trop intéressé. Dans cette affaire, un agent immobilier ayant reçu mandat exclusif de vendre un immeuble à la personne de son choix pour un prix de 600 000 francs, avait constitué une agence immobilière dont il détenait la moitié des parts. Il lui avait vendu l'immeuble au prix convenu. A la demande du mandant, les juges du fond annulèrent la vente sur le fondement de l'article 1596 du code civil et la Cour de cassation les en approuva, « l'interdiction faite au mandataire d'acquérir par lui-même ou par personne interposée le bien qu'il est chargé de vendre s'appliquant même si la vente se fait au prix fixé par le mandant »<sup>117</sup>. Naturellement, l'interdiction n'a plus de raison d'être si le mandataire, après en avoir informé le mandant, obtient son autorisation ou bien si le mandant ratifie après coup l'opération.

L'intermédiaire de commerce mandataire est en outre astreint aux obligations d'information et de reddition des comptes.

## **B- Les devoirs d'information et de reddition des comptes**

---

<sup>116</sup> LECLERC (F.), op.cit. p. 409.

<sup>117</sup> Cass. Civ. 1, 27 janvier 1987, Bull. civ. I, n°32.

Aux termes des dispositions de l'article 187 de l'AUDCG « *l'intermédiaire est tenu, à la demande du représenté, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion.*

*Il est redevable des intérêts produits par sommes pour le versement desquelles il est en retard et de l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat, sauf s'il prouve que ce dommage est survenu sans sa faute ».*

Ainsi, selon le courant de la jurisprudence contemporaine, le mandataire qui dispose de compétences ce qui est une obligation chez les professionnels, doit mettre son expérience à la disposition de son client. Il doit donc l'informer et le conseiller sur l'utilité de l'acte envisagé, sur les précautions à prendre, la meilleure manière de procéder et les conséquences et risques de cet acte. Au besoin, il doit le mettre en garde et même le dissuader d'un projet aux effets fâcheux<sup>118</sup>. Ainsi, un agent immobilier doit indiquer à son client que le prix qu'il entend demander est trop faible<sup>119</sup> ; l'agent de voyage doit informer les touristes des visas exigés par le pays où ils se rendent<sup>120</sup>.

Si ce devoir de conseil pèse automatiquement sur le mandataire professionnel<sup>121</sup>, celui qui agit à titre occasionnel n'en est pas toujours dispensé : s'il dispose d'une compétence, il doit pareillement la mettre au service de son mandant. La différence est que, chez lui, la compétence n'est pas présumée et qu'il faudra la prouver pour établir un manquement<sup>122</sup>.

La jurisprudence a conféré à ce devoir de conseil un caractère *d'ordre public* : le mandataire ne saurait donc s'en décharger par une clause de non-responsabilité<sup>123</sup>. En revanche, son intensité est par nature relative à la compétence du mandant : plus celui-ci est également compétent, moins il a besoin de conseils<sup>124</sup>.

S'agissant de la reddition des comptes, elle consiste de la part de l'intermédiaire à remettre à son commettant un certain nombre de rapports sur l'organisation de son activité. Cette obligation est fondamentale, car elle constitue souvent le seul lien dont peut disposer le commettant avec un marché étranger à son marché national. L'intermédiaire de commerce se doit donc de soigner les

---

<sup>118</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 février 1991, Bull. I, n°79 pour un notaire ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 juillet 1979, Bull. III, n°150 pour agent d'affaires ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 novembre 1984, Bull. I, n°291 pour un agent d'assurances.

<sup>119</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1985, Bull. I, n°277.

<sup>120</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 2006, Bull. I, n°63.

<sup>121</sup> MALLEVILLE (V.), La responsabilité des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil, J.C.P. 2000.I.222, cité par BENABENT (A.), Droit civil : Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> édition, Paris 2011, p. 447.

<sup>122</sup> BENABENT (A.), op. cit. 447.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 2004, Bull. I, n°61.

rapports ou comptes rendus d'activité qu'il transmettra à son commettant, car la transmission d'informations fausses ou incomplètes peut fausser la politique commerciale du commettant et entraîner de lourdes pertes pour ce dernier.

Dès lors se pose le problème de la limite de cette obligation pour ne pas contrevenir au caractère indépendant de l'intermédiaire de commerce. En effet, certains contrats d'intermédiaire de commerce exigent la remise périodique de rapports sur l'évolution du travail de l'intermédiaire de commerce. Si ces remises ne remettent en elles-mêmes en cause le caractère indépendant fondamental à la qualité d'intermédiaire de commerce, c'est plus l'étude de leur contenu qui permettra de déterminer si un rapport de subordination étranger au rapport d'intermédiaire de commerce est caractérisé ou non<sup>125</sup> : toute obligation de détailler son activité concernant l'emploi du temps, principalement les horaires d'activité de l'intermédiaire de commerce le renverrait à la qualification de représentant salarié.

Cependant, rendre compte implique :

- D'une part, l'information du mandant du déroulement et du résultat de la mission. Ainsi l'intermédiaire se doit d'informer du déroulement et de l'état d'avancement de la mission et de tous les événements survenant durant son cours et pouvant appeler une réaction du mandant, comme par exemple une offre de contrat distincte des conditions arrêtées par le mandat mais présentant un grand intérêt.

Il doit en outre informer du résultat de la mission quel qu'il soit : échec ou succès de la mission. A supposer que l'acte conclu, celui-ci devra être communiqué au mandant par l'intermédiaire<sup>126</sup> ;

- Et d'autre part, de rendre des comptes, c'est-à-dire fournir un compte de gestion périodiquement mais surtout à la fin des opérations entreprises. Ce compte n'est soumis à aucune forme particulière<sup>127</sup>, mais n'est pas seulement un cadre arithmétique. C'est une convention soumise au droit commun des comptes. Elle n'a aucun effet novatoire puisqu'il ne s'agit pas d'un compte-courant. Le compte de gestion dont l'intermédiaire est redevable devra ventiler les dettes et les créances. Dans la colonne "passif", doit figurer tout ce que le

---

<sup>125</sup> Ce qui explique qu'il est aujourd'hui conseillé d'éviter l'insertion de clauses exigeant un compte rendu périodique : PETEL (P.), *Les obligations du mandataire*, 1988, n°497 et s. cité par MEGNIN (S.) p. 185.

<sup>126</sup> LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Paris 2007, p. 411.

<sup>127</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 18 janvier. 1989, JCP 1989. IV. 102 : « constitue la reddition de comptes exigée par l'article 1993 du code civil l'acte sous seing privé par lequel les mandants reconnaissent avoir été intégralement réglés de toutes les sommes en provenance de la vente conclue le même jour, pour laquelle ils avaient donné mandat, et donnent pleine et entière décharge à leur mandataire ».

mandataire a reçu à ce titre, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant<sup>128</sup>.

Tout comme le mandataire, il existe des obligations qui pèsent sur le mandant.

## **Paragraphe 2 : Les obligations à la charge du mandant**

En application du principe de la représentation, le mandant a l'obligation d'exécuter les engagements contractés par le mandataire : il est débiteur en même temps d'ailleurs que créancier des tiers avec lesquels le mandataire a contracté.

Ainsi, outre que le mandant doit faciliter la mission de son mandataire (**A**), il a une obligation de remboursement et d'indemnisation mais aussi de rémunération du mandataire (**B**).

### **A- Mettre le mandataire en mesure d'exécuter sa mission**

L'obligation du mandant de fournir au mandataire les moyens d'exécuter sa mission constitue un point-charnière entre le mandat classique et le mandat exercé de manière professionnelle, soumis aux impératifs économiques d'efficacité et de rapidité<sup>129</sup>.

Ce n'est pas là l'obligation la plus remarquable qui pèse sur le mandant. Mais elle existe et se renforce même à mesure que se généralise au nom de la bonne foi contractuelle le devoir de la coopération entre contractants. Au nom de cette obligation, le mandant doit mettre tout en œuvre afin que le mandataire puisse exécuter au mieux sa mission. En particulier, le mandant doit à l'orée de la mission délivrer tout document, titres ou objets nécessaires à la conclusion de l'opération projetée. En cours de contrat, il devra au nom de la coopération et négativement ne pas mettre d'obstacles à la représentation par son intermédiaire, mais au contraire et cette fois positivement tout mettre en œuvre pour que le mandataire puisse exercer son mandat.

Par exemple, dans *l'affaire Groupe Danone*, un agent commercial assurant la représentation de plusieurs sociétés industrielles auprès de grossistes et détaillants de l'Océan Indien avait rencontré des difficultés en raison de ventes parallèles effectuées à des prix inférieurs de 30% aux siens par des centrales d'achat qui s'approvisionnaient en métropole<sup>130</sup>. Les juges du

---

<sup>128</sup> COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), op. cit., p. 565.

<sup>129</sup> FOURNIER (F.), op. cit., p. 55.

<sup>130</sup> LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Paris 2007, p. 413.

fond n'ayant pas accédé à sa demande de résiliation du contrat et de dommages-intérêts, la Chambre commerciale de la Cour de cassation censura leur décision. Selon la haute juridiction, « tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre son agent commercial en état d'accomplir son mandat en prenant des mesures concrètes qui lui permettent de pratiquer des prix concurrentiels ». <sup>131</sup>

Il s'agit bien d'une obligation du contrat. Cette obligation dépasse le simple cadre de l'information contractuelle. Il s'agit d'un devoir de coopération utile à une issue favorable de la mission. Quoiqu'elle ne fût prévue par le Code civil, elle semble s'imposer d'elle-même sur les fondements, particuliers au contrat de mandat, de la loyauté et de la confiance même si la confiance est dans le mandat professionnel plutôt caractérisée par le fort intuitu personae qui s'impose dans ce contrat. A conditions particulières, traitements particulier <sup>132</sup>.

Il est donc justifié de parler d'une obligation contractuelle de mettre le mandataire en mesure d'exécuter sa mission et de considérer que cette obligation est utile à la qualification juridique de mandat d'intermédiaire de commerce. Monsieur LELOUP écrit même qu'il s'agit d'une obligation « *consubstantielle au rapport d'agence* » <sup>133</sup>.

Remarquons pour finir qu'il s'agit ici également d'une adaptation intéressante de la nature du mandat puisque cette obligation trouve sa plus grande place dans un mandat professionnel et son domaine d'application sera essentiellement celui-là.

Le mandant après avoir permis à l'intermédiaire de commerce d'exécuter sa mission dans de bonnes conditions, doit payer les rémunérations et payer les avances.

## **B- Payer les rémunérations et rembourser les avances**

L'article 186 de l'AUDCG dispose « *Le représenté doit rembourser à l'intermédiaire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a engagés pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations contractées* ». Cette disposition est inspirée de l'article 1999 du Code civil : « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été prévu.*

---

<sup>131</sup> Cass. Com., 24 nov. 1998, Bull. Civ. IV, n°277.

<sup>132</sup> FOURNIER (F.), op. cit., p. 57.

<sup>133</sup> LELOUP (J.-M.), JCP éd. E, 1992, I, 105, n° 26, cité par FOURNIER (F.) op. cit., p. 58.

*S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiements, alors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ».*

Il ressort donc des dispositions de l'article 186 de l'AUDCG que l'intermédiaire de commerce bénéficie d'un droit acquis au remboursement de ses frais et avances ainsi qu'à l'indemnisation de ses pertes, même si la mission n'a pas eu de résultat, dès lors qu'elle a été exécutée par l'intermédiaire et qu'il l'a entreprise avec tous les moyens utiles à sa bonne fin.

Les sommes dues seront remboursées au mandataire dès qu'elles sont réelles et accompagnées de justificatifs. Elles devront avoir été engagées pour réaliser l'objet du contrat, c'est-à-dire la mission confiée à l'intermédiaire par le mandant. Ce remboursement fera l'objet d'un paiement direct ou, si les parties en conviennent différemment, par tout autre moyen, notamment la compensation.

Les sommes remboursées par le mandant doivent correspondre à celles réellement déboursées par l'intermédiaire de commerce et non à l'avantage que ces débours ont pu apporter au mandant. Ainsi, l'indemnisation de l'intermédiaire de commerce sera due s'il est victime d'un accident à l'occasion de son mandat<sup>134</sup>. La jurisprudence et la doctrine ont admis que non seulement les pertes subies pour l'exécution du mandat mais aussi toutes les pertes que le mandataire peut rencontrer pendant la durée de sa gestion, alors qu'il exécute sa mission, puissent faire l'objet d'une indemnisation.

S'agissant l'obligation de payer les rémunérations, il faut noter que le législateur OHADA l'a bel et bien prévu en y consacrant divers dispositions, tenant compte des trois types d'intermédiaires de commerce<sup>135</sup>.

Après avoir montré dans la partie sus développée que le statut de d'intermédiaire de commerce est un statut d'emprunt, il conviendrait d'apporter à présent la précision que cet emprunt n'est total, il est limité.

---

<sup>134</sup> Aix en Provence, 23 Octobre 1889, D.P. 1890, 2, 301.

<sup>135</sup> V. article 196, 213 et 224 de l'AUDCG respectivement pour le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial.

**SECONDE PARTIE**  
**UN EMPRUNT LIMITE**

Comme nous l'avons évoqué dans notre première partie, le législateur OHADA a soumis l'intermédiaire de commerce aux règles du mandat. Cependant pour toutes les questions touchant tant au caractère civil ou commercial des actes de l'intermédiaire qu'aux mesures de protection à lui consacrées, le législateur a fait montre d'innovation.

En effet, ce sont les dispositions du Code français de commerce qui ont pendant longtemps régi l'activité commerciale dans la plupart des Etats membres de l'OHADA.

Ces dispositions n'avaient organisé que les professions de courtier et de commissionnaire. La profession d'intermédiaire de commerce n'était donc constituée que de ces deux types d'intermédiaires hormis les VRP<sup>136</sup> n'étaient que de simples salariés.

L'introduction dans la législation française de la Directive européenne du 18 décembre 1986 à travers la loi numéro 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, n'a pas manqué de déteindre sur le projet d'uniformisation du législateur OHADA qui a décidé de réunir et de désigner désormais sous un même vocable les trois professionnels que sont le courtier, le commissionnaire et l'agent commercial et de les soumettre à un corps de règles unique.

L'avènement de l'OHADA notamment l'AUDCG a donc permis de donner une nouvelle dimension à la profession d'intermédiaire de commerce dans cet espace communautaire.

En effet, le législateur OHADA a innové en dotant l'intermédiaire de commerce d'un statut : ils sont commerçants. Malheureusement, il n'est pas allé plus loin dans cette œuvre salvatrice de modernisation législative puisqu'il existe toujours au sein de ces professionnels, une inégalité de traitement en fin de contrat.

Pour mieux appréhender cela, le développement de cette deuxième partie de notre travail reposera sur deux chapitres.

Le premier sera intitulé : la construction d'un régime unifié (**Chapitre 1**) tandis que le second : le renforcement du régime de protection (**Chapitre 2**).

---

<sup>136</sup> Voyageurs Représentants Placiers : ils ne sont pas des professionnels indépendants.

## CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION D'UN REGIME UNIFIE

Dans l'approche de la notion d'intermédiaire, l'ambition du législateur OHADA a été de créer une catégorie d'intermédiaires appelés intermédiaires de commerce<sup>137</sup> et de la doter d'un statut propre. Ce qu'avant lui, le législateur français n'avait pu faire.

C'est ainsi qu'il a fait de l'intermédiaire de commerce un commerçant (**Section 1**), même si ce choix se trouve en contradiction avec une jurisprudence constante en ce qui concerne l'agent commercial (**Section 2**).

### Section 1 : Une commercialité affirmée

L'exercice de la profession commerciale suppose une véritable indépendance corrélative à un risque<sup>138</sup>. Il en résulte que celui qui fait profession habituelle d'accomplir des actes de commerce par nature n'est pas commerçant s'il accomplit ses actes pour le compte d'une autre personne<sup>139</sup>. L'application rigoureuse de ces critères traditionnels aurait conduit à écarter le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial de la profession commerciale puisque aucun d'eux ne remplit la condition d'indépendance. En effet, les actes de commerce faits par un mandataire étant faits au nom du mandant sont sensés faits par le mandant qui seul aura la qualité de commerçant<sup>140</sup>.

Cependant, depuis longtemps déjà, il a été admis que l'accomplissement habituel d'actes de commerce confère la qualité de commerçant même à celui qui agit pour le compte d'autrui s'il le fait en son nom propre. Cette règle s'applique spécialement au commissionnaire<sup>141</sup>.

De la même manière, les courtiers, après de longues controverses en jurisprudence et en doctrine, ont été finalement considérés comme des commerçants. Il a été admis que les opérations

---

<sup>137</sup> SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p. 239.

<sup>138</sup> JUGLARD (M.) et IPPOLITO (B.), Cours de droit commercial, 1<sup>er</sup> volume, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1989, n° 93, p. 178 ; cité par SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p. 242.

<sup>139</sup> HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), Droit commercial, t.1, 1<sup>er</sup> volume, n°342, p. 540 ; cité par SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), op. cit., p. 242.

<sup>140</sup> Art. 169 et s.

<sup>141</sup> Codes annotés Dalloz, art. 1<sup>er</sup>, n°198.

de courtage auxquels ils se livrent étant qualifiés d'actes de commerce, leur exercice leur confère la qualité de commerçant<sup>142</sup>.

Pour l'agent commercial, la controverse demeure en ce qui concerne son statut. On pourrait affirmer que le législateur OHADA n'innove qu'en partie en réputant commerciale l'activité d'intermédiaire de commerce.

C'est pourquoi, l'agent commercial restera au cœur du développement de la présente section qui s'articulera autour du contenu de l'affirmation de la qualité de commerçant de l'intermédiaire de commerce (**Paragraphe 1**) ainsi qu'aux conséquences liées à ladite qualité (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1: Du contenu de ladite affirmation**

L'affirmation par le législateur OHADA de la qualité de commerçant de l'intermédiaire de commerce se remarque à un double niveau : tant à l'article 3 AUDCG (A) qu'à l'article 170 AUDCG (B).

#### **A- Article 3 AUDCG : Expression de la libéralisation du statut du commerçant et d'unification du régime des actes d'intermédiaire**

Aux termes des dispositions de l'article 2 AUDCG « *Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ».

Mais, les rédacteurs du Code de commerce de 1807<sup>143</sup> n'avaient pas réussi à définir le champ d'application du droit commercial. L'article 632 dans sa version applicable dans la plupart des pays de l'OHADA réputait acte de commerce toute entreprise de commission, toute opération de courtage.

En tant que texte de base en la matière, ces dispositions avaient un contenu on ne peut plus étroit, par rapport à celui de l'article 3 AUDCG duquel il ressort que :

---

<sup>142</sup> BOULOC (B.), Répertoire Dalloz, courtier, 1973, n° 16 et 17 ; cité par SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p. 242.

<sup>143</sup> Ce code régissait l'activité commerciale dans la plupart des pays de l'Afrique noire francophone, savoir : Pour le Burkina Faso, le Code de commerce de 1807 et l'ordonnance n°81-26 du 26 août 1981 ; pour le Tchad, le Code de commerce de 1807 et le code des obligations civiles et commerciales (loi n°63-62 du 10 juillet 1963, et loi n°66-70 du 13 juillet 1966 ; pour le Gabon le Code de commerce de 1807 et la loi n° 7-72 du 6 juin 1972 ; pour la côte d'ivoire, le **Bénin**, le Togo, le Niger, la Centrafrique, le Congo (Brazzaville) et le Cameroun, le Code de commerce de 1807

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

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

On peut remarquer que les opérations d'intermédiaire notamment celle de l'agence commerciale y figure clairement comme acte de commerce par nature. Ce qui n'est pas le cas dans l'article 632 du code de commerce de 1807 où aucune mention explicite n'avait été faite à propos.

Cette disposition, plus moderne<sup>144</sup> et beaucoup plus hétéroclite<sup>145</sup>, est l'une des manifestations les plus remarquables de l'option prise par le législateur OHADA, de libéraliser le statut du commerçant<sup>146</sup>.

Aussi, à travers l'article 3 AUDCG, le législateur OHADA a-t-il marqué sa volonté d'ériger les actes visés en actes de commerce par nature et donc de ne plus reconnaître des régimes différents aux actes d'intermédiaires suivant le type d'intermédiaire qui l'accomplit.

Au-delà de cette volonté ici marquée de libéraliser le statut de commerçant, le législateur a apporté une innovation très importante à travers l'article 170 de l'AUDCG.

---

<sup>144</sup> Sur les critiques à propos de l'ancien article 632 du code de commerce, Cf. M ASSELAIN, la distinction des actes civils et de commerce (contribution à l'étude du concept de la commercialité), Thèse, Bordeaux IV, 1998.

<sup>145</sup> Elle comporte les actes de commerce par nature, par la forme et même par accessoire, introduits à travers la formule « contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce » A. FENEON et J.R. GOMEZ, OHADA, Droit commercial général, commentaires, éd. FFA, 1999, p. 14.

<sup>146</sup> POUGOUE (P-G.) et FOKO (A.), Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, Presse Universitaire d'Afrique, Yaoundé, 2006, p. 20.

## **B- Article 170 de l'AUDCG: Une innovation remarquable**

Aux termes des dispositions de l'article 170 de l'AUDCG « *L'intermédiaire de commerce est un commerçant ; il est soumis aux conditions prévues par les articles 6 à 12 du présent Acte uniforme.*

*Les conditions d'accès aux professions d'intermédiaires de commerce peuvent en outre être complétées par les conditions particulières à chacune des catégories d'intermédiaires visés au présent livre ».*

En reconnaissant la qualité de commerçant à l'intermédiaire de commerce en général et à l'agent commercial en particulier, le législateur OHADA a consacré l'une des innovations les remarquables du nouveau droit. Cette position marque donc un attachement des Etats-Parties à l'option de nombreux pays étrangers qui les ont précédés dans la voie de la libéralisation du statut de commerçant<sup>147</sup>.

Les étapes de l'évolution méritent d'être présentées, afin de permettre de mieux apprécier le pas qui a été franchi<sup>148</sup>.

En effet, le statut de l'agent commercial a été créé par un décret français du 23 décembre 1958<sup>149</sup>. L'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> de ce décret disposait : « *est agent commercial, le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, négocie, et éventuellement, conclut des achats, des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, industriels ou de commerçants* ». Cette définition, qui rejoignait celle donnée généralement par la doctrine, correspondait à celle dégagée par plusieurs lois étrangères qui mettaient l'accent sur le caractère stable et permanent du mandat intervenu entre l'agent commercial et ses mandants<sup>150</sup>.

Ainsi donc, s'il est vrai que le statut des agents commerciaux issu du Décret de 1958 était le bienvenu, en ce sens qu'il mettait fin aux incertitudes qui prévalaient jusqu'alors, il faut relever également qu'il était critiquable. La critique la plus importante est celle de l'absence de précision

---

<sup>147</sup> POUGOUE (P.-G.) et FOKO (A.), op. cit p. 52.

<sup>148</sup> Idem

<sup>149</sup> Voy. Décret n°58-1345 du 23 déc. 1958.

<sup>150</sup> Cf. Loi Autrichienne du 24 juin 1921; art. 1742 c. civ. Italien. Contra, Code de commerce du Japon ; Cité par POUGOUE (P.-G.) et FOKO (A.), op. cit p.53.

sur la qualité commerciale ou civile de l'agent. Une question fondamentale avait interpellé la doctrine et la jurisprudence, celle de savoir si l'agent commercial est un commerçant ou non.

S'agissant particulièrement de la solution jurisprudentielle, celle-ci avait tendance à ne pas reconnaître la qualité de commerçant à l'agent commercial<sup>151</sup>. C'est dire que la Cour de Cassation est hostile au caractère commercial de l'agent commercial. Curieusement, cette solution fut confortée par les travaux préparatoires<sup>152</sup> de la loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants<sup>153</sup>. En effet l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, après avoir défini l'agent commercial, ajoute qu'il « peut-être une personne physique ou une personne morale ». L'aptitude à exercer cette activité est donc reconnue aux personnes morales. Or celles-ci peuvent avoir la qualité de commerçant uniquement par leur forme.

En droit français donc, les agents commerciaux personnes physiques n'ont pas la qualité de commerçant. Tel était également le cas dans les Etats membres de l'OHADA. Les législations béninoise et sénégalaise, par exemples les considéraient comme des salariés<sup>154</sup>. Par conséquent, ils étaient liés à leurs employeurs par un contrat de travail, et exerçaient une fonction qui dérogeait quelque peu aux règles de droit commun, en raison du caractère spécifique de leur mission<sup>155</sup>. En guise de précision, l'article 493 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal disposait : « Les agents commerciaux sont des salariés qui, en raison des fonctions confiées par leurs employeurs, sont habitués à les représenter et à contracter en leur nom »<sup>156</sup>.

Alors, en énonçant que, désormais, les agents commerciaux sont des commerçants, le législateur OHADA marque une rupture avec le passé. Il rejoint, en cela, la position de certains pays européens : l'Allemagne, la Suisse, le Luxembourg, l'Italie qui l'ont sans doute d'ailleurs influencé dans sa démarche<sup>157</sup>. Il consacre l'une des innovations les plus remarquables du nouveau droit. Cette position marquant un attachement supplémentaire des Etats-Parties à l'option de nombreux pays étrangers qui les ont précédés dans la voie de la libéralisation du statut du commerçant<sup>158</sup>.

Quelles sont les conséquences liées à cette qualité de commerçant ?

---

<sup>151</sup> Nous le remarquerons avec beaucoup plus de détails plus loin dans notre développement.

<sup>152</sup> JO, Déb. Ass. Nat., 23 mai 1991, p. 2239.

<sup>153</sup> JCP, 1991, III, 64839.

<sup>154</sup> POUGOUE (P-G) et FOKO (A), op. cit p.56.

<sup>155</sup> Gaz. Pal., 1er au 4 nov. 1995, numéro spécial, « L'Afrique et le droit. Investir en Afrique », n°1, p. 36 ; cité par POUGOUE (Paul-Gérard) et FOKO (Athanas), op. cit p. 56.

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> On le verra dans la Section 2 du présent Chapitre.

<sup>158</sup> POUGOUE (P-G) et FOKO (A), op. cit p.52.

## **Paragraphe 2 : Conséquences liées à la reconnaissance de la qualité de commerçant**

L'accès à la profession de commerçant ainsi que son exercice sont soumis à biens de conditions et obligations auxquelles l'intermédiaire de commerce à qui il est reconnu la qualité de commerçant doit se conformer.

Nous avons d'une part celles liées à la capacité et aux incompatibilités (A) d'une part et celles relatives à l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et aux obligations comptables d'autre part (B).

### **A- La capacité commerciale et la soumission aux incompatibilités**

Les règles d'accès à la profession commerciale sont relatives tantôt à la capacité, tantôt à l'absence d'incompatibilités ou d'interdictions.

Elles figurent aux articles 6,7 et 8 de l'AUDCG.

La capacité d'exercer le commerce renvoie à la situation de l'incapable et de la femme mariée.

L'incapable peut être un mineur ou un majeur. Concernant le mineur, il peut avoir la qualité de commerçant et effectuer des actes de commerce sans autre formalités, dès qu'il est émancipé<sup>159</sup>. Inversement, un mineur non émancipé ne peut être commerçant. En posant simplement qu'il soit émancipé, le législateur OHADA a considérablement assoupli les exigences relatives au mineur. Dans tous les cas, cette solution est la bienvenue. Elle peut judicieusement être exploitée par de nombreux jeunes qui, à un moment donné, sont à la recherche d'emploi pour gagner leur vie<sup>160</sup>. Le cas de l'incapable majeur n'a pas été envisagé par le législateur OHADA. Comme il l'a fait pour la plupart des dispositions des différents actes uniformes, le législateur OHADA avait pour souci de ne pas beaucoup bousculer les habitudes, de laisser encore libre cours à la pratique et d'accorder encore un surcis au régime antérieur dans certains domaines<sup>161</sup>. Ainsi,

---

<sup>159</sup> Article 7 AUDCG.

<sup>160</sup> POUGOUE (P-G) et FOKO (A), op. cit p.58.

<sup>161</sup> Voy. P. TIGER, Le droit des affaires en Afrique, OHADA, L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, en bref..., Plaquette élaborée par l'association pour l'unification du droit en Afrique, mai 2003 ; cité par POUGOUE (P-G) et FOKO (A), op. cit p.58.

pour ce concerne l'exercice de la profession d'intermédiaire de commerce par un incapable majeur, il convient de se référer aux règles du droit civil.

D'après des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUDCG, la femme mariée est bel et bien libre d'exercer la profession d'intermédiaire de commerce. Elle peut alors être commissionnaire, courtier ou agent commercial, quand bien même son mari exerce également une activité commerciale pourvu qu'elle le fasse séparément.

En ce qui concerne les incompatibilités, l'article 9 AUDCG énumère un certain nombre de fonctions ou professions incompatibles avec l'activité commerciale. Elles sont : les fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ; les officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateur et liquidateur judiciaire ; les experts comptables agréés et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime. Ces différents professionnels ne peuvent donc accomplir simultanément la fonction de commerçant donc celle d'intermédiaire de commerce.

Il faut noter que cette institution du législateur OHADA a permis de mettre un terme à l'exercice de l'activité commerciale par le fonctionnaire camerounais. En effet au Cameroun, le Décret numéro 94/199 du 07 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique offrait la possibilité au fonctionnaire la possibilité d'exercer parallèlement une activité privé lucrative. Cette dernière pouvait donc consister en celle de commissionnaire de courtier ou d'agent commercial. Dans tous les cas rien ne l'interdisait. La seule condition requise était que l'activité supplémentaire ne nuise pas à son indépendance et à la mission d'intérêt général liée à son statut<sup>162</sup>.

Notons que la violation desdites incompatibilités est assortie de sanctions comme le sont également les violations des interdictions<sup>163</sup>.

Dans les deux cas, la conséquence est la même. Toute personne déchue ou interdite ne peut exercer une activité commerciale, donc ne peut être ni commissionnaire, ni courtier, ni agent commercial.

Outre l'exigence relative à la capacité, l'intermédiaire de commerce doit se faire immatriculer au RCCM.

---

<sup>162</sup> M. KAMTO, "Regard sur le nouveau statut général de la fonction publique", Lex Lata, n°002, 31 oct. 1994, p. 11 ; cité par POUGOUE (P-G) et FOKO (A), op. cit p.62.

<sup>163</sup> L'interdiction devant être distinguée de la déchéance : Alors que la déchéance est la perte d'un droit à titre de sanction, en raison du non-respect des conditions d'exercice , l'interdiction, quant à elle, s'analyse comme étant la situation juridique d'une personne qui se trouve privée de la jouissance ou de l'exercice de ces droits, en totalité ou en partie, en vertu de la loi ou décision de justice.

## **B- L'immatriculation au RCCM et les obligations comptables**

Nous aborderons dans un premier temps l'immatriculation au RCCM (1) et dans un second temps les obligations comptables (2).

### **1- L'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit et du Crédit Mobilier : une obligation omise par le législateur OHADA**

De façon générale, l'immatriculation s'entend de l'action d'inscrire sur un registre, sous un numéro d'ordre, le nom d'une personne ou d'une chose en vue de l'identifier à des fins diverses<sup>164</sup>. Le Registre du Commerce et du Crédit et du Crédit Mobilier pouvant être perçu d'après l'article 35 de l'AUDCG comme ayant pour objet de recevoir : l'immatriculation des commerçants personnes physiques ou morales et les informations y afférentes c'est-à-dire celles qui permettent l'identification de l'entreprise commerciale, de son activité et de ses dirigeants ; les informations marquant la vie de l'entreprise : modification de toute nature, dissolution ou cessation d'activité etc ; les inscriptions relatives aux sûretés mobilières, que ces informations concernent leur constitution, leur modification ou leur cessation.

Ainsi, l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier c'est la procédure au terme de laquelle une personne commerçante, se fait inscrire sur un registre conçu à cet effet en vue de se faire reconnaître la qualité de commerçant ou d'acquérir la qualité de la personnalité morale.

Cette obligation dont la non satisfaction prive la personne commerçante du bénéfice du statut de commerçant n'a malheureusement pas fait l'objet d'une mention spéciale par le législateur en dépit de son importance. Cela mériterait d'être corrigé d'autant plus que par exemple dans la plupart des législations nationales des Etats-Parties de l'OHADA, l'agent commercial était considéré comme un mandataire civil ; mais pour lui avoir désormais reconnu la qualité de commerçant il ne saurait se voir appliqué le droit OHADA si ce dernier ne se fait pas immatriculer au RCCM. Et pour qu'il y arrive, il faut bien que cela soit clairement inscrit au nombre des obligations qui lui incombe en tant que commerçant tel que l'est la tenue de livres comptables.

---

<sup>164</sup> CORNU (G.), op. cit. p. 261.

## **2- La tenue de livres comptables**

« Tout commerçant, personne physique ou morale, doit tenir tous les livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises.

Il doit en outre respecter, selon le cas, les dispositions prévues par l'Acte uniforme relatif à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises et à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ». C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 13 de l'AUDCG. Cette obligation qui pèse sur l'intermédiaire se trouve justifié en ce sens que la recherche du bénéfice impose au commerçant de connaître très précisément ses prix de revient et d'estimer convenablement la part de plus-value qu'il fait entrer dans les produits vendus.

De même, dans la recherche de financement par exemple, le banquier sollicité a besoin d'avoir une connaissance aussi précise que possible de la situation, notamment financière, du commerçant pour prendre sa décision. Aussi ceux de ses clients qui sont des professionnels ou qui simplement réalisent avec lui des affaires de quelque importance, ont-ils besoin d'être rassurés sur ses capacités à les satisfaire. Notons d'ailleurs qu'avant même de devenir une obligation légale, la comptabilité a toujours été une nécessité pour le commerçant pour reconnaître l'état de ses finances et de ses stocks et pour conserver la mémoire des opérations effectuées<sup>165</sup>. La loi l'a par la suite imposée car elle est une source irremplaçable d'informations pour reconstituer l'histoire de l'entreprise au cas où le commerçant venait à faire l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif. En outre, les livres de commerce présentent une grande utilité pour le fisc dans l'examen du chiffre d'affaires et des résultats de l'entreprise pour les différentes impositions.

Pour ce qui concerne les commerçants personnes morales, cette obligation consiste en l'établissement, chaque année, d'états financiers de synthèse qui regroupent les informations comptables portant sur l'exercice écoulé. Ils comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau des ressources et des emplois ainsi que l'état annexé.

---

<sup>165</sup> SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p.83.

## **Section 2 : Une commercialité controversée**

Si l'agent commercial exerce son activité sous forme de société commerciale, ce qui sera fréquemment le cas, il se verra alors bien entendu soumis aux règles du droit commercial. Ce cas de figure ne pose aucun problème particulier.

Par contre, c'est lorsque l'agent commercial exerce son activité sans constituer une société commerciale, que les discussions ont commencé. Le législateur OHADA a fait l'option de reconnaître une nature commerciale à son activité, puisqu'il exerce une activité d'entremise en matière commerciale à titre onéreux, comme d'autres intermédiaires ayant qualité de commerçant, ce n'est pas la solution retenue par une partie de la doctrine<sup>166</sup> et la jurisprudence française qui est très souvent une référence pour le droit OHADA.

Alors, après avoir abordé la question de la constance de la jurisprudence et ses implications sur la mise en œuvre du droit OHADA (**Paragraphe 1**) nous exposerons les positions qui ont sans doute conforté le législateur OHADA dans sa démarche (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Constance de la jurisprudence quant à la qualité de mandataire civil de l'agent commercial**

Nous traiterons dans ce paragraphe, successivement du réel contenu de cette constance de la jurisprudence (A) et de ses implications sur la mise en œuvre du droit OHADA (B).

#### **A- Contenu de la constance de la jurisprudence**

En dépit de la position tranchée de cette partie de la doctrine qui a toujours prôné le caractère commercial de l'activité de l'agent commercial, la jurisprudence ne les a pas suivis et a régulièrement confirmé le caractère civil du contrat d'agence commerciale<sup>167</sup>.

Ainsi, la Cour de cassation décide de façon constante, que l'agent commercial n'est pas un commerçant. Pour la Haute juridiction, l'agent est essentiellement un mandataire et ne dispose pas de l'indépendance qui, dans la recherche du profit, caractérise le commerçant.

---

<sup>166</sup>MEGNIN (S.), op. cit. p. 43.

<sup>167</sup> TC Tours, 14 janvier 1977, Cah. Dr. entr. 1977/5, 15, note J.-M. Leloup ; TGI Bordeaux, 13 novembre 1979, Gaz. Pal. 1980, 2, 672, note J.-J Hanine.

En effet, dès 1938, la Cour de Cassation avait affirmé que : « *la qualité de commerçant ne peut être reconnue aux représentants de commerce qui traitent leurs opérations non en leur nom personnel mais au nom des négociants ou fabricants dont ils sont les mandataires, et qui, étant seuls obligés, en supportent les profits et pertes* »<sup>168</sup>.

Néanmoins, quelques décisions avaient continué à semer le doute<sup>169</sup>. Mais la controverse fut tranchée définitivement par deux arrêts de la Cour de Cassation des 29 octobre 1979 et 28 octobre 1980, qui optèrent pour le caractère civil du mandat de l'agent commercial et ce même lorsque l'agent exerce une activité accessoire<sup>170</sup>.

Le principal argument retenu en faveur de la qualité civile de l'agent commercial, est celui selon lequel l'agent, par sa qualité de mandataire, n'effectue aucun acte de commerce pour son propre compte. C'est bien parce qu'il est mandataire et donc qu'il agit au nom et pour le compte d'autrui, que l'agent ne fait pas acte de commerce, les contrats négociés ou conclus produisant leurs effets dans le patrimoine du mandant et non dans le sien. La nature civile de la profession d'agent serait donc imposée par la qualité de mandataire de l'agent<sup>171</sup>.

La Cour de cassation a par ailleurs, dans sa décision en date du 10 juill. 2007 estimé que le distributeur qui a une clientèle propre n'est pas un agent commercial<sup>172</sup>.

Elle a confirmé cette position dans ses arrêts en date des 28 février 2008<sup>173</sup> et 29 juin 2010<sup>174</sup> en précisant que la qualification d'agent commercial est incompatible avec celle de commerçant indépendant car l'agent commercial n'a pas de clientèle propre.

Notons que depuis, la position de la jurisprudence n'a pas variée en dépit du fait qu'au lendemain de la recodification, l'activité d'agence commerciale figure bel et bien au nombre des activités que la loi répute actes de commerce par nature<sup>175</sup>.

Le législateur français ferait donc mieux de préciser que cette disposition n'est valable que pour les entreprises personnes morales notamment les sociétés commerciales, puisque

---

<sup>168</sup> Cass. Civ., 17 juin 1938, D. 1938, 481.

<sup>169</sup> CA Amiens, 13 juillet 1977, JCP, éd. G 1978, II, 19163, note J. Hémar ; RTD com. 1979, 504, obs. J. Hémar ; Gaz. Pal. 1978, 1, somm. 114.

<sup>170</sup> Cass. Com., 29 octobre 1979, Bull. civ. IV, n°266 ; D. 1980, 69 ; JCP, éd. G 1981, II, 19591, note J. Vincens ; GAZ. PAL. 1980, 1, 87, note Dupichot ; RTD com. 1980, 814, obs. J. Hémar : "Le mandat d'agent commercial a par lui-même un caractère civil pour le mandataire, celui-ci agissant au nom et pour le compte du mandant".

<sup>171</sup> En ce sens, COLLART DUTILLEUL (F.) / DELEBECQUE (P.), Contrats civils et commerciaux, 4<sup>e</sup> éd., 1998, n°678 ; N. EL HAGE, RTD com. 1994, 197, 203.

<sup>172</sup> Com. 10 juill. 2007, n°05-19.373, Bull. civ. IV, n°184 ; D. 2007. 2158 ; RTD com. 2007. 673, obs. Saintourens

<sup>173</sup> Cass. Com., 26 févr. 2008 : D. 2008, pan, p. 1296, note D. F.

<sup>174</sup> Cass.com. 29 juin 2010, Bulletin 2010, IV, n° 114.

<sup>175</sup> Cf. article L.110-1 du Code français de commerce.

commerciales par leur forme. Auquel cas on conclurait à une opposition de position entre la jurisprudence et le législateur.

De toute façon, cette position de la jurisprudence ne sera pas sans implications sur la mise en œuvre du droit OHADA en la matière.

## **B- Probables implications sur la mise en œuvre du droit OHADA**

Rappelons avant tout que le législateur OHADA dans son œuvre de codification, s'est largement inspiré de la législation française. Ces deux législations s'accordent sur la définition de l'agent commercial.

Si elles ont pu toutes les deux, citer l'activité d'agence au nombre des actes de commerce par nature, la législation de l'OHADA a le mérite d'être allé au-delà en précisant le statut réel de l'agent commercial : il est un commerçant.

Alors, quelle va être la conduite du juge de l'espace OHADA face à la constance de la jurisprudence quant à la nature civile de l'activité d'agence commerciale ?

Va-t-il s'aligner sur la solution jusque-là retenue en la matière en s'opposant au législateur ?

Comme nous l'avons vu plus haut, l'argument principal développé par la jurisprudence, est que l'agent commercial n'agissant en son nom propre, n'a pas une clientèle propre<sup>176</sup>.

Cela n'est pas surprenant en ce sens que la jurisprudence a toujours fait de la clientèle l'élément essentiel du fonds de commerce<sup>177</sup>.

Mais à ce sujet, certains auteurs pensent qu'il apparaît difficile de considérer la clientèle comme un élément du fonds parmi d'autres : elle n'est même pas un bien, rien n'interdisant aux clients de s'approvisionner où bon leur semble<sup>178</sup>. D'autres estiment, contrairement à la jurisprudence, qu'elle devrait être exclue des éléments du fonds de commerce et qu'elle constitue sa finalité : « la clientèle n'est pas un élément essentiel du fonds de commerce, c'est le fonds lui-même », écrivait Georges RIPERT<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Com. 10 juill. 2007, précité.

<sup>177</sup> Req. 23 oct. 1934., S. 1934. 1. 392 ; Civ. 15 fév. 1937, S. 1937. 1. 169, note H. ROUSSEAU.

<sup>178</sup> HOUTCIEFF (D.), Droit commercial, SIREY, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2011, p. 206.

<sup>179</sup> RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité de droit commercial, t. 1, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd.année, n° 326 ; adde. : P. Collomb, article préc., qui évoque « la clientèle conquête du fonds de commerce », cité par HOUTCIEFF (D.), op. cit. p. 206.

Concernant l'appartenance effective de la clientèle au titulaire du fonds, il faut dire que la caractérisation d'une clientèle autonome peut parfois poser difficultés, spécialement lorsque le commerçant exerce son activité dans l'enceinte d'un autre établissement (C'est le cas par exemple de l'agent commercial qui peut avoir une activité commerciale accessoire).

Le droit positif est d'autant plus difficile à synthétiser que la constatation de l'existence d'une clientèle autonome est réservée au pouvoir souverain des juges de fond<sup>180</sup>.

La jurisprudence paraît néanmoins avoir évolué. Elle exigeait originellement que la clientèle autonome constituait une part prépondérante de l'activité du commerçant. Les juges sont aujourd'hui moins exigeants : la Cour régulatrice a affirmé que la clientèle peut être seulement partiellement autonome, sans qu'il soit nécessaire que la part personnelle soit prépondérante<sup>181</sup>.

Il ressort de cette analyse que dans le cadre de la mise en œuvre du droit OHADA relatif au statut de l'agent commercial, le juge disposerait de forts arguments juridiques pour aller à l'encontre de cette jurisprudence en confirmant la nature commerciale de l'activité d'intermédiaire de commerce.

## **Paragraphe 2 : Les positions qui confortent le législateur de l'OHADA dans sa démarche**

Elles sont de deux ordres : d'une part les positions doctrinales (A) et d'autre part les positions jurisprudentielles (B).

### **A- Les positions doctrinales**

Il convient de noter d'entrée, la doctrine elle-même est fortement divisée en ce qui concerne la question relative à la nature civile ou commerciale du mandat de l'intermédiaire de commerce.

Le législateur OHADA s'est donc sans doute largement inspiré des travaux de la partie qui revendique la qualification commerciale de l'agent commercial.

Ainsi Selon Jean-Bernard BLAISE<sup>182</sup>, la solution adoptée par la Cour de cassation est pour le moins surprenante. Les textes ne s'opposent pas à ce que l'agent ait la qualité de

---

<sup>180</sup> HOUTCIEFF (D.), op. cit., p. 206.

<sup>181</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mars 2003, Bull. civ. III, n°66.

<sup>182</sup> BLAISE (J.-B.), Droit des affaires, LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, Paris 2009, p. 583.

commerçant. L'article L.110-1 du Code de commerce répute activité commerciale l'entreprise d'agence ou de bureau d'affaires. Ces termes sont suffisamment larges pour accueillir l'activité de l'agent. Il est d'ailleurs symptomatique que la loi et l'usage le qualifient d'agent commercial.

Il poursuit en complétant qu'en réalité, l'agent n'est pas un pur mandataire, qui ne ferait que représenter son mandant ; il dispose d'une réelle autonomie dans la recherche des clients et dans le choix d'une politique commerciale. Enfin l'on doit remarquer que les commissionnaires et les courtiers sont des commerçants. L'on ne voit pas pourquoi cette qualité ne serait pas reconnue à l'ensemble des intermédiaires de commerce.

D'après Daniel MAINGUY, qualifier l'agent commercial de mandataire civil est une solution contestable dans la mesure où ce professionnel exerce une activité d'entremise exactement comme le courtier ou le commissionnaire et que la recodification du code de commerce a d'ailleurs intégré la loi de 1991 en son sein, parmi les contrats commerciaux<sup>183</sup>.

Quant à RIPERT et ROBLOT la qualification de commerçant s'impose principalement parce qu'un intermédiaire aussi étroitement associé professionnellement à la vie des affaires que l'agent commercial et qui dispose souvent de salariés ou de sous-agents doit être considéré comme un commerçant<sup>184</sup>.

"L'agent commercial n'a pas la qualité de commerçant<sup>185</sup>": cette solution, pense Yves GUYON, se fonde sur le fait que l'agent n'aurait pas d'activité commerciale parce qu'il ne serait que le mandataire de son client. Elle est regrettable écrit-il. Certes la théorie de la représentation implique que les actes de commerce conclus par le représentant produisent leurs effets à l'égard du seul représenté. Mais, l'agent commercial est un professionnel de la représentation, assimilable à un courtier ou à un commissionnaire. Or ces dernières professions ont un caractère commercial (art L.110-1 C.com français). Rien ne justifie que l'agence qui est aussi une activité d'intermédiaire, n'ait pas un caractère commercial<sup>186</sup>.

J.-J. HANINE reprenant la position du doyen HEMARD, conforte la vision des choses en basant la nécessaire qualité de commerçant de l'agent, du fait que ce dernier exerce une activité

---

<sup>183</sup> MAINGUY (D) op.cit. p. 596.

<sup>184</sup> RIPERT / ROBLOT, avec CATONI (J.), qui préconisait de retenir le critère d'entreprise pour déterminer si un agent devait ou non un commerçant : "Serait considéré comme commerçant l'agent commercial qui serait à la tête d'une entreprise de représentation organisée possédant du personnel et des bureaux" Cité par MEGNIN S. P. 45.

<sup>185</sup> Com. 25 juin 2002 : D., 2002, 2529, note E. Chevrier, cité par GUYON p.877.

<sup>186</sup> GUYON (Y.), op. cit. p.877.

d'intermédiaire à titre de profession indépendante, et qu'il peut également effectuer des opérations commerciales pour son propre compte<sup>187</sup>.

Enfin, d'après CHARIE l'agent est un intermédiaire comme le commissionnaire et le courtier, eux-mêmes commerçants du fait qu'ils agissent de façon professionnelle et indépendante. Et l'objection que l'agent ne passe aucun acte pour son compte ne peut être retenue, puisque telle est la situation du courtier, car ce dernier aussi ne conclut pas d'actes pour son compte et entre également dans la catégorie du louage d'ouvrage<sup>188</sup>. Au contraire l'agent commercial négocie les affaires et intervient de manière beaucoup plus active et permanente que le courtier, qui se contente de mettre en rapport les parties pour une opération. Il est donc particulièrement surprenant, en considération de ces différents aspects concernant le courtier et l'agent commercial, que le premier soit commerçant, mais non le second<sup>189</sup>.

Outre les positions doctrinales, il est biens de positions législatives qui ont inspiré le législateur OHADA.

## **B- Les positions législatives**

A l'instar de plusieurs autres législateurs, la position du législateur OHADA a été fortement inspirée par le droit allemand en la matière.

Notons que l'agent commercial a toujours été qualifié de commerçant et son statut est fixé dans le code de Commerce allemand, qui repose sur une conception purement subjective, ses dispositions se rattachant à l'état de commerçant. Le droit commercial se définissant comme étant " le droit des commerçants"<sup>190</sup>.

En effet, le Code de commerce allemand a toujours eu une vision très large de la qualité de commerçant, qui était attribuée *de jure* à un certain nombre de professionnels du fait même de leur

---

<sup>187</sup> En ce sens, F. GENG : "La commercialité leur permettrait [...] d'être doté du même statut que celui octroyé dans les autres pays de la communauté, à l'exception de l'Italie" Cité par MEGNIN (S.) op. cit. P. 44.

<sup>188</sup> HUET (J.), Les principaux contrats spéciaux, Paris, 1996, n°31134.

<sup>189</sup> Comp. La position soutenue à l'assemblée nationale de J.-P. Charié : "La qualification de civiliste que retient le droit français, fondée sur la nature civile du mandat, ne correspond plus guère aux traits fondamentaux de l'agent commercial. Reconnaître la commercialité de l'agent aboutirait à un système plus cohérent et plus équilibré. (...) Du point de vue économique, elle permettrait d'aligner le statut des agents sur celui des autres intermédiaires du commerce, c'est-à-dire de tous les commerçants" (Ass. Nat., rapport J-P Bouquet, n°2026, séance du 23 mai 1991 : JO, débat Ass. Nat., 2233, 2236), Cité par MEGNIN S. op. cit. P. 45.

<sup>190</sup> HOFMANN, Handelsrecht, 10. Aufl., 2000, (Einführung), 1, Cité par MEGNIN S., op. cit., p. 47.

activité<sup>191</sup>. Ainsi notons que l'appréciation de la notion de commerçant en droit allemand passait par l'observation de l'activité poursuivie (*betriebenes Gewerbe*) et la taille de l'entreprise. Si l'activité professionnelle d'une personne était une activité commerciale telle que fixée dans le catalogue du Paragraphe 1, II ancien Code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch*, ci-après "HGB") celle-ci devenait commerçant. Si la dimension de l'activité était peu importante, selon la description du Paragraphe 4 ancien HGB et ne correspondait pas à celle d'une exploitation commerciale, notamment par la taille de l'entreprise, son mode d'organisation et son chiffre d'affaires, l'exploitant restait certes commerçant mais la catégorie du *Minderkaufmann* ("Petit commerçant", pour lequel certaines règles du code du commerce ne lui étaient pas appliquées, Paragraphe 4, I ancien HGB<sup>192</sup>), et non du *Vollkaufmann* ("commerçant à part entière", qui par opposition est lui soumis à l'ensemble des règles du droit commercial). Toutefois, le principe restait celui de l'égalité de traitement entre ces deux formes de commerçant<sup>193</sup>.

Ainsi donc nous pouvons retenir qu'en droit allemand, l'agence commerciale correspond dans la majorité des cas à la notion d'entreprise commerciale posée par les nouveaux textes. Même si l'agent commercial peut faire tomber cette présomption s'il démontre que la taille de son exploitation commerciale est insuffisante pour remplir les conditions du Paragraphe 1, I HGB<sup>194</sup>, ce qui le maintiendrait en dehors du champ d'application du droit commercial.

Au terme du présent chapitre, il est à saluer la volonté réformatrice du législateur OHADA même s'il n'est pas aller aussi loin qu'on aurait souhaité puisqu'il demeure encore un déséquilibre dans la protection de l'intermédiaire de commerce en fin d'activité.

---

<sup>191</sup> Pour ces commerçants, l'inscription au registre du commerce ne possédait qu'un effet déclaratoire : K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, § 10 IV, 304 et s., Cité par par MEGNIN S. p. 49.

<sup>192</sup> § 4, I anc. HGB : "*Les dispositions relatives au nom commercial, aux livres de commerce et à la procuration commerciale ne s'appliquent pas aux personnes exerçant une activité professionnelle dont la nature ou l'étendue ne nécessitent pas une installation de type commerciale*".

<sup>193</sup> Pour la jurisprudence, la délimitation entre ces deux formes de commerçants se basait sur l'examen général de toutes les circonstances importantes de cas d'espèce. Concernant l'agent commercial, différentes décisions témoignent de l'affinement des critères pris en compte : à titre d'illustration, nous pouvons citer une décision de l'AG Hamburg, 8. 8 1952, (HVR 1952, Nr. 1), qui s'appuyait alors exclusivement sur le chiffre d'affaires réalisé par l'agent, et qui avait décidé que le montant annuel brut des commissions de l'agent devrait atteindre 7000 DM pour ne plus être qualifié de petite entreprise. Par la suite, les juridictions y ont ajouté d'autres critères à prendre en considération, comme par ex. le nombre d'entrepreneurs représentés et le nombre de clients prospectés (LG Rottweil, 17. 3. 1975, HVR 1975, Nr 490), Cité par MEGNIN S. op. cit. p. 48.

<sup>194</sup> V. sur le fondement de cette faculté RegE HGB, BT-Drucks. 13/8444, 47, publié in : ZIP 1997, 942, 99. Cité par MEGNIN (S) p. 50.

## **CHAPITRE 2 : UNE PROTECTION EN FIN D'ACTIVITE RENFORCEE**

Comme toute relation contractuelle, l'activité d'intermédiaire de commerce peut prendre fin à tout moment, d'où la fragilité de sa situation notamment celle de sa situation patrimoniale lorsque la relation qui le lie à son mandant vient à être rompue ou arrive à échéance.

L'activité de l'intermédiaire cesse par des causes diverses, les unes étant conforme au droit commun, les autres lui étant spéciales (**Section 1**). Pour protéger l'intermédiaire de commerce en fin d'activité contre toute précarité, le législateur a-t-il aménagé au profit de l'agent commercial un régime spécial à l'exclusion du commissionnaire et du courtier (**Section 2**).

### **Section 1 : La cessation d'activité**

Aux termes des dispositions de l'article 188 alinéa 1 de l'AUDCG : « Le mandat de l'intermédiaire cesse :

- par l'accord entre le représenté et l'intermédiaire ;
- par l'exécution complète de l'opération ou des opérations pour lesquelles le pouvoir a été conféré ;
- par la révocation à l'initiative du représenté ;
- par la renonciation de l'intermédiaire ».

Si les cas de cessation de l'activité de l'intermédiaire de commerce par accord des parties et par l'exécution complète de l'opération ou des opérations pour lesquelles le pouvoir a été conféré semblent ne poser aucun problème d'ordre pratique, il en est autrement dans les autres cas. C'est pourquoi dans la présente section nous allons nous appesantir sur d'une part, les causes d'extinction liées à la volonté de l'une des parties (**Paragraphe 1**) et d'autre part les causes liées à l'effet d'un événement survenant à l'une des parties (**Paragraphe 2**).

#### **Paragraphe 1 : Les causes liées à la volonté de l'une parties**

La cessation de l'activité de l'intermédiaire peut prendre la forme d'une renonciation lorsqu'elle est le fait du mandataire (A) et celle d'une révocation lorsqu'elle émane du mandant (B).

## **A- La cessation à l'initiative du mandataire : la renonciation**

L'intermédiaire de commerce peut renoncer à son mandat en notifiant sa renonciation à son mandant par n'importe quel moyen ; c'est l'article 2007, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil qui le prévoit ce principe de base. Cela se justifie par l'idée qu'il serait certainement dangereux pour le mandant lui-même de maintenir le mandataire dans les liens du mandat contre son gré<sup>195</sup>.

Si l'intermédiaire peut toujours se dégager, sa renonciation ne le libère pas automatiquement de toute obligation. En effet, si le mandant éprouve quelque préjudice causé par cet acte, l'intermédiaire devra l'indemniser. C'est le sens de l'alinéa 3 de l'article 188 de l'AUDCG : « L'intermédiaire qui renonce de manière abusive à l'exécution de son mandat doit indemniser le représenté des dommages causés ».

Cependant, l'intermédiaire est quitte de toute indemnité alors même que sa renonciation causerait quelque dommage au mandant, s'il se trouvait « dans l'impossibilité de continuer le mandat sans éprouver lui-même un préjudice considérable »<sup>196</sup>. C'est dire qu'il n'est pas demandé à l'intermédiaire de commerce d'être un héros et de sacrifier ses intérêts au profit du mandant. La preuve de cette circonstance incombant à l'intermédiaire de commerce<sup>197</sup>.

L'activité de l'intermédiaire de commerce peut prendre fin par la volonté du mandant.

## **B- La cessation à l'initiative du mandant : la révocation**

Il convient de rappeler que la confiance caractérise fortement le contrat de mandat.

C'est pourquoi aux termes de l'article 2004 du Code civil, « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ». Tel est le principe de la libre révocabilité du mandat par le mandant : la révocation « *ad nutum* »<sup>198</sup>, c'est-à-dire de façon discrétionnaire sans que le mandant ait à justifier d'un quelconque motif.

Il y va de même pour le mandat de l'intermédiaire de commerce. Le principe repose sur l'idée que le mandat, conclu dans l'intérêt exclusif du mandant doit pouvoir constamment se nourrir de la confiance qu'a placée le mandant en son mandataire<sup>199</sup>. C'est dire que si cette

---

<sup>195</sup> LE TOURNEAU (Ph.), op. cit., p. 57.

<sup>196</sup> C. civ., Art 2007 in fine.

<sup>197</sup> Cass. com. 23 nov. 1960, Bull. Civ. III, n° 375.

<sup>198</sup> Littéralement : sur un signe de tête.

<sup>199</sup> LECLERC (F.), op. cit. p. 430.

confiance vient à disparaître, le mandant doit pouvoir à tout moment mettre unilatéralement fin au contrat sans engager sa responsabilité, peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée.

Notons cependant que cette liberté de révocation de l'intermédiaire de commerce n'est pas absolue d'autant plus qu'elle ne doit s'effectuer sur invocation d'une faute inexistante ou dans des conditions vexatoires sous peine d'ouvrir droit à des dommages-intérêts au profit du mandataire<sup>200</sup>.

Aussi, le caractère supplétif de l'article 2004 du Code civil permet-il aux parties d'écarter ce principe par une clause d'irrévocabilité<sup>201</sup>. De façon moins radicale, le contrat peut, plus simplement, stipuler que le mandat ne sera pas révocable *ad nutum*.

Un tempérament a été apporté à cette exception : la clause d'irrévocabilité ne prive pas d'effet la révocation du mandat par le mandant. Simplement elle répute fautive une telle révocation en sorte que l'intermédiaire de commerce sera alors créancier d'une indemnité à moins que le mandant ne parvienne à démontrer que la révocation était motivée par une faute de l'intermédiaire de commerce : celui-ci ne pourra pas, alors, réclamer une quelconque indemnité du fait de la rupture anticipée du mandat<sup>202</sup>. C'est également le sens des dispositions de l'article 188 de l'AUDCG « *Le représenté qui révoque de manière abusive le mandat confié à l'intermédiaire doit l'indemniser des dommages causés* ».

En dehors de l'exception d'origine contractuelle sus exposée qu'est la clause d'irrévocabilité, il existe une autre exception d'origine jurisprudentielle au principe de la révocabilité *ad nutum* de l'intermédiaire de commerce : le mandat d'intérêt commun. Cette notion fera l'objet d'un ample développement dans la deuxième section du présent chapitre.

## **Paragraphe 2 : Les causes tenant à un évènement survenant à l'une des parties**

Aux termes des dispositions de l'article 189 de l'AUDCG, le mandat de l'intermédiaire cesse également en cas de décès **(A)** ou dans les cas prévus par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, que ces évènements concernent le représenté ou l'intermédiaire **(B)**.

---

<sup>200</sup> MAINGUY (D.), op. cit., p. 584.

<sup>201</sup> PERROT (R.), *Le mandat irrévocable*, Trav. Ass. Cap., t. X, 1956, p. 446 ; STOUFFLET, « *Le mandat irrévocable, instrument de crédit* », Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, P. 477, cité par MAINGUY (D.), op. cit., p. 585.

<sup>202</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, CCC 2001, n° 103, obs. L. Leveneur.

## **A- Le décès du mandant ou de l'intermédiaire de commerce**

Le mandat de l'intermédiaire cesse avec sa mort ou celle de son mandant. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 189 de l'AUDCG et de l'article 2003 du Code civil français. Précisons que le terme décès doit être pris ici en son vrai sens et doit pouvoir s'appliquer tant à la personne physique qu'à la personne morale.

S'agissant du décès du mandant comme cause de cessation du mandat, il faut dire que le droit commun (français), contrairement au caractère péremptoire de l'article 189 de l'AUDCG, admet des dérogations conventionnelles.

En effet, le mandat survit au décès du mandant dans les cas suivants :

- Lorsqu'il apparaît que telle a été sa volonté<sup>203</sup> ;
- Quand le mandat est la condition, la suite ou le mode d'exécution d'un contrat synallagmatique<sup>204</sup> ;
- Lorsque le mandataire est une personne que le mandant, créancier, a indiquée pour recevoir le paiement, conformément à l'article 1239 du Code civil ...

Il faut dire qu'à côté de ses dérogations conventionnelles, le Code de commerce français a prévu une exception à l'article L. 511-13 (anc. Code com., art. 122, al. 3) qui prévoit que le décès du mandant n'entraîne pas la révocation du mandat de recouvrement d'une lettre de change.

Précisons que les actes accomplis par l'intermédiaire de commerce dans l'ignorance du décès du mandant sont valables et engagent ses héritiers dans les conditions où le mandataire engageait son mandant<sup>205</sup>.

Aussi, quoique le décès du mandant lui soit connu, le mandataire est tenu d'achever la chose commencée s'il y a péril en la demeure<sup>206</sup>. Cette règle s'applique à tous les mandats dès qu'il y a urgence<sup>207</sup>.

En ce qui concerne le décès du mandataire, il faut remarquer que lorsqu'il est un professionnel tel que l'est l'intermédiaire de commerce la jurisprudence admet la validité d'une clause du contrat autorisant les héritiers à présenter un successeur<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> Cass. Crim. 12 oct. 1995, D. 1995, IR 263, RJDA 1996, n° 57 : détournement au préjudice de la succession du mandant décédé.

<sup>204</sup> Cass. Com. 28 avr. 1952, Bull. civ. II, n° 169.

<sup>205</sup> CA Paris, 12 déc. 1967, D. 1968.269.

<sup>206</sup> CA Paris, 6 fév. 1943, Gaz. Pal. 1943. 1. 277.

<sup>207</sup> CA Lyon, 28 mars 1895, DP. 96.2.347.

<sup>208</sup> Cass. Com. 22 mai 1967, JCP 1968. II. 15389, 2° esp. Note P.L.

Si les hypothèses sus exposées concernent les mandants et mandataires qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales qu'en sera lorsqu'il s'agira seulement de personnes morales.

### **B- Ouverture d'une procédure collective**

La cessation des paiements prononcée à l'encontre du mandant ou du mandataire entraîne normalement la fin du contrat de l'intermédiaire de commerce et corrélativement la disparition des pouvoirs du mandataire ou du mandant.

Mais il faut remarquer que l'article 107 de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif dispose que « *la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas cause de résolution des contrats hormis les contrats conclus en considération de la personne* ».

Rappelons que plus haut nous avons fait observer que le caractère intuitu personae du contrat d'intermédiaire n'a pas été totalement établi.

Ainsi il appartiendra au juge, lorsque les parties n'ont rien dit de statuer sur l'existence ou plutôt sur le caractère déterminant de l'intuitu personae avant de se prononcer sur la cessation ou la continuation<sup>209</sup>.

Dans tous les cas le droit contemporain des entreprises en difficulté permet au nom de l'objectif de sauvetage de l'entreprise, la perpétuation du mandat, nonobstant l'intuitu personae caractérisant ce contrat<sup>210</sup>.

Soit que l'administrateur décide de la continuation du contrat en cours, que le contrat d'intermédiaire se voit transmis dans le contexte d'un plan de cession de l'entreprise à un repreneur<sup>211</sup>.

En effet, le droit français la continuation est la règle même pour les contrats conclus intuitu personae<sup>212</sup>. Ainsi, l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> SANTOS (A.-P.) et TOE (J.-Y.), OHADA, op. cit. 267.

<sup>210</sup> LECLERC (F.), op. cit., p. 436.

<sup>211</sup> Idem.

<sup>212</sup> Art. 37 de la loi du 25 janvier 1985- Art. L.621-28 N.CCom-, modifié par la loi n°94-475 du 10 juin 1994 ; Cass.com. 8 décembre 1987, Bull. civ. IV, n° 266, Dalloz 1988-52, note F. Derrida.

<sup>213</sup> SAWADOGO (F. M.), commentaire de l'article 107 in AU.OPCAP, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4<sup>ème</sup>, 2012.

Après avoir cerné les différentes situations pouvant entraîner la cessation de l'activité de l'intermédiaire de commerce, il convient à présent de voir le sort qui lui est réservé à la fin de cette activité.

## **Section 2 : Un régime de protection aménagé**

Aux termes des dispositions de l'article 217 de l'AUDCG, « *Le contrat entre l'agent commercial et son mandant est conclu dans l'intérêt commun des parties* ».

C'est fort de ce principe qu'il a été édicté à l'article 229 de l'AUDCG qu' « *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice, sans préjudice d'éventuels dommages-intérêts* ».

Il faut noter que c'est la jurisprudence, confortée par la doctrine<sup>214</sup> qui a développé la théorie du mandat d'intérêt commun dès la fin du XIX<sup>e</sup>. Et des trois types d'intermédiaire de commerce, le législateur français avait déjà avant le législateur OHADA consacré la théorie du mandat d'intérêt commun pour l'agence commerciale à travers le Décret du 23 décembre 1958 et la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre agents commerciaux et leurs mandants.

Quant au commissionnaire et au courtier, il faut dire qu'aucune mesure particulière de protection n'a été prévue à leur profit par le législateur. Ce qui peut paraître surprenant eu égard à certaines considérations.

C'est pourquoi nous traiterons successivement de l'intérêt commun comme fondement de la protection de l'agent commercial (**Paragraphe 1**) et de l'exclusion du commissionnaire et du courtier du régime de protection (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1: L'intérêt commun : fondement de ladite protection**

L'agent commercial bénéficie en fin de contrat d'une protection spéciale en vertu de sa qualification de mandat d'intérêt commun.

Cette protection qui obéit à des règles bien précises lui est due tant en cas de révocation *ad nutum* qu'en cas de dénouement normal de son contrat.

---

<sup>214</sup> Hassler (T.), L'intérêt commun », RTD com. 1984.581.

Le fondement de ce régime protecteur trouve sa source dans une ancienne construction civiliste : le mandat d'intérêt commun (A). Mais la récupération par le droit commercial de cette notion ne manque pas de critique (B).

### **A- La théorie du mandat d'intérêt commun : une construction prétorienne civiliste**

Remarquons avant tout que la faculté de révoquer ad nutum, qui s'explique parfaitement lorsque le mandat est assuré à titre amical, ne se justifie pas lorsque le mandat est assuré à titre professionnel.

On retiendra des faits ayant conduit à reconnaître pour la première fois la notion de mandat d'intérêt commun<sup>215</sup> qu'avait été conclu entre deux associés, un mandat destiné à permettre la réalisation d'une œuvre commune, en l'espèce la concession d'un câble télégraphique transatlantique. Le mandant et le mandataire ayant tous intérêt à la conclusion de l'acte juridique objet du mandat, la qualification de mandat d'intérêt commun invoquée par le mandataire pour justifier l'inapplication des dispositions de l'article 2004 du Code civil fut accueillie par la Chambre des requêtes<sup>216</sup>.

C'est dire donc que si la possibilité d'écarter contractuellement les dispositions supplétives de l'article 2004 du Code civil et de convenir d'une indemnisation du mandataire en cas de révocation unilatérale fut, dès 1857, confirmée par la Chambre des requêtes, ce n'est cependant qu'en 1873 qu'un principe légal d'irrévocabilité du mandat fut consacré en jurisprudence.

Alors, pour assurer, malgré l'article 2004 du Code civil, la protection du mandataire, le juge a relevé l'existence d'un intérêt commun aux mandants et mandataires<sup>217</sup>.

L'intérêt commun caractérisé par la convergence durable des intérêts du mandant et du mandataire justifierait la protection du mandataire<sup>218</sup>. Convergence parce que dans le contrat de mandat en vue de la diffusion, chaque opération profite aux deux parties ; à la différence du

---

<sup>215</sup> GHESTIN (J.), Le mandat d'intérêt commun, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, GNL Joly et Litec, 1991, p. 105 s., cité par GRIGNON (P.) op. cit., p. 192.

<sup>216</sup> Cass. Req. 6 janv. 1873, D.P. 1873, 1, p. 116.

<sup>217</sup> J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in Mélanges Derrupé, Litec, 1991, p. 105.-Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 127, cité par FERRIER (D.), op. cit. p. 81.

<sup>218</sup> Hassler (T.), L'intérêt commun : RTD com. 1984, p. 581, cité par FERRIER (D.), op. cit. p. 82.

mandat traditionnel où le mandataire intervient de manière altruiste dans le seul intérêt du mandant. Durable parce que les opérations sont appelées à se répéter ; à la différence du mandat où le mandataire intervient en principe de manière ponctuelle pour le mandat<sup>219</sup>.

L' « intérêt commun » exprime donc ici que le contrat n'est pas conclu dans le seul intérêt du mandant, qu'il y a dégradation de l'altruisme attaché au mandat traditionnel.

C'est ainsi qu'après plusieurs hésitations<sup>220</sup>, la Cour de cassation adoptait finalement par un arrêt du 26 février 1958 le principe que le mandat confié à l'agent commercial était un mandat d'intérêt commun : sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui avait estimé que le contrat de mandat commercial présentait *une nature spécial*<sup>221</sup>, la chambre commerciale considérait que *"l'arrêt déféré a déclaré à bon droit que le contrat liant les parties, ayant le caractère d'un mandat d'intérêt commun, ne pouvait être résilié sans motif légitime"*<sup>222</sup>. C'est cette présomption qui fut par la suite, reprise par le Décret du 23 Octobre 1958 et n'a pas été modifiée par la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre agents commerciaux et leurs mandants.

Il a été donc posé que le mandat est conclu dans l'intérêt commun des parties lorsqu' « *il y a intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle* »<sup>223</sup>, c'est-à-dire lorsque le profit du mandataire et celui du mandant se trouvent liés par l'accroissement de la clientèle, peu importe que seul le mandant ait un droit sur la clientèle<sup>224</sup>. C'est pourquoi il est apparu anormal que l'agent commercial, après avoir rallié une clientèle aux produits ou services du mandant puisse être aussi brutalement écarté<sup>225</sup>.

Cependant, la transposition de cette théorie civiliste en droit commercial ne s'est pas faite sans critique

---

<sup>219</sup> Cass. Com., 20 février 2007 : contrats, conc. Consom. 2007, L. Leveneur.

<sup>220</sup> VIDAL (J.), note sous Cass. Com. 17 et 26 février 1958, D. 1958, J. p. 544, cité par GRIGNON (P.), op. cit. p. 193.

<sup>221</sup> Paris 31 janvier 1953, D.P. 1953, 1953 J. p. 617 ; Gaz. Pal. 1953, 1. P. 277. Sur une critique, cf. R. BOULBES, la révocabilité du mandat d'intérêt commun donné au représentant de commerce, J.C.P. 1957, éd. G., I. 1957, n°17. La cour d'Appel de Paris abandonna sa jurisprudence par un Arrêt du 22 octobre 1955 (J.C.P. 1956, éd. G. II. 9101 note Turlan), cité par GRIGNON (P.), op. cit., p. 193.

<sup>222</sup> Cass. Com. 26 février 1958, D. 1958, J. p. 544.

<sup>223</sup> Cass. Civ., 13 mai 1885 : DP 1885, I, p. 350 ; S. 1887, I, p. 220.

<sup>224</sup> Cass. Com., 2 juill. 1979 : Bull. civ. IV, n° 222.

<sup>225</sup> FERRIER (D.), Droit de la distribution, Litec, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, p. 81.

## **B- La récupération de la théorie du mandat d'intérêt commun**

Comme nous l'avons précisé plus haut, la notion de mandat d'intérêt commun est d'origine civiliste. Sa récupération par le droit commercial et ensuite par le législateur OHADA, ne s'est pas faite sans critiques. Lesquelles peuvent se situer à un double niveau :

-*Primo*, rappelons qu'au terme des dispositions de l'article 217 de l'AUDCG « Le contrat entre l'agent commercial et son mandant est conclu dans l'intérêt commun des parties ». C'est dire donc que l'agent commercial n'a pas à rapporter la preuve que les conditions du mandat d'intérêt commun sont réunies.

Or, il est de jurisprudence constante que l'existence d'un mandat d'intérêt commun doit être démontrée par la personne qui se prévaut de cette qualification<sup>226</sup>, la pertinence des moyens de preuve invoqués étant, ensuite laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>227</sup>.

Pour ne s'être pas conformer à cette jurisprudence, le législateur semble avoir qualifié de plein droit de mandat d'intérêt commun, le mandat de l'agent commercial. Laquelle qualification n'a été que dans le seul intérêt du mandataire puisque désormais dispensé de preuve.

-*Secundo*, notons qu'à l'origine, la notion d'intérêt commun au mandant et au mandataire reposait sur l'intérêt qu'ils avaient tous deux dans l'opération juridique que le mandataire était chargé de négocier ou de conclure au nom et pour le compte du mandant<sup>228</sup>. Le mandataire est personnellement intéressé à la réalisation de l'acte à accomplir par le mandat.

Malheureusement, l'extension au mandat de l'agent commercial, de cette théorie civiliste s'est réalisée au mépris du critère adopté en jurisprudence pour qualifier un mandat d'intérêt commun. Ainsi au lieu de l'intérêt du mandataire à la conclusion de l'acte juridique qu'il passait pour le compte du mandant<sup>229</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation française lui substitua, lorsqu'un travail de prospection d'une clientèle était confié au mandataire, le critère d'un intérêt réciproque des parties à l'exécution de l'objet du contrat, en l'occurrence celui de *"l'essor*

---

<sup>226</sup> GRUNBERG (H.), L'intérêt commun dans les contrats de distribution, thèse dactyl., Rennes 1983 p. 194, cité par GRIGNON (P.) op. cit., p. 190 ; HEMARD (J.), obs. sur Aix en Provence 31 Octobre 1963, J.C.P. 1964, éd. G., II. 13647 ; LAMBERT (J.), note sous Cass. Com. 8 octobre 1969, D. 1970, II. P 143 ; Cass. Com. 20 janvier 1971, Bull. IV. n°20, p. 19.

<sup>227</sup> Cass. Civ. 11 février 1891, D.P. 1891, I. P.191 ; Cass. Rep. 1<sup>er</sup> mai 1907, D. 1907, I. P. 435.

<sup>228</sup> Cass. Req. 6 janv. 1873, D.P. 1873, I, p. 116.

<sup>229</sup> Cass. Civ. 13 mai 1885, Bull. IV. n°212 p. 158.

*d'une entreprise par la création et le développement d'une clientèle nés de l'effort commun de deux partenaires*<sup>230</sup>.

C'est donc l'adoption de ce nouveau critère qui a conduit à poser le principe que l'intérêt que l'agent commercial retire du mandat ne réside plus dans l'opération juridique qu'il est chargé de conclure mais dans l'existence même du mandat et de la poursuite de la représentation<sup>231</sup>. Le Doyen Hémard disait à cet effet que cet intérêt résulte, désormais pour l'agent *"du fait que le mandat lui a été conféré et lui est maintenu"*<sup>232</sup>.

Malheureusement, il est à constater que ces principes ne profitent ni au commissionnaire ni au courtier.

## **Paragraphe 2 : L'exclusion du commissionnaire et du courtier du régime de protection**

Le commissionnaire et le courtier n'ont pu obtenir de la part du législateur à l'instar de l'agent commercial, le bénéfice de l'application de la théorie du mandat d'intérêt commun.

Nous procéderions à une analyse des motifs probables de leur exclusion (A) avant d'évoquer la nécessité d'une correction du déséquilibre observé (B).

### **A- Analyse des motifs probables de l'exclusion**

Cette analyse se fera au cas par cas. Mais avant il convient de rappeler le critère retenu par la jurisprudence pour l'application de la théorie du mandat d'intérêt commun : *"l'essor d'une entreprise par la création et le développement d'une clientèle nés de l'effort commun de deux partenaires"*.

S'agissant du courtier, il faut noter que comme nous l'évoquons plus haut, n'est pas un mandataire au vrai sens du terme car il ne conclut pas l'acte juridique que les deux parties rapprochées traitent directement et agit le souvent pour des opérations ponctuelles et isolées.

---

<sup>230</sup> Cass. Com. 2 juill. 1979, Bull. IV, n°222, p. 180; Cass. Com. 17 mai 1989, Bull. IV, n°157, p. 105.

<sup>231</sup> LE TOURNEAU (Ph.), op. cit. p. 55.

<sup>232</sup> HEMARD (J.), obs. sur Aix-en-Provence 31 octobre 1963, cité par GRIGNON (P.), op. cit., p. 194.

On peut donc remarquer aisément que l'activité exercée par le courtier n'implique aucunement l'idée d'un quelconque développement d'une clientèle commune qui elle-même nécessite une certaine permanence, chose absente chez ce dernier.

Alors, cette exclusion du courtier par le législateur du régime de protection fondée sur la théorie du mandat d'intérêt commun pourrait se justifier et s'inscrit dans la droite ligne des solutions retenues en droit français.

En effet, en France, mis au banc d'une reconnaissance législative du droit à une indemnité de fin de contrat, les courtiers ont tenté de faire consacrer par la voie judiciaire le bénéfice d'une indemnisation en cas de cessation du lien contractuel<sup>233</sup>. Cette revendication n'a jamais été accueillie en jurisprudence : relevant que le courtier n'était pas lié par un contrat de louages de services ou par un mandat avec ses cocontractants ; les juridictions ont ainsi refusé aux courtiers l'octroi d'une indemnité de clientèle<sup>234</sup> ou d'une indemnité compensatrice du préjudice subi<sup>235</sup>.

En ce qui concerne le commissionnaire, eu égard à sa définition il ne fait de doute qu'à l'instar de l'agent commercial, sa mission sera de rechercher des clients dans le dessein de prendre les commandes pour les transmettre, dans un second temps, à la Direction de l'entreprise des produits confiés à la représentation<sup>236</sup>.

Ici, l'idée de la création permanente d'une clientèle commune aux deux partenaires semble bien présente. Quel pourrait donc être le motif réel de cette exclusion du commissionnaire du champ d'application de théorie du mandat d'intérêt commun ?

A ce sujet, remarquons qu'en France la revendication des commissionnaires portant octroi d'une indemnité de fin de contrat n'a jamais été satisfaite par le législateur et la jurisprudence au motif que *"les règles spéciales du mandat d'intérêt commun ne s'appliquent qu'à celui qui, à l'égard de la clientèle, agit au nom du commettant, et non en son propre nom"*<sup>237</sup>.

On peut donc en conclure que seul l'exercice d'une représentation commerciale parfaite donne droit au versement de l'indemnité de fin contrat issue de l'application de la théorie de mandat d'intérêt commun.

---

<sup>233</sup> GRIGNON (P.), op. cit., p. 207.

<sup>234</sup> Cons. Prud'h. Seine, sect. Com. 16 novembre 1938, Gaz. Prud'h. trib. Com., décembre 1938, p. 358.

<sup>235</sup> Cass. Com. 13 octobre 1959, J.C.P. 1960, éd. G., II. 11509 note M.T. ; Paris 24 juin 1963, RTD com. 1964, p. 604. n°12 obs.. J. Hémard ; Rennes 9 juillet 1974, J.C.P. 1975, éd. G., II 17990 obs. R. PLAISANT.

<sup>236</sup> GRIGNON (P.), op. cit., p. 208.

<sup>237</sup> Cass. Com. 10 février 1970, D. 1970, II. P. 392 ; Rennes 9 juillet 1974, J.C.P. 1975, éd. G., II. 17990, note R. PLAISANT.

En définitive, si l'exclusion du courtier du régime protection semble justifiée, celle du commissionnaire semble sévère, d'où la nécessité d'une correction du déséquilibre observé entre ce dernier et l'agent commercial.

## **B- Nécessité d'une correction du déséquilibre**

Il s'agira ici du déséquilibre entre l'agent commercial et le commissionnaire, entendu que l'exclusion du courtier du régime de protection ne pose pas de problème.

Alors, la nécessité du rétablissement d'un certain équilibre entre ces deux professionnels se fonde à notre avis sur trois raisons fondamentales.

**La première :** remarquons qu'en dépit de son refus régulier d'appliquer la théorie du mandat d'intérêt commun au commissionnaire, la Cour de cassation a approuvé un arrêt de la Cour d'Appel de Paris ayant accueilli favorablement la demande de paiement de dommages et intérêts pour rupture brutale et injustifiée du contrat au profit d'un diffuseur de presse qui n'était rien d'autre qu'un commissionnaire<sup>238</sup>.

La Cour s'est fondé sur le constat "*qu'après la résiliation du contrat, le fonds de commerce avait subi, du fait de la perte de la vente des journaux, une diminution de valeur*" démontrant que le diffuseur avait "*un intérêt à la diffusion des journaux que lui livrait la société, c'est-à-dire l'exécution de l'objet du contrat*".

C'est dire que même si cette unique décision de la Cour de cassation n'est pas celle consacrée par le législateur français et ensuite le législateur OHADA, il apparaît tout au moins que la réclamation d'une correction du déséquilibre entre l'agent commercial et le commissionnaire en termes de protection, ne manque pas de justesse.

**La deuxième :** Celle-ci tient en ce que d'autres législations notamment la législation allemande a reconnu l'applicabilité certaines règles de protection au commissionnaire même si c'est dans des cas restreints.

C'est le cas notamment des règles des Paragraphe 89 et Paragraphe 89a HGB en cas de rupture du contrat le liant à son commettant<sup>239</sup>, mais également des dispositions du Paragraphe 89b HGB concernant le droit à une indemnité de clientèle, dans le cas où le commissionnaire doit à son

---

<sup>238</sup> Cass. Com. 2 mars 1993, D. 1994, II. p. 48, note AUBERT-MONPEYSSEN (Th); GHESTIN (J.), Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime de mandat d'intérêt commun?, D. 1994, Chron. P.73 et s. ; contrats, conc. Consom. 1993, n°106, cité par GRIGNON (P.), op. cit., p. 209.

<sup>239</sup> RG 1969, 365 ; RG, HRR 1934, 1298.

commettant légalement (selon le Paragraphe 384 II HGB) l'abandon à la fin du contrat de la clientèle habituelle, et qui entraîne alors pour lui une protection particulière que lui offre cette indemnité de rupture<sup>240</sup>.

**La troisième :** cette dernière raison se fonde sur le fait que l'agent commercial qui est désormais un commerçant au même titre que le commissionnaire a vu maintenir à son profit ce régime de protection fondé sur l'intérêt commun.

Il faut en effet souligner que l'aménagement de cette protection au profit de l'agent commercial, trouvait son fondement quelque part aussi dans l'infériorité économique supposée de ce dernier par rapport à son mandant, parce que considéré à l'époque comme un mandataire civil.

Alors, pour avoir maintenu cette mesure au profit de l'agent commercial en dépit de son nouveau statut de commerçant, il sied donc que cela soit étendu au commissionnaire qui est également un commerçant donc économiquement indépendant.

---

<sup>240</sup> BGH, HVR 1958 Nr 186 ; comp. BGH, 1. 6. 1964, NJW 1964, 1952, 1953, cité par MEGNIN (S.), op. cit. p. 97.

## CONCLUSION GENERALE

Au terme de la présente étude, nous pouvons retenir que le législateur OHADA, dans son œuvre de construction du droit de l'intermédiaire de commerce, s'est largement inspiré de droit français même si ce recours n'est pas total. Le législateur OHADA dans sa démarche, a fait montre d'une ingéniosité tant à travers les options faites qu'aux diverses innovations apportées.

Le choix du mandat par le législateur pour contenir l'opération d'intermédiaire de commerce tel que défini à l'article 169 de l'AUDCG, semble bien justifié eu égard au critère de base, celui du mécanisme triangulaire : le mandant, le mandataire et le tiers.

Cependant, après avoir réalisé l'illusoire unité de contenu de la notion d'intermédiaire de commerce, qui au vrai, est transparente car elle n'a pas en soi une existence juridique propre, mais est incarnée par le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial, il apparaît très évident que ce choix est loin d'être judicieux.

Cela s'explique puisque l'agent commercial reste le seul mandataire au vrai sens du terme.

Mais mu par un souci d'unification du statut de ces trois types d'intermédiaire, le législateur OHADA a dû s'appuyer sur la doctrine pour arriver.

En effet, à l'occasion de la controverse relative à la question de savoir si la représentation est de l'essence du mandat, sont nées les théories de mandat parfait, mandat imparfait, mandat sans représentation.

Si la référence à la théorie du mandat imparfait justifie l'application des règles du mandat au commissionnaire, il en est autrement pour le courtier au sujet duquel l'unanimité semble être faite quant à son exclusion de la soumission auxdites règles.

Le législateur OHADA a eu donc le mérite d'innover en réunissant sous un même statut celui de l'intermédiaire de commerce, trois types de professionnels qui autrefois faisaient objet de traitements séparés.

En droit OHADA, l'intermédiaire de commerce est désormais un commerçant, même si cette sécrétion du législateur se trouve en parfaite contradiction avec une jurisprudence constante<sup>241</sup> en ce qui concerne le statut de l'agent commercial.

Il faut noter que cette démarche législative a été une fois encore fortement confortée par une doctrine très dominante en la matière. En effet pour biens d'auteurs, il n'est pas concevable

---

<sup>241</sup> Cass. Com., 29 octobre 1979, Bull. civ. IV, n°266 ; D. 1980, 69 ; JCP, éd. G 1981, II, 19591, note J. Vincens ; GAZ. PAL. 1980, 1, 87, note Dupichot ; RTD com. 1980, 814, obs. J. Hémar : "Le mandat d'agent commercial a par lui-même un caractère civil pour le mandataire, celui-ci agissant au nom et pour le compte du mandant" ; Com. 10 juill. 2007, n°05-19.373, Bull. civ. IV, n°184 ; D. 2007. 2158 ; RTD com. 2007. 673, obs. Saintourens ; Cass. Com., 26 févr. 2008 : D. 2008, pan, p. 1296, note D. F. ; Cass.com. 29 juin 2010, Bulletin 2010, IV, n° 114.

que la jurisprudence continue de considérer l'agent commercial personne physique comme mandataire civil dans la mesure où ce dernier dispose d'une réelle autonomie dans la recherche des clients et dans le choix d'une politique commerciale<sup>242</sup>. En outre, la qualification de commerçant s'impose principalement parce qu'un intermédiaire aussi étroitement associé professionnellement à la vie des affaires que l'agent commercial et qui dispose souvent de salariés ou de sous-agents doit être considéré comme un commerçant<sup>243</sup>

Cependant la protection de l'intermédiaire de commerce en fin d'activité reste un chantier sur lequel le législateur OHADA est attendu car il demeure toujours un déséquilibre de traitement entre ces trois professionnels.

---

<sup>242</sup> BLAISE (J.-B.), op. cit., p. 583.

<sup>243</sup> RIPERT / ROBLOT, avec CATONI (J.), qui préconisait de retenir le critère d'entreprise pour déterminer si un agent devait ou non un commerçant : "Serait considéré comme commerçant l'agent commercial qui serait à la tête d'une entreprise de représentation organisée possédant du personnel et des bureaux" Cité par MEGNIN S. P. 45.

# BIBLIOGRAPHIE

## I- OUVRAGES GENERAUX

- 1°/ BLAISE (Jean-Bernard), Droit des affaires, LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, Paris 2009, 653 pages ;
- 2°/ CHANTILLON (Stéphane), Droit des affaires internationales, Vuibert, 4<sup>e</sup> édition, 2005, 385 pages
- 3°/ COLLART DUTILLEUL (François) et DELEBECQUE (Philippe), Contrat civils et commerciaux, 8<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2007, 996 pages ;
- 4°/ DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) et BLARY-CLEMENT (Edith), Droit commercial, MONTCHRESTIEN, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, 2010, 502 pages ;
- 5°/ DELEBECQUE (Philippe) et GERMAIN (Michel), Traité de droit commercial, Tome 2, LGDJ, 17<sup>ème</sup> édition, Paris 2004, 1323 pages ;
- 6°/ DIDIER (Paul), Connaissance du droit, le droit commercial, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 2001, 149 pages ;
- 7°/ DOUCHY-LOUDOT (Melina), Manuel de procédure civile, Gualion, 2<sup>e</sup> édition, 2006, 431 pages ;
- 8°/ GIRON (Patrice), LMD parcours juridiques : Droit commercial, Fourcheur, 2010, 5<sup>e</sup> édition, 255 pages
- 9°/ GUYON (Yves), Droit des affaires, Tome 1, ECONOMICA, 12<sup>ème</sup> édition, Paris, 2003, 1060 pages ;
- 10°/ HEUDEBERT-BOUVIER (Nicole), Droit civil et commercial, 5<sup>e</sup> éd., PUF, 1984, 318 pages
- 11°/ HOUTCIEFF (Dimitri), Droit commercial, SIREY, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2011, 681 pages ;
- 12°/ LAWSON (E.B.), la société commerciale, un pôle de développement? Comprendre le droit commercial, outil de développement capitaliste, Préface de Joseph DJOGBENOU, l'harmattan, 2012, 363 pages
- 13°/ LEFEBVRE (Francis), Droit commercial, Editions FRANCIS LEFEBVRE, 20<sup>ème</sup> éd., Levallois-Perret, 2012, 1525 pages ;
- 14°/ LEGEAIS (Dominique), Droit commercial des affaires, 18<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2009, 578 pages ;
- 15°/ MAINGUY (Daniel), Contrats spéciaux, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2010, 622 pages ;

- 16°/ MENDJUCQUE (M.), Droit des affaires : commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, bail commercial, contrats commerciaux, 4<sup>e</sup> éd., Gualino, 2005, 167 pages
- 17°/ MENJUCQ (Michel), Droit commercial et des affaires, GUALINO, 7<sup>ème</sup> édition, Paris 2011, 169 pages ;
- 18°/ MERLE (Philippe), Droit commercial : Sociétés commerciales, Dalloz, 15<sup>e</sup> édition, 2011, 957 pages ;
- 19°/ N'GUEBOU (Josette), Le droit commercial général dans l'acte uniforme de l'OHADA, Presse Universitaire d'Afrique, Yaoundé, 1998, 249 pages ;
- 20°/ OURLIAC (Paul) et DE MALAFOSSE (J), Histoire du Droit Privé, tome2, P.U.F., 1971 ;
- 21°/ PIEDELIEVRE (Stéphane), Droit commercial, 8<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2011, 370 pages ;
- 22°/ SANTOS (Akuété Pédro) et TOE (Jean Yado), OHADA, Droit commercial général, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, 478 pages.
- 23°/ TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), Droit civil : les obligations, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Paris 2009, 1542 pages ;
- 24°/ VIDAL (Dominique), Droit des sociétés, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> édition, Paris, 792 pages ;
- 25°/ VOIRIN (Pierre), Droit civil, 26<sup>e</sup> éd., t. 1, par G. GOUBEAUX, LGDJ, 1997, 709 pages

## II- OUVRAGES SPECIALISES

- 1°/ ALFANDARI (Elie), Droit des affaires : les cadres généraux, concurrence, prix, monnaie ; l'entreprise : les organisations, concentration, traitement des difficultés ; les activités : production, distribution, consommation, Litec, 1993, 473 pages ;
- 2°/ ANTONMATTEI (Paul-Henri) et RAYNARD (Jacques), Droit civil-contrats spéciaux, Litec, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, 478 pages ;
- 3°/ BENABENT (Alain), Droit civil : Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> édition, Paris 2011, 702 pages ;
- 4°/ FERRIER (Didier), Droit de la distribution, Litec, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008, 385 pages
- 5°/ FOURNIER (Frédéric.), L'agence commerciale, Litec, Paris, 1999, 374 pages ;
- 6°/ GATSI (Jean), Doit des affaires, droit commercial général, droit des sociétés commerciales, PUL, Manuel, 208 pages

7°/ GRIGNON (Philippe), le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce, Litec, Paris, 2000, 380 pages ;

8°/ HUET (Jérôme), les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2001, 1696 pages ;

9°/ ISSA - SAYEGH (J.) et LOHOUES - OBLE (J.), OHADA, Harmonisation du droit des affaires, Collection Droit Uniforme, Bruxelles, Bruylant, 2002, 245 pages ;

10°/ KONE (M.), Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, 416 pages

11°/ LECLERC (Frédéric), Droit des contrats spéciaux, LGDJ, Paris 2007, 508 pages ;

12°/ MALAURIE-VIGNAL (Marie), Droit de la distribution, SIREY, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2012, 350 Pages ;

13°/ MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), GAUTIER (Pierre-Yves), Droit civil : Les contrats spéciaux, DEFRENOIS, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2012, 710 pages ;

14°/MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), avec la participation de ANCEL (P.), LE BARS (B.) et MASAMBA (R.), Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec, 2004, 344pages

15°/ MEGNIN (Serge), Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand, LITEC, 2003, 694 pages ;

16°/ POUGOUE (Paul-Gérard) et FOKO (Athanase), Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, Presse Universitaire d'Afrique, Yaoundé, 2006, 263 pages.

### **III- COURS**

GBAGO (Barnabé Georges), Cours de droit des sociétés commerciales, Ets Soukou, SD, 175 pages ;

### **IV- PERIODIQUES ET ENCYCLOPEDIES**

1°/ CHAUVEL (Patrick), Commissionnaire, in Répertoire Dalloz Droit commercial, 1999, 20 pages ;

2°/ DURANTON (Guy), Courtiers, in Répertoire Dalloz Droit commercial, Dalloz, 1999, 32 pages ;

3°/ LELOUP (Jean-Marie), l'agent commercial, in Répertoire Dalloz Droit commercial, 2003, 14 pages;

4°/ LE TOURNEAU (Philippe), le mandat, in Répertoire Dalloz Droit civil, 2000, 64 pages.

## **V- ARTICLES ET REVUES**

1°/ CARTRON (Aude-Marie), MARTOR (Boris), Eclairages sur la révision du Traité de l'OHADA, Paris, LexisNexis, janvier 2010, 12 pages ;

2°/ COFFY de BOISDEFFRE (Marie-Joseph), Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'Afrique anglophone à la lumière de l'expérience de l'harmonisation du Droit des affaires des pays de l'Union Européenne, in PENANT, revue trimestrielle de droit africain, Edition JURIS AFRICA, Paris, Octobre-Novembre 2004, numéro 849, page 425 à 436 ;

3°/ COFFY de BOISDEFFRE (Marie-Joseph), Une comparaison entre le statut de "l'agent commercial" OHADA et son équivalent en Droit nigérian, in PENANT, revue trimestrielle de droit africain, Edition JURIS AFRICA, Paris, Avril-Juin 2010, numéro 871, page 230 à 252 ;  
PENANT, revue trimestrielle de droit africain, Edition JURIS AFRICA, Paris, Avril-Juin 2010, numéro 871 ;

4°/ ISSA-SAYEGH (Joseph), Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010 : Tome 1 et 2.- Paris : Association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA), 2011, 1328 pages ;

5°/ IZORCHE (M.-L.), A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, chron. 369

6°/ KENGUEP (Ebénézer), Le commissionnaire de transport est-il le mandataire de son commettant ? Une occasion manquée pour le législateur, in Revue de l'ERSUMA N°1, éd. IPE, Bénin, 2012, p.169 ;

7°/ KODO (Mahutodji Jimmy Vital), L'application des actes uniformes de l'OHADA, Louvain-la-Neuve : Edition Academia Bruylant, 2011, 358 pages

8°/ POUGOUE (Paul-Gérard), Encyclopédie du droit OHADA- Paris : Editions Lamy, 2011, 2174 pages ;

9°/ TEPPI KOLLOKO (Fidèle.), Droit et pratique de la Common law à l'épreuve du Droit OHADA, in PENANT, revue trimestrielle de droit africain, Edition JURIS AFRICA, Paris, Juillet-Septembre 2006, numéro 856, pages 345 à 352.

## **VI- LEXIQUES ET DICTIONNAIRES**

1°/ CORNU (Gérard), Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, 9<sup>ème</sup> éd., PUF, 2011, V° Droit

2°/ Dictionnaire Robert, éd. 2011

3°/ GUILLIEN (Raymond) et VINCENT (Jean), lexique des termes juridiques, DALLOZ, 17<sup>ème</sup> édition, Paris, 2010, 769 pages ;

4°/ Petit Larousse Illustré, 2012.

## **VII- SOURCES LEGISLATIVES**

1°/ Code civil français, Dalloz, 2011, 110<sup>ème</sup> édition, 2882 pages ;

2°/ Code du commerce français, Dalloz, 2010, 105<sup>ème</sup> édition, 3529 pages ;

3°/ Loi française du 25 juin 1991, relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ;

4°/ OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4<sup>ème</sup>, 2012.

## **VIII- JURISPRUDENCES**

1°/ Arrêt n° 046, MAERSK Burkina Faso c/ SCIMAS, Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt du 20/06/2008, Ohadata J-10-130 ;

2°/ Arrêt n° 609/06, Affaire : Société SDV CI (Me AGNES OUANGUI) c/ SOFEL CI (SCPA KONAN - FOLQUET), Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Arrêt du 06/03/2006 Actualités juridiques n° 57 p. 152, Ohadata J-09-297 ;

3°/ Arrêt n° 132/07, Affaire : Société SIFCA-SA (M. FADIKA DELAFOSSE, K. FADIKA, C. KACOUTIE et A. ANTHONY DIOMANDE (F.D.K.A.) c/ BAMBA YOUSOUFOU (Me AMANY KOUAME). Actualités juridiques n° 57, p. 150, Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Arrêt du 15/03/2007 Ohadata J-09-295 ;

4°/ Arrêt n° 160, Affaire : Union des Assurances du Burkina (UAB) c/ BASSONO Grégoire, Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt du 21/12/2007 Ohadata J-09-50 ;

5°/ Arrêt n° 012/2007, Pourvoi n° 107/2004/PC du 27/09/2004, Affaire : Monsieur EL AB RAFIC (Conseil : Maître BETEL NINGANADJI Marcel, Avocat à la Cour) contre EDGO TRADING TCHAD SARL (Conseil : Maître Mahamat Hassan ABAKAR, Avocat à la Cour). Recueil de Jurisprudence n° 9 - Janvier/Juin 2007, p. 32.Observations de Joseph ISSA-SAYEGH, Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) • Arrêt du 29/03/2007 Ohadata J-08-219.

## **IX- THESE**

MALLET-BRICOUT (Blandine), La substitution de mandataire, thèse. Paris II, Ed. Panthéon-Assas 2000.

## **X- SITES WEB CONSULTÉS**

Le dictionnaire des citations sur le commerce, <http://www.dicocitations.com/citations-mot-commerce.php> (consulté le 09 Août 2013) ;

Ohada, Jurisprudence, internet : <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-02-72.html> (consulté le 15 décembre 2014 à 18 heures 11 minutes) ;

Une comparaison entre le statut de l'agent commercial ohada et son équivalent en droit nigérian, internet, <http://www.revue.ersuma.org/spip.php?page=recherche&recherche=interm%C3%A9diaires+de+commerce>, (consulté le 12 janvier 2014 à 10 heures 47 minutes).



# TABLES DES MATIERES

Avertissement .....	i
Dédicace .....	ii
Remerciements .....	iii
Sommaire .....	iv
Abréviations et sigles .....	v
INTRODUCTION GENERALE .....	1
<b>PREMIERE PARTIE UN STATUT EMPRUNTE.....</b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE 1 L’application des règles du mandat à la formation du contrat .....</b>	<b>9</b>
<b>Section 1 : Une application fondée .....</b>	<b>9</b>
<b>Paragraphe 1: Proximité entre les notions de mandataire et d’intermédiaire de commerce .....</b>	<b>10</b>
A-Mécanisme triangulaire .....	10
B-Différence de contenu entre les notions de mandataire et d’intermédiaire de commerce .....	11
<b>Paragraphe 2 : Une notion de mandat malmenée .....</b>	<b>12</b>
A-Les divergences doctrinales .....	13
B- La position du législateur OHADA : un choix influencé .....	15
<b>Section 2 : Une application adaptée .....</b>	<b>16</b>
<b>Paragraphe 1 : L’intermédiaire de commerce : un mandataire rémunéré et relativement permanent .....</b>	<b>17</b>
A-Le caractère rémunéré du mandat de l’intermédiaire de commerce .....	17
B-La quasi permanence du mandat de l’intermédiaire de commerce .....	18
<b>Paragraphe 2 : La relativité de l’intuitu personae et l’absence de subordination juridique .....</b>	<b>19</b>
A-La relativité de la notion d’intuitu personae .....	19
B-L’autonomie juridique de l’intermédiaire de commerce .....	21
<b>CHAPITRE 2 : L’application des règles du mandat à la formation du contrat .....</b>	<b>23</b>
<b>Section 1 : Un pouvoir à peine effectif .....</b>	<b>23</b>

<b>Paragraphe 1:</b> Cas du commissionnaire et du courtier .....	23
A-Le pouvoir de conclure du commissionnaire .....	23
B-Le pouvoir de rapprocher en vue de conclure du courtier .....	24
<b>Paragraphe 2 :</b> la primauté du pouvoir négociation de l'agent commercial .....	26
A-Contenu .....	26
B-Portée .....	27
<b>Section 2 :</b> Une exécution réelle .....	29
<b>Paragraphe 1 :</b> Les obligations à la charge du mandataire .....	29
A-Le devoir de loyauté .....	29
B-Les devoirs d'information et de reddition des comptes .....	31
<b>Paragraphe 2 :</b> Les obligations à la charge du mandant .....	33
A-Mettre le mandataire en mesure d'exécuter sa mission : une création de la jurisprudence .....	33
B-Payer les rémunérations et rembourser les avances : obligations prévues par le Code civil .....	34
<b>DEUXIEME PARTIE Un emprunt limité .....</b>	<b>37</b>
<b>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : La construction d'un régime unifié .....</b>	<b>39</b>
<b>Section 1 :</b> Une commercialité affirmée .....	39
<b>Paragraphe 1:</b> Du contenu de ladite affirmation .....	40
A-Article 3 AUDCG : Expression de la libéralisation du statut du commerçant et d'unification du régime des actes d'intermédiaire .....	40
B-Article 170 de l'AUDCG: Une innovation remarquable .....	42
<b>Paragraphe 2 :</b> Conséquences liées à la reconnaissance de la qualité de commerçant .....	44
A-La capacité commerciale et la soumission aux incompatibilités .....	44
B-L'immatriculation au RCCM et les obligations comptables .....	46
<b>Section 2 :</b> Une commercialité controversée .....	48
<b>Paragraphe 1 :</b> Constance de la jurisprudence quant à la qualité de mandataire civil de l'agent commercial .....	48
A-Contenu .....	48
B-Probables implications sur la mise en œuvre du droit OHADA .....	50
<b>Paragraphe 2 :</b> Les positions qui confortent le législateur de l'OHADA dans sa démarche .....	51
A-Les positions doctrinales .....	51
B-Les positions législatives .....	53

<b>CHAPITRE 2 : Le renforcement du régime de protection en fin d'activité .....</b>	<b>55</b>
<b>Section 1 : La cessation d'activité de l'intermédiaire .....</b>	<b>55</b>
<b>Paragraphe 1 : Les causes liées à la volonté de l'une parties .....</b>	<b>55</b>
A-La cessation voulue par le mandataire : la renonciation .....	56
B-La cessation voulue par le mandant : la révocation .....	56
<b>Paragraphe 2 : Les causes tenant à un évènement survenant à l'une des parties .....</b>	<b>56</b>
A-Le décès ou l'incapacité du mandant ou de l'intermédiaire de commerce .....	57
B-Ouverture d'une procédure collective .....	58
<b>Section 2 : L'aménagement d'un régime spécial de protection .....</b>	<b>58</b>
<b>Paragraphe 1: L'intérêt commun : fondement de ladite protection .....</b>	<b>59</b>
A-La théorie du mandat d'intérêt commun : une construction prétorienne civiliste .....	60
B- La récupération de la théorie du mandat d'intérêt commun par le législateur .....	61
<b>Paragraphe 2 : L'exclusion du commissionnaire et du courtier du régime de protection .....</b>	<b>63</b>
A-Analyse des motifs probables de l'exclusion .....	63
B-Nécessité d'une correction du déséquilibre .....	64
CONCLUSION GENERALE.....	66
BIBLIOGRAPHIE .....	69
TABLE DES MATIERES .....	75