

LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE EN DROIT COMMERCIAL DE L'OHADA À L'AUNE DE LA LOI N° 16/008 DU 15 JUILLET 2016

Par

Edmond MBOKOLO ELIMA

*Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Mbandaka
Avocat au Barreau de l'Équateur*

RESUME

Le droit commercial de l'OHADA rend la femme mariée juridiquement capable d'exercer une activité commerciale. Ceci ressort de la lecture minutieuse de l'article 6 et 7 alinéa 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général. Le droit interne congolais quant à lui, qui repose principalement sur la loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, qui traite la question de la capacité juridique des personnes physiques, ses anciens articles 215 et 448 limitaient la capacité juridique de la femme mariée à poser les actes juridiques qui, elle était soumise préalablement à l'autorisation maritale.

C'est ainsi que, lors de la modification du code de la famille le 15 juillet 2016, les articles 215, 448 et 449 ont été purement et simplement modifiés rendant ainsi la femme mariée capable et soumettant les époux au régime de concertation pour tous les actes juridiques dans lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer. D'où, la femme mariée, jadis incapable d'exercer le commerce, sauf si elle a obtenu l'autorisation expresse de son mari, est aujourd'hui juridiquement capable d'exercer les activités commerciales.

Mots-clefs : *Femme mariée, capacité juridique, droit Ohada, commerçant.*

ABSTRACT

OHADA's commercial law makes a married woman legally capable of doing business. This emerges from a careful reading of article 6 and 7 paragraph 2 of the Uniform Act relating to general commercial law. As for congolese internal law, which is based mainly on law n°16/010 of July 15, 2016 amending and supplementing law n°87-010 of August 1, 1987 on the family code, which deals with the issue of capacity legal of natural persons, its former articles 215 and 448 limited the legal capacity of married women to carry out legal acts which, she was subject to prior marital authorization.

Thus, when the family code was amended on July 15, 2016, articles 215, 448 and 449 were purely and simply amended, thus making the married woman capable and subjecting the spouses to the consultation regime for all legal acts in which they commit to a service that they must perform. Hence, the married woman, once incapable of carrying on business, unless she obtained the express permission of her husband, is now legally capable of carrying on business.

Keywords: *Married woman, legal capacity, law Ohada, trader.*

INTRODUCTION

En droit, la capacité juridique permet à une personne de poser les actes juridiques, en l'occurrence l'exercice d'une activité commerciale. En fait, il n'y a pas de vie sans commerce. De tout temps, l'homme a dû échanger ce qu'il possédait contre ce qu'il désirait. En d'autres mots, le commerce est le plus grand de tous les intérêts socioéconomiques. Sans doute, par cette évidence, on entendait montrer toute l'importance du commerce au sein de l'Etat, notamment par rapport à chaque personne qui est amenée à s'en servir au quotidien, mais aussi et surtout par rapport à ceux qui l'exercent : les commerçants. Ainsi, la réalisation d'actes de commerce et nécessaire à la qualité de commerçant, elle doit être assez fréquente et durable pour atteindre la dimension d'une véritable activité commerciale.

La majeure question qui avait créé la polémique doctrinale est celle liée à l'exercice par la femme mariée d'une activité commerciale. Ceci se justifie dans la mesure où, lors de la promulgation de la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, spécialement en son ancien article 215 la capacité de la femme mariée trouvait certaines limites¹. Examinant toujours le même code, spécialement en son ancien article 448, la femme devrait obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne.

De ce point de vue et en recourant aussi à l'ancien article 449 du code de la famille, la femme pourrait, après avis du conseil de famille, recourir au tribunal de paix pour obtenir l'autorisation dont il s'agit à l'article 448 lorsque le mari refuse ou est incapable ou est dans l'impossibilité de l'autoriser. L'autorisation du tribunal est toujours provisoire précise l'ancien texte du code de la famille.

¹ Lire à ce propos l'ancien article 215 du code de la famille, actuellement modifié.

En clair, l'exercice du commerce étant un droit de l'homme, la RDC a ratifié plusieurs instruments juridiques régionaux et antinationaux afin de lutter contre la discrimination faite à la femme. Il s'agit : de la déclaration universelle de droit de l'homme des Nations-Unies du 10 décembre 1948 ; du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée Générale des Nations-Unies ; de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée Générale des Nations unies et entrée en vigueur le 3 septembre 1981 ; du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes; du protocole d'accord de la SADC (Communauté de Développement d'Afrique Australe) sur le genre et le développement, qui concerne le droit des femmes, la paix et la sécurité.

Ainsi, avec l'entrée en vigueur du traité de l'OHADA en R.D.C. (le 12 septembre 2012), les articles 215, 448 et 449 du code de la famille se sont vus incompatibles avec le droit communautaire conformément à l'article 215 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 qui dispose que : « *les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie* ».

Il faut noter aussi que, ces articles 215, 448 et 449 de l'ancien texte du code de la famille se présentaient contraire à la Constitution sus-évoquée qui prévoit en son article 35 que l'Etat garantit le droit à l'initiative privée tant aux nationaux qu'aux étrangers. Il encourage l'exercice du petit commerce, de l'art et de l'artisanat par les congolais et veille à la protection et à la promotion de l'expertise et ses compétences nationales.

À cet effet, en vertu de l'article 14 de la Constitution, la R.D.C. avait promulgué la loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité. C'est à ce titre qu'il était d'une grande nécessité de modifier la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 afin de l'adapter à tous les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, régulièrement ratifiés par la R.D.C. en faveur de la femme, dont notamment la liberté de poser les actes juridiques sans l'obtention d'une autorisation préalable de son mari. Il en est ainsi de l'exercice du commerce conformément à l'article 6 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général qui prévoit que nul ne peut

accomplir des actes de commerce à titre professionnel, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce².

Cet article est renforcé concrètement par l'alinéa 2^{ème} de l'article 7 du même acte uniforme qui dispose que « le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes de commerce visés aux articles 3 et 4 à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son conjoint »³.

C'est dans cette optique que l'article 215 a été modifié, ensemble avec les articles 448 et 449 du code de la famille afin de se conformer au droit communautaire. Étant focalisée sur la capacité juridique de la femme mariée en droit commercial OHADA à la lumière du code de la famille de la République Démocratique du Congo, nous analysons d'abord les notions de la capacité juridique (1), ensuite, l'exercice du commerce en droit de l'OHADA (2), et enfin, le droit commercial OHADA et la capacité juridique de la femme mariée en droit congolais (3).

1. NOTIONS DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE

Sauf les exceptions établies par la loi, toute personne jouit des droits civils depuis sa conception, à condition qu'elle naisse vivante. Ainsi, toute personne capable peut exercer ses droits civils conformément à la loi et à la coutume⁴. Comprendre les notions de la capacité en droit congolais nous pousse d'abord à réfléchir sur les généralités de la capacité juridique (1.1), et ensuite, s'attarder sur les incapacités juridiques (1.2).

1.1. Généralités sur la capacité juridique

Avant d'aborder la classification des capacités juridiques (1.1.2), nous essayerons de définir le concept « *capacité* » (1.1.1).

1.1.1 Définition de la capacité

Le Professeur Eddy MWANZO Idin'AMINYE soutient que, la capacité juridique est l'aptitude d'une personne à exercer ses droits et obligations⁵. Cette capacité juridique englobe d'une part la capacité d'exercice, et d'autre part la capacité de jouissance. En matière de contrat, le principe est que toute personne ne peut contracter si elle n'est pas déclarée capable par la loi. Cette capacité est donc la règle et l'incapacité l'exception.

² Article 6 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

³ Article 7 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

⁴ Fr. ALEXIS M., *Droit civil des personnes*, T.I., Alivia, Kinshasa, 2010, p.29.

⁵ E. MWANZO Idin'AMINYE, *Cours de Droit civil : les personnes, familles et incapacités*, 8^{ème} édition, 2016-2017, p.162.

Il convient aussi de passer en revue la notion de la personnalité juridique entendue comme l'aptitude à être titulaire des droits et obligations. Elle est attribuée tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. En principe, la personnalité juridique confère la capacité juridique : toute personne a la capacité juridique. Toutefois, dans un souci de protection, la capacité de certaines personnes va être aménagée, on parle alors d'incapables ou de personnes protégées. Les incapables peuvent être des mineurs, mais aussi des majeurs protégés⁶.

1.1.2 Classification des capacités

Dans toutes les législations modernes, il a toujours existé une capacité de jouissance et celle dite d'exercice.

1.1.2.1 Capacité de jouissance

La capacité de jouissance est l'aptitude à être titulaire d'un ou plusieurs droits. L'attribution de la personnalité juridique pose la question de savoir si la personne elle-même est capable d'exercer ses droits. On doit justement admettre pour les personnes physiques que, l'acquisition de la personnalité juridique ne conduit pas dans un premier temps à reconnaître la capacité de jouissance.

1.1.2.2 La capacité d'exercice

Une capacité d'exercice, est l'aptitude à exercer soi-même un droit que l'on détient, sans avoir besoin d'être représenté ni assisté par un tiers. Cette capacité d'exercice suppose d'avoir la personnalité juridique. L'inverse n'est pas vrai. La reconnaissance de la personnalité juridique ne conduit pas à reconnaître automatiquement la capacité d'exercer soi-même des droits qu'on est apte à détenir.

Il se peut qu'une personne dotée de la capacité d'exercice se voie retirer, sans qu'elle perde pour autant la personnalité juridique⁷. Néanmoins, la reconnaissance de la personnalité juridique ne conduit pas à reconnaître automatiquement la capacité d'exercice soi-même de droit qu'on est apte à détenir.

⁶ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Droit civil les personnes, la famille et les biens*, T.1, éditions du CNFPT, 2007, p.29.

⁷ MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.162.

1.2. Les incapacités juridiques

En principe « toute personne capable peut exercer ses droits civils conformément à la loi ou à la coutume sauf les exceptions établies par la loi »⁸. Ces dernières sont nommément appelées : *incapacités juridiques*.

En effet, l'incapacité se définit comme l'état d'une personne privée par la loi de la jouissance ou de l'exercice des certains droits. En d'autres termes, une incapacité est une restriction générale ou spéciale, apporté à l'aptitude des individus à posséder ou à exercer les droits reconnus à la personne.

Par ailleurs, l'incapacité juridique ainsi comprise, il va falloir traiter des différentes formes d'incapacités (1.2.1) et les catégories d'incapacités (1.2.2) avant de parler sur les régimes de protection des incapables (1.2.3).

1.2.1 Formes d'incapacités

Une incapacité peut être de jouissance ou d'exercice.

L'incapacité de jouissance est l'incapacité d'être titulaire d'un droit. Une incapacité totale de jouissance reviendrait donc à une absence de personnalité juridique, à une mort civile. Le droit français exclut une incapacité totale de jouissance. Les incapacités de jouissance ne peuvent être que spéciales, c'est-à-dire concerner un droit particulier et non l'ensemble des droits (par exemple cela peut concerner uniquement la capacité de donner)⁹.

Elle ne vise pas le droit lui-même, mais uniquement la possibilité de la faire valoir personnellement dans la vie juridique. En ce cas, l'incapable possède lui-même le droit que tout autre individu, mais il ne peut les exercer seul. Leur accomplissement nécessite la représentation ou l'assistance de l'incapable par une autre personne.

À contrario, d'après Dominique Denis, « un individu frappé d'une incapacité d'exercice est titulaire de droits, qu'il ne peut cependant exercer [...]». L'incapacité d'exercice empêche l'individu d'exercer le droit qu'il possède, mais cet empêchement peut être levé »¹⁰. Pour l'exercer, il faudra alors, selon les cas, soit être représenté par un tiers, soit être assisté par un tiers. Les incapacités de jouissance peuvent être générales, c'est-à-dire concerner tous les droits ou être spéciales, c'est-à-dire ne concerner qu'un droit particulier¹¹.

⁸ Article 212 du Code de la famille.

⁹ A. DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, p.29.

¹⁰ D. DENIS, *Le droit des incapacités*, Paris, PUF, 1979, p.4.

¹¹ A. DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, p.29.

1.2.2. Les catégories d'incapacités

Aux termes de l'article 215 du code de la famille, sont incapables :

- Les mineurs ;
- Les majeurs aliénés interdits ;
- Les majeurs faibles d'esprit, prodigues, affaiblis par l'âge, infirmes placés sous curatelle¹².

1.2.2.1 Le mineur

Le mineur est défini comme toute personne âgée de moins de 18 ans. Abondant dans le même sens, l'article 41 de la Constitution de notre pays telle que modifiée et révisée à ce jour, définit l'enfant mineur comme toute personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans révolus¹³.

Donc, le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis¹⁴.

Ainsi, l'on ne peut parler du concept mineur sans faire allusion à celui d'enfant, et sans voir s'ils sont différents ou non. Le mot enfant possède en effet un double sens ; le vocabulaire juridique Capitant en donne une première définition, dans son sens en considération d'âge¹⁵.

Par ailleurs, « l'enfant est alors caractérisé par le lien de filiation qui le relie à une autre personne d'une autre génération, l'enfant est défini uniquement par rapport à la place qu'il occupe au sein du groupe familial. C'est cette même définition que le législateur congolais a consacré à l'article 699 de la loi n°010-87 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille qui définit l'enfant comme toute personne liée par le lien de filiation au père et à la mère¹⁶. Dans cette option, on est enfant, non pas au sens de son âge, mais plutôt par le seul fait de la filiation à l'égard de ses géniteurs.

Le mineur est doté dès sa naissance des droits dont il jouit. Mais à cause de son état de faiblesse, il ne peut pas assurer ses devoirs et les responsabilités de la vie sociale et juridique, et il est de ce fait frappé d'une incapacité d'exercice. Il ne peut exercer seul les droits dont il est titulaire.

¹² Article 215 du Code de la famille.

¹³ Article 41 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée par la loi n°011/002 du 20 janvier 2011.

¹⁴ Article 219 du Code de la famille.

¹⁵ E. MWANZO I.A, *op. cit*, p.187.

¹⁶ P-L. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, Paris, 2008, p. 493.

La preuve de la minorité, en droit congolais, est faite par l'acte de naissance de la personne dite mineure¹⁷. Cet acte est établi par un officier de l'Etat civil sur demande des parents à la naissance de leur enfant. Cet acte constitue la preuve par excellence de la minorité d'un individu car les registres, copies et extraits de l'Etat civil sont dotés d'une force probante particulières puisqu'ils font foi jusqu'à l'inscription en faux¹⁸.

Il faut cependant préciser que, il y a certains éléments qui constituent un début de preuve en droit lorsque l'on ne peut établir l'acte de naissance de l'enfant du mineur ou qu'il n'y a pas un autre moyen de preuve. C'est au juge de décider si les éléments présentés devant lui constitue un début de preuve ou s'ils peuvent avoir force probante devant une juridiction une fois la minorité établie, l'acte de naissance à force probante jusqu'à son inscription en faux par la partie qui en invoque la fausseté.

Animé par la volonté d'établir l'égalité entre les deux parents, le législateur du Code de la famille a-t-il innové en consacrant l'égalité des parents dans leurs rapports avec leur enfant. C'est-à-dire une correction de sa personne. Il décide que cette autorité est exercée par les deux parents et consacre désormais l'expression : autorité parentale¹⁹.

Les règles de la tutelle des mineurs sont fixées aux articles 222 à 297 du code de la famille. À ces articles, il faut ajouter certains articles épars dans le code de la famille traitant de la tutelle particulièrement l'article 808 du code de la famille qui précise la composition du conseil de la famille lorsqu'un tuteur vient à la succession. Le législateur distingue entre la tutelle ordinaire et la tutelle de l'Etat.

1.2.2.2 Les incapacités majeures

Le législateur, pour protéger les mineurs, les frappe d'incapacités. Au contraire, toute personne, à partir de 18 ans est, en principe capable. Cependant, parmi les majeurs, certains n'ont pas leurs raisons ; ils ne jouissent de leurs pleines facultés mentales ou corporelles ; le consentement qu'ils donnent aux actes de la vie juridique est un consentement de seconde zone, ou n'est pas qu'une apparence de contentement. D'où la nécessité des institutions de protection.

¹⁷ E. MWANZO I.A, *op. cit.*, p.188

¹⁸ Fr. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005, p.217.

¹⁹ E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.188.

De ce fait, il est question d'aborder les notions relatives aux personnes dont les facultés mentales corporelles sont altérées, les personnes majeures dont les facultés corporelles sont durablement altérées et les institutions protectrices des majeurs dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées.

A. Les personnes majeures dont les facultés mentales sont altérées

L'article 298 du Code de la famille dispose que lorsque les facultés mentales d'un majeur ou d'un mineur émancipé sont durablement altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu à ses intérêts par un régime de protection prévu par la loi²⁰.

Il découle que tous ceux dont les facultés mentales sont durablement altérées peuvent être placés sous régime d'incapacité. En parlant de l'alternation des facultés mentales, le législateur a utilisé une formule particulièrement large enfin de tenir compte de la complexité et la variété des maladies mentales reconnues dans la psychiatrie moderne. Il vise dans ce texte trois causes d'altération des facultés mentales à avoir : « la maladie, l'infirmité et l'affaiblissement dû de l'âge. Cette disposition est par conséquent susceptible d'une large application »²¹.

B. Les aliénés mentaux

Il s'agit d'un état caractérisé par le dérèglement cérébral, le désordre des idées peu importe que cet état soit inné ou acquis. Sont généralement retenus comme les aliénés mentaux : les fous et déments²².

C. Les prodigues

Le législateur n'a pas défini la prodigalité. Elle peut être considérée comme la situation de celui qui dissipe son patrimoine par des dépenses exagérées, excessives, inconsidérées ou folles, sans fruit pour lui-même ni les autres.

Il y a donc prodigalité lorsque suite au règlement des mœurs ou de l'esprit, une personne met en péril la consistance de son patrimoine. La prodigalité ne constitue pas une maladie, car le prodigue est considéré comme étant atteint d'un déséquilibre, voilà pourquoi le législateur à juger bon de protéger.

²⁰ Voyons l'article 298 du Code de la famille.

²¹ KIFUABALA TEKILAZAYA, *op. cit.*, p.170.

²² E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.224.

D. Les faibles d'esprit

Comme pour le prodigue, le législateur n'a pas défini le faible d'esprit. Ce dernier est une personne qui, sans être frappée d'une aliénation mentale, n'a pas d'intelligence assez développée ou assez lucide pour diriger seul les affaires. Ses facultés mentales sont affaiblies sans qu'il ait perte totale ou habituelle de raison.

Il n'est donc pas complètement privé de l'usage de ses facultés mentales mais celles-ci se trouvent à un degré inférieur. Ce dernier élément permet de catégoriser les faibles d'esprit. Sont normalement faibles d'esprit, les imbéciles, les crétions au sens médical du terme. Sont également classés dans cette catégorie, les victimes d'une infirmité grave telle que la surdité, l'accès fréquent de l'épilepsie, l'ivrognerie, de même ceux dont l'âge ou la maladie a affaibli l'intelligence²³.

Toutefois, ne peuvent être classés parmi les faibles d'esprit, les personnes atteintes d'une des affections suivantes : affaiblissement de la mémoire si l'intéressé est encore en état de gérer sa personne et ses biens, des passions persistantes pour aventures galantes à moins qu'il n'y ait prodigalité²⁴.

Selon l'article 298 du code de la famille, dans tous les cas, c'est le tribunal qui appréciera souverainement après une expertise médicale, si cet état existe ; et qui choisira, souvent le caractère plus ou moins habituel et la gravité de troubles mentaux, le régime de protection applicable²⁵.

E. Les personnes majeures dont les facultés corporelles sont durablement altérées

Le législateur n'a pas défini ce qu'il entend par personnes dont les facultés corporelles sont altérées. Néanmoins, il différencie l'altération des facultés mentales de l'altération des facultés corporelles. L'altération des facultés physiques entendue comme l'état d'une personne qui, sans être frappée d'une altération des facultés mentales, n'est pas physiquement apte, c'est-à-dire un ou plusieurs de ses organes corporels se trouvent atteints d'une infirmité.

L'altération des facultés corporelles doit présenter un caractère durable pour que la personne soit placée sous régime de protection. L'on doit donc exclure les personnes qui ne sont atteintes que des altérations simplement passagères.

²³ A. SOHIER, *Droit du Congo Belge*, T.1, Bruxelles, 1958. p. 392.

²⁴ Lire l'article 298 du Code de la famille.

²⁵ H. DEPAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, Bruylant, Bruxelles 1958, p.392.

Comme pour altération des mentales, le tribunal qui appréciera souverainement, après une expertise médicale, si cet état existe, et qui choisira, suivant le caractère plus ou moins habituel et la gravités des troubles mentaux, le régime de protection applicable.

1.2.3 Les régimes de protection des incapables

Les régimes applicables aux incapables varient selon qu'ils doivent être autorisés (A), représentés (B) ou assisté (C), pour l'accomplissement des actes de la vie juridique.

A. La représentation

Pour le professeur Jean CARBONNIER, la représentation est un remède spécifique des incapacités le plus profonde et aurait comme mécanisme technique de protection : la tutelle²⁶. Ce régime consiste à ce que l'incapacité ne figure pas en personne sur la scène juridique : il n'émet pas sa volonté et ne s'engager. Sa personnalité s'efface et la loi lui impose une représentation qui va agir en son nom et pour son compte. Telle est la situation des majeurs en tutelle, etc.

B. L'assistance

Dans ce régime, l'incapacité reste à la tête de ses affaires mais doit avoir à ses côtés, sur la scène juridique, une personne dont l'intervention est obligatoire. La volonté personnelle de l'incapacité est donc nécessaire à la formation de l'acte juridique qu'il est appelé à signer conjointement avec la personne chargée de l'assister, laquelle personne voudrait aussi approuver l'acte.

C. L'autorisation

Avant la réforme de 2016, le législateur congolais a voulu que la femme mariée chaque fois qu'elle doit effectuer ses actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne, obtienne au préalable l'autorisation maritale.

Mais notons qu'il ne reste pas de forme "*sacramentelle*" c'est-à-dire solennelle ou spéciale pour obtenir l'autorisation maritale. Celle-ci peut être tacite et se prouver dès lors que le mari ne s'est pas opposé pendant plusieurs mois à l'exercice par son épouse d'une prestation sous le lien du contrat de travail.

²⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil la famille, les incapacités*, P.U.F., Paris, 1955, p.123.

Toutefois, l'article 450 abrogé du code de la famille prévoyait à son alinéa 1^{er} la possibilité pour la femme mariée à qui le mari refuse d'accorder l'autorisation, de l'obtenir du tribunal s'il y a abus du pouvoir ou si la mauvaise foi du mari est prouvée.

Ainsi, sur le plan civil, lorsqu'une femme mariée qui n'a pas obtenu l'autorisation maritale ou, le cas échéant judiciaire agit contre les dispositions de l'article 450 précité, les actes tant civils, commerciaux mixtes précités qu'elle aurait accomplis sont frappés de nullité, laquelle nullité ne peut être invoquée que par la femme lui-même, le mari ou leurs héritiers.

Ce régime n'est plus d'application en République Démocratique du Congo pour la simple raison que, les articles 215, 448 et 449 ont été modifiés ainsi que l'abrogation de l'article 450.

1.2.2.3 Les institutions protectrices des majeurs dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées

Il est question dans ce point, d'étudier l'interdiction judiciaire (A) et à la mise sous curatelle (B).

A. L'interdiction judiciaire

Il s'agit, d'un état d'une personne privée par un jugement de façon absolue de l'administration de sa personne et ses biens. Comme son nom l'indique, l'interdiction ne peut résulter que d'un jugement²⁷.

Selon l'article 300 du code de la famille, trois conditions sont exigées pour qu'une personne soit placée dans un état d'interdiction. Il faut d'abord que la personne soit dans un état de démence et d'imbécilité. Il faut ensuite que cet état soit habituel. Cela n'importe pas une continuité, car la loi autorise l'interdiction même lorsque cet état présente des intervalles lucides. Il faut enfin que l'intéressé soit majeur ou moins mineur émancipé²⁸.

La loi exclut ainsi du régime d'interdiction, les mineurs simples qui eux, sont soumis au régime de l'autorité parentale.

L'interdiction ne peut être ouverte que, par un jugement du tribunal de paix du lieu de résidence de la personne dont une interdiction est sollicitée. Les titulaires de l'action en interdiction sont les parents, les conjoints, le ministère

²⁷ E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.226.

²⁸ Lire l'article 300 du code de la famille.

public et toute personne exerçant l'autorité parentale ou tutélaire du mineur, dès la majorité de ce dernier ou au cours de l'année qui précède celui-ci.

Le tribunal saisi, après avoir fait droit à la demande de l'interdiction nomme un tuteur à l'interdit sur proposition du conseil de la famille. Le tuteur gouverne la personne et gère les biens de l'interdit. En clair, il exerce sur l'interdit des droits de l'autorité parentale dans les limites et suivant les modalités déterminées par le tribunal et assure la gestion du patrimoine de l'interdit.

L'article 309 du code de la famille assure la publicité de l'interdiction, comme de la main levée d'ailleurs, et ce à la diligence du greffier du tribunal qui statue tant par cet envoi de la décision de l'état civil où la naissance de l'interdit a été établie, qu'au journal officiel cette double publicité rend dès lors efficace l'inopposabilité de cette décision modifiant l'état et la capacité.

Les effets ne sont pas établis de l'interdiction. Cette dernière prend fin par le décès de l'interdit également, car cette mesure n'est pas définitive, lorsque l'interdit recouvre la raison, mais cette condition ne suffit pas, jugement doit donner main levée de l'interdiction. En d'autres termes, l'interdit ne reprend l'exercice de ses droits qu'après le jugement de main levée. Il est nécessaire de distinguer deux périodes, le législateur traitant de façon différente les actes passés avant et après le jugement d'interdiction.

C'est le jugement de l'interdiction qui crée l'incapacité de l'aliéné. Il s'agit d'un jugement constitutif. Il en résulte que l'interdiction ne rétroagit pas : l'aliéné n'est interdit qu'à dater du jugement. On devrait donc, quand l'aliéné à passer un acte avant le jugement, exiger du demandeur en nullité la preuve de l'aliénation mentale au moment où l'acte a été accompli.

L'article 306 du code de la famille dispose à ce sujet que les actes passés par l'aliéné non interdit ou avant son interdiction sont annulables, pour autant que la démence ou l'imbécillité existât notoirement au moment où ces actes ont été passés²⁹. Notamment au moment où ces actes ont été passés ainsi ce texte substitue à la preuve de droit commun (preuve de l'aliénation mentale au moment où l'acte est passé seul, beaucoup plus facile, de la notoriété de la démence à l'époque de l'acte).

²⁹ Article 306 du code de la famille.

Il faut remarquer que l'article 306 vise sans aucune distinction, tous les actes antérieurs au jugement, qu'ils aient été accomplis pendant ou avant la procédure. Cette nullité est relative et se prescrit par dix ans à dater de l'acte.

Le jugement prononçant l'interdiction, nous l'avons dit, est un jugement constitutif d'état. A compter du jugement de l'interdiction, tous les actes passés par l'interdit sont frappés de nullité

B. La mise sous curatelle

La curatelle est cette mesure qui permet de venir au secours du majeur qui a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile³⁰. Ainsi, la mise sous curatelle peut être demandée ou provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction³¹. Elle s'effectue de la même manière que celle dont le but est de mettre sous tutelle. Elle aboutit à la nomination d'une personne chargée d'assister les majeurs incapables dans les actes de la vie civile : le curateur, appelé sous d'autres noms le conseil juridique.

Certains majeurs, sans avoir perdu leur faculté intellectuelle méritent néanmoins d'être protégés car ils ont des comportements qui risquent fort de leur porter préjudice. Il s'agit, selon la loi, des prodigues et des faibles d'esprit et des personnes dont les facultés corporelles sont altérées. Le régime juridique de protection des personnes concernées ici est l'assistance³². Ce donc le même régime que donne l'émancipation.

Le législateur donne une liste des actes que le majeur doit passer avec l'assistance de son curateur. D'après l'article 313 du code de la famille, la personne placée sous curatelle ne peut plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner d'échange, aliéner ou grever leurs biens d'hypothèque sans l'assistance de son curatelle. Le tribunal ne peut placer une personne sous assistance du curateur que pour les actes ci-haut énumérés. Ce pour dire donc que pour les autres, les majeurs sous curatelle restent capables. La curatelle est soumise à la même condition de publicité et de cessation que l'interdiction judiciaire.

Selon l'article 314 du code de la famille, le régime de nullité des actes irrégulièrement accomplis par la personne placée sous tutelle est le même pour l'interdit. Il en découle que tous les actes accomplis par l'incapable

³⁰ E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.226.

³¹ Article 310 du code de la famille.

³² Article 311 du code de la famille.

antérieurement à sa mise sous curatelle sont annulables si le demandeur fait preuve de l'insanité de l'incapable au moment de l'acte³³.

Il montrera ainsi que l'intéressé de l'altération des facultés mentales ou corporelles était privé de la volonté consciente et libre nécessaire à la validité de l'acte.

La situation n'est cependant pas la même s'agissant des actes postérieurs au jugement de mise en curatelle. La personne placée sous curatelle n'étant incapable que partiellement prévu de la loi. Pour les autres actes, il est capable et peut donc le passée valablement même après le jugement de mise en curatelle.

2. L'EXERCICE DU COMMERCE EN DROIT DE L'OHADA

Selon l'évolution du monde des affaires, le droit commercial des États membres de l'OHADA trouvait certaines limites compte tenu de l'anachronisme du droit leur légué par les colonisateurs, et qui ne s'adaptait plus aux réalités actuelles et qui devrait être uniformisé et harmonisé en faveur de tous ces États.

En clair, tous ceux qui s'intéressent au monde d'affaires s'accordent et pour dire que la législation applicable dans la plupart des pays qui sont aujourd'hui signataires du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires était archaïque et inadapté, car remontant le plus souvent à la période coloniale.

Aussi, il y avait une diversité des législations qui étaient peu compatibles avec la tendance à la réalisation de l'intégration économique pour la constitution de communautés tant régionales que sous régionales.

Ainsi, il a fallu, au vu de ce qui précède, une législation modernisée et harmonisée. L'acte uniforme portant sur le droit commercial général constitue la première étape dans cette œuvre. Il existe désormais des règles communes dont l'examen révèle qu'il y a d'importantes innovations.

C'est le cas de l'exercice par la femme mariée d'une activité commerciale, qui, à la date de l'entrée en vigueur du traité de l'OHADA en République Démocratique du Congo le 12 septembre 2012, l'ancien article 448 de la loi n°87/010 du 01 août 1987 portant code de la famille ainsi que l'ancien article 215 limitait la capacité juridique de la femme mariée, qui, ont été abrogés par la réforme de 2016.

³³ Lire l'article 314 du code de la famille.

Il est loisible de réfléchir ici autour du commerçant et les actes de commerce (2.1) et sur la capacité commerciale d'exercer le commerce (2.2).

2.1. Le commerçant et actes de commerce

Cette section traite de la définition du commerçant (2.1.1), des actes de commerce (2.1.2), et ensuite des obligations comptables du commerçant (2.1.2).

2.1.1 Définition du commerçant

Exercer une activité commerciale sous forme individuelle est la manière la plus élémentaire, la plus simple d'exercice du commerce. Elle n'impose aucune structure juridique particulière, ni groupement de personnes, ni mobilisation de capitaux, même s'il est vrai que le plus souvent elle exige l'existence d'un fonds de commerce. Derrière l'entreprise individuelle se dissimule une personne physique, qui fait du commerce sa profession, et qui se trouve soumis ainsi à un statut particulier. Le commerçant y est défini comme la personne (physique ou morale) qui exerce des actes de commerce à titre de profession habituelle, en son nom et pour son propre compte³⁴.

La définition juridique du commerçant est prévue à l'article 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général selon lequel est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession. Cette définition légale est complétée par la doctrine moderne et unanime qui exige, en outre, que le commerçant exerce son activité en son nom et pour son compte. Il convient donc d'examiner ces trois conditions requises pour être qualifié de commerçant, à savoir : accomplir les actes de commerce (A), à titre de profession (B) et de manière indépendante (C).

A. Accomplissement d'actes de commerce par nature

Les actes de commerce confèrent la qualité de commerçant. C'est aux fruits que l'on reconnaît l'arbre, dit-on. C'est donc à la nature des actes qu'il accomplit que l'on reconnaît le commerçant. Mais tous les actes de commerce ne confèrent pas systématiquement la qualité de commerçant, loin de là. Ainsi, le fait de signer des lettres de change, même de façon régulière, ne rend pas commerçant³⁵.

De même, la création d'une société commerciale ne confère en aucun cas la qualité de commerçant aux associés, à l'exception d'associés des sociétés en

³⁴ ARTHUR YOUNG INTERNATIONAL, *Droit commercial et droit des sociétés en Afrique*, Université Francophones UREF, éd. EDICEF, Paris, 1989, p.17.

³⁵ I. RANDRIANIRINA, *Cours de droit commercial*, 1^{ère} édition, 2019-2020, p.108.

nom collectif et des associés commandités des sociétés en commandite. Seuls les actes de commerce par nature, à l'exclusion des actes de commerce par la forme et par accessoire, confèrent à ceux qui les accomplissent la qualité de commerçant³⁶.

Selon l'article 3 de l'acte uniforme sous examen, 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. Malgré la définition de l'acte de commerce que le législateur communautaire a tenté de donner, il procède comme par le passé à une énumération non exhaustive des actes de commerce. Mais cette énumération appelle trois observations.

La première est que seuls sont visés les actes et les opérations. Le législateur évite ainsi dans cette énumération, de confondre les professions commerciales et les actes juridiques³⁷. Il n'existe donc plus d'actes devant leur caractère commercial à l'idée de répétition ou d'organisation désignés sous l'appellation d'actes de commerce par entreprise. L'opposition entre acte de commerce isolé et acte de commerce par entreprise a donc disparu.

La seconde est que la catégorie dite des actes de commerce par accessoire figure dans l'énumération. Il s'agit notamment des actes effectués par les sociétés commerciales, des contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et des opérations des intermédiaires de commerce.

La troisième remarque tient au fait que la liste des actes de commerce a été reprise sans aucune modification ni adjonction avec les mêmes opérations telles que l'achat de biens meubles ou immeubles en vue de leur revente, l'exploitation industrielle des mines, carrières et gisements de ressources naturelles et les opérations de télécommunications.

Cette reprise concerne aussi les actes de commerce par la forme dont la commercialité est indépendante de la qualité de l'auteur de l'acte. À la lettre de change et aux sociétés commerciales par la forme définies à l'alinéa 2 de l'article 6 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêts économiques, le législateur ajoute le billet à ordre et le warrant.

³⁶ I. RANDRIANIRINA, *op. cit.*, p.108.

³⁷ G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 3^{ème} Ed., L.G.D.J, Paris, 1954, n° 276, p. 127.

Il reste entendu que l'accomplissement des actes de commerce par la forme ne confère jamais à leur auteur la qualité de commerçant.

B. L'exercice des actes de commerce à titre de profession habituelle

Il ne suffit pas de réaliser des actes de commerce pour recevoir la qualité de commerçant, encore faut-il les accomplir à titre de profession habituelle. Ainsi, celui qui, à titre occasionnel, achète des marchandises dans le but de les revendre, ne se voit pas conférer ipso facto le statut de commerçant. Le moment à partir duquel la réalisation d'actes de commerce devient une source principale de revenus pour leur auteur est une question de pur fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Les magistrats examinent les situations au cas par cas, en fonction de la proportion des revenus, bien entendu, mais aussi des circonstances de l'espèce et de la finalité des actes.

L'exercice d'une autre activité, notamment civile, n'est pas un obstacle à la qualification de commerçant. Il n'est pas interdit à un artisan-pâtissier de vendre dans son local des bonbons industriels. Il cumule alors le statut d'artisan et de commerçant. L'immatriculation au répertoire des métiers ne dispense pas de l'inscription au registre du commerce et des sociétés³⁸.

Comme dans la législation antérieure, l'acquisition de la qualité de commerçant tient non seulement à l'accomplissement d'actes de commerce par nature, mais également à leur exercice répété à titre de profession et pour son compte. Il en résulte que pour être qualifié de commerçant, on doit effectuer des actes de commerce légaux à titre de profession. Cela signifie que les actes de commerce doivent être effectués de façon répétée (sans toutefois que le nombre des opérations soient précisé) et avec une intention lucrative (ce qui est parfois difficile à démontrer). Cette activité doit procurer une part essentielle des revenus.

En utilisant cette expression, les rédacteurs de l'Acte Uniforme veulent simplement dire que l'accomplissement d'actes de commerce ne confère la qualité de commerçant que si l'intéressé en tire l'essentiel de ses revenus. Il faut déduire de cette exigence deux conséquences.

Premièrement, lorsque la personne accomplit des actes de commerce isolés, elle n'acquiert pas, de ce seul fait, la qualité de commerçant. Deuxièmement, la personne qui accomplit des actes de commerce n'acquiert pas la qualité de commerçant dès lors que l'accomplissement des actes ne lui

³⁸ I. RANDRIANIRINA, *op. cit.*, p.108.

procure pas de revenus. Ainsi l'accomplissement d'actes de commerce par la forme, même de manière répétée, ne confère pas la qualité de commerçant. Enfin, la jurisprudence exige, en outre, que le commerçant effectue ces actes de commerce en son nom et pour son propre compte.

C. L'accomplissement d'actes de commerce de manière indépendante

Pour accéder au statut de commerçant, il faut agir en son nom personnel, pour son propre compte et à ses risques et périls, en engageant ses biens propres. Cette exigence d'indépendance exclut les salariés, quelles que soient les fonctions occupées. Certaines personnes agissent aussi pour le compte d'autrui sans pour autant être salariées, elles ne sont pas non plus commerçantes : ce sont les gérants-mandataires et les agents commerciaux.

Enfin, les dirigeants de sociétés (gérants, présidents, directeurs généraux, administrateurs...) n'ont pas non plus la qualité de commerçants. En tant que mandataires sociaux, ils représentent légalement les personnes morales qu'ils dirigent. Sont en revanche commerçants les distributeurs liés à des entreprises concédantes par des contrats de concession ou de franchise. Leur dépendance n'est en effet qu'économique : ils conservent leur indépendance juridique³⁹.

Afin de ne pas confondre l'entrepreneur individuel commerçant avec les salariés et autres subordonnés, la jurisprudence complète la définition légale du commerçant en exigeant que ce dernier exerce des actes de commerce légaux à titre de profession habituelle et en toute indépendance (sans agir sous les ordres de telle ou telle personne).

Même si l'Acte uniforme ne le prévoit pas expressément, on est obligé de considérer que pour accéder à la profession commerciale, il faut justifier d'une certaine indépendance. C'est ce qui explique que seuls ont la qualité de commerçants, selon l'Acte uniforme sur le droit commercial général, les intermédiaires qui exercent leurs activités en toute indépendance. Les intermédiaires visés sont ceux qui interviennent dans les relations commerciales pour faciliter la circulation des produits.

L'article 169 de l'Acte uniforme, définit l'intermédiaire comme "celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial". L'intermédiaire au sens de ce

³⁹ I. RANDRIANIRINA, *op. cit.*, p.108.

texte ne peut s'entendre que de la personne qui agit pour le compte d'autrui dans le cadre d'un acte juridique à caractère commercial ; or la vente commerciale est définie de manière restrictive par l'article 234. C'est, selon le texte, la "vente de marchandises entre commerçants".

Il résulte donc de la combinaison de ces deux textes que le statut d'intermédiaire de commerce ne peut être reconnu à celui qui intervient dans la conclusion d'un contrat n'ayant pas pour objet la vente de marchandises entre commerçants. Cette nouvelle approche ne pouvait pas ne pas avoir de répercussions sur le régime juridique applicable aux intermédiaires. C'est ce qui explique la coexistence de deux types de règles : d'une part les règles propres aux différents intermédiaires ; d'autre part des règles générales qui sont applicables à tous les intermédiaires et que l'on pourrait qualifier de Droit Commun de l'intermédiation commerciale.

La profession de commerçant n'est, en principe, pas exclusive de l'exercice d'une autre profession. En d'autres termes, quiconque exerce officiellement telle profession, peut également être par ailleurs, commerçant de fait par application de l'article 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, parfois même sans en avoir conscience ! (cas du comptable salarié qui, pendant ses loisirs et de manière indépendante, achète pour les revendre des objets de collection en étant animé d'une intention lucrative et en en tirant une part substantielle de ses revenus : Pour ses fonctions comptables, ce salarié demeure régi par le droit du travail mais pour son activité personnelle relative aux objets de collection, il encourt la qualification de commerçant et l'application du droit commercial).

Selon la loi, pour être qualifié de commerçant, on doit effectuer des actes de commerce légaux à titre de « profession ». Cette activité doit procurer une part essentielle des revenus.

Plusieurs raisonnements déductifs permettent de savoir qui est commerçant :

- L'immatriculation d'une personne au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) fait présumer la commercialité de cette personne, sauf preuve contraire (présomption simple de commercialité). L'intéressé a, en effet, entendu officialiser sa profession commerciale en requérant son immatriculation.
- Le fait d'être associé dans une société en nom collectif ou d'être commandité dans une société en commandite, indique également que

l'on est commerçant car la capacité commerciale est requise de ces catégories d'associés.

- Mais seule la définition de l'article 2 AUDCG doit être retenue dans le cas d'un contentieux : «Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession»... en son nom et pour son compte propre.

2.1.2 *Les actes de commerce*

La notion d'acte de commerce n'est pas définie par le législateur communautaire. L'acte uniforme relatif au droit commercial général se borne à énumérer une liste des actes entrant dans cette catégorie.

La doctrine contemporaine franchit le pas, notamment sous la plume d'auteurs tels que Jean Hamel, Georges Ripert, René Roblot et Louis Vogel, en déniaient tout caractère exhaustif à la liste légale des actes de commerce. Il faut sans doute leur donner raison car on ne peut contester le fait que, depuis 1807, les activités commerciales ne cessent de se renouveler. Une définition restrictive aurait eu pour effet de restreindre le domaine des actes de commerce sans aucune ouverture sur les nouvelles activités générées par l'évolution des modes de vie⁴⁰.

Au fait, nous avons retenu qu'un acte qui consiste à acheter des biens appelés marchandise, dans l'intention de les revendre avec un bénéfice. En d'autres mots, un acte de commerce est un acte ou un fait juridique soumis aux règles du droit commercial en raison de sa nature, de sa forme ou de la qualité de commerçant de son auteur⁴¹.

En droit OHADA, ce sont les articles 3 et 4 de l'acte uniforme relatif au DCG qui énumère les actes de commerce. Plusieurs auteurs ont abondé dans cette notion d'actes de commerce, qui les classifient en actes de commerce par nature, par accessoire et mixte. Par contre, dans le cadre de ce travail, nous nous limiterons à épingler justement les actes de commerce prévus par le droit OHADA, notamment ceux énumérés aux articles 3 et 4 de l'acte sus-évoqué. Ainsi ont le caractère d'actes de commerce :

⁴⁰ J. CALAIS-AULOY, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce », *In Études à la mémoire d'Henri Cabrillac*, p. 37 ; et G. RICHELME, « Il faut redéfinir ce qu'est l'acte de commerce », propos recueillis par Bauer D., LPA 4 févr. 2019, n° 025, p.5.

⁴¹ Le Commerçant en droit français et l'Acte de commerce, *in [en ligne] disponible : fr.wikipedia.org*, consultée le 07 mai 2020.

- L'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revendre⁴²;
- Les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit⁴³;
- 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 meubles⁴⁴ ;
- Les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication⁴⁵ ;
- Les opérations des intermédiaires de commerce telles que commission, courtage, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce⁴⁶;
- Les actes effectués par les sociétés commerciales⁴⁷.

⁴² L'achat de biens meubles dans le but de les revendre, constitutif d'un acte de commerce, consiste à acheter un bien meuble pour le revendre immédiatement, sans n'y apporter aucune transformation. L'achat de biens immeubles dans le but de les revendre, constitutif d'un acte de commerce, consiste à acheter un bien immeuble pour le revendre immédiatement, sans y apporter aucune transformation ni amélioration significative.

⁴³ L'opération de banque est le contrat qui consiste, pour une personne appelée le banquier, à proposer des services de réception de fonds du public, dans le but de les rembourser, ainsi que des services de crédit et de paiement. L'opération de bourse consiste à acheter et vendre des titres (actions ou obligations) émis sur un marché financier réglementé (plus communément appelé « bourse ») pour le compte d'autrui. L'opération d'assurance est le contrat par lequel une personne, appelée l'assureur, perçoit de la part de son client qui désire faire couvrir un risque, appelé l'assuré, des primes en contrepartie du versement d'une indemnité en cas de réalisation du risque couvert par le contrat.

⁴⁴ La location de biens meubles est un contrat de louage de choses accompli à titre professionnel. Le louage de choses est le contrat par lequel une personne, appelée « loueur » ou « bailleur », s'oblige à faire jouir une autre, appelée « locataire » ou « preneur à bail », d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix.

⁴⁵ L'entreprise de manufacture, encore appelée « activité industrielle », consiste à acheter des produits dans le but de les transformer en produits finis et de les vendre en grande quantité. L'entreprise de transport consiste à acheminer des personnes ou des marchandises d'un point à un autre.

⁴⁶ L'entreprise de commission est l'activité qui consiste, pour une personne appelée le commissionnaire, à conclure un contrat en son nom mais pour le compte d'une autre personne appelée le commettant. L'acte d'entremise dans l'immobilier, constitutif d'un acte de commerce, consiste, pour l'intermédiaire appelé l'agent immobilier, à mettre en relation des vendeurs et des acheteurs de biens immobiliers. Le courtage est une activité qui consiste, pour une personne appelée le courtier, à mettre en relation, sans les représenter, des personnes afin qu'elles puissent conclure un contrat entre elles.

⁴⁷ Une société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, appelées les associés, conviennent de mettre en commun des biens, une somme d'argent ou leur industrie, affectés à la gestion d'une entreprise commune, dans le but d'en partager les résultats d'exploitation.

Les actes de commerce par la forme sont toujours de nature commerciale, quelle que soit la qualité de la personne qui les accomplit. Ils sont intrinsèquement commerciaux en raison de leur forme et ne peuvent jamais revêtir un caractère civil. Il s'agit de la lettre de change⁴⁸, le billet à ordre et le warrant.

2.1.3. Les obligations d'un commerçant

L'acte uniforme met deux types d'obligations à la charge des commerçants. Il s'agit des obligations comptables (A) d'une part et d'autre part, l'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier (B).

A. L'obligation comptable

Une première obligation est faite aux commerçants: celle de tenir une comptabilité et des livres de commerce légaux. Ces obligations sont prévues par les articles 15 et suivants de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. Ainsi, il y a obligation qui pèse sur tous les commerçants qu'ils soient personnes physiques ou morales. C'est l'obligation de tenir les livres de commerce visés à l'article 15. Il s'agit de :

- Le journal qui enregistre au jour le jour les opérations commerciales ;
- Le grand livre avec balance générale récapitulative ;

⁴⁸ La lettre de change (ou « traite ») est un titre par lequel une personne, appelée le tireur, donne mandat à une autre, appelée le tiré, qui est son débiteur, de payer à un tiers, appelé le bénéficiaire ou le porteur, ou à son ordre, une somme d'argent définie, à une date déterminée. La lettre de change, du latin cambio signifiant « change » est apparue dans les foires d'Italie au Moyen Âge. C'était un instrument de change de devises fort pratique, car elle évitait aux commerçants de transporter des pièces d'argent en quantité lors des expéditions. Par là même, l'utilisation des lettres de change contribuait à sécuriser les transactions. La technique permettait à un commerçant de confier son argent à un banquier en échange d'une lettre rédigée par ce dernier à l'intention de son correspondant situé dans une localité, éventuellement dans un pays étranger, et lui donnant ordre de verser une somme dans la monnaie locale à son client à son arrivée. À partir du XVI^e siècle, la lettre de change devient transmissible par voie d'endossement, ce qui permettait aux commerçants de la faire circuler. Grâce aux endossements successifs, la lettre de change devient ce qu'elle est aujourd'hui, à savoir un instrument de paiement et de crédit. Cette nouvelle utilisation donne naissance à l'opération d'escompte: sans attendre l'échéance mentionnée sur la traite, le porteur peut mobiliser la même créance représentée en la transmettant à une autre personne qui la lui achète. À la fin du XVIII^e siècle, les banquiers font un usage professionnel de l'escompte en utilisant les fonds laissés en dépôt par leurs clients : ils revendent les lettres de change à des commerçants qui ont besoin d'effectuer des paiements à l'étranger. Un véritable marché des lettres de change s'installe dans les grandes villes entre banquiers et agents de change. On peut alors établir un cours des devises étrangères. La notion d'effet de commerce, qui a fait, à l'occasion, son apparition en droit commercial, a donné lieu à l'élaboration d'un droit cambiaire, ou littéralement « droit du change », qui régit les effets de commerce.

- Le livre d'inventaire ;
- Il y a en effet, l'obligation d'établir tous les ans les états financiers de synthèse.

B. L'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier

L'une des principales obligations du commerçant est d'être immatriculée au registre du commerce. L'article 14 de l'acte uniforme sous examen précise que toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit, dès le début de l'exploitation de ce commerce, requérir au greffe de la juridiction compétence dans le ressort duquel le commerce est exploité, afin de se faire immatriculer au registre du commerce.

En clair, cet article libelle les personnes commerçantes qui sont assujetties à l'immatriculation. Il s'agit notamment :

- Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens de l'acte uniforme sur le droit commercial général ; la requête en vue de l'immatriculation doit être introduite dans le premier mois de l'exploitation ;
- Les sociétés commerciales et autres personnes morales visées à l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Ainsi, l'immatriculation au RCCM confère à la société la personnalité juridique. C'est ne qu'à compter de la date d'immatriculation que la société peut reprendre les engagements et les actes accomplis pour un compte.

2.2 La capacité d'exercer le commerce

Selon l'article 6 de l'AUDCG nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce⁴⁹. Cette condition vise à protéger la personne qui veut mener une activité commerciale telle qu'analysé précédemment. Il s'agit du mineur (2.2.1), des incapables majeurs (2.2.2), les incompatibilités (2.2.3) dont sont soumises certaines personnes de ne pas exercer la profession de commerçant à cause des interdits se fondant sur un défaut d'honorabilité ainsi que les interdictions et déchéances professionnelles (2.2.4).

⁴⁹ Article 6 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

2.2.1 *Le mineur*

Un mineur, selon l'article 2 point 2 de la loi portant protection de l'enfant, est défini comme toute personne âgée de moins de 18 ans⁵⁰. Ainsi compris, d'après l'article 7 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, le mineur sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectué les actes de commerce. En d'autres termes, une personne de moins de 18 ans est prohibée à exercer la profession commerciale, à moins qu'il ait été émancipé. Dans ce cas, la famille saisie le tribunal pour obtenir l'accord du juge à déclarer le mineur émancipé et capable de faire le commerce.

En droit commercial, le mineur non émancipé est absolument incapable de faire le commerce ; c'est ce que traduit l'article 7 alinéa 1 de l'Acte uniforme lorsqu'il dispose que le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce.

Cette exigence conduit à exclure de la profession commerciale le mineur ordinaire qui ne peut pas devenir commerçant ni même accomplir les actes de commerce. Tirant toutes les conséquences de l'émancipation, les rédacteurs de l'acte uniforme admettent la possibilité pour le mineur qui en bénéficie de devenir un commerçant⁵¹.

2.2.2. *Les incapables majeurs*

Encore appelé interdit judiciaire, les incapables sont des majeurs représentés et ne peuvent être commerçants. Il s'agit des personnes dont les facultés mentales sont altérées à tel point qu'elles ont besoin d'être représentées d'une manière continue pour les actes de la vie civile. Elles sont dotées d'un tuteur désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance.

2.2.3 *Les incompatibilités*

Il est en principe possible d'accomplir simultanément plusieurs activités professionnelles. Toutefois, l'exercice de certaines professions ou fonctions est difficilement compatible avec une activité commerciale. Tantôt, l'intention spéculative est interdite lorsque cumulée avec une certaine profession ; tantôt le cumul entraîne un conflit d'intérêts répréhensible ; tantôt encore il s'agit simplement de préserver l'éthique de certaines professions⁵².

⁵⁰ Article 2 de la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.

⁵¹ NDIAW DIOUF, Acte uniforme relatif au Droit commercial général, In [en ligne] disponible sur : www.idlo.int, consulté 30 avril 2020.

⁵² I. RANDRIANIRINA, *op. cit.*, p.129.

Les incompatibilités sont regroupées en deux catégories. Il s'agit de non exercice d'une profession incompatible avec la profession commerciale et également avoir fait l'objet d'une mesure d'interdiction. Rappelons que les incompatibilités sont prévues aux articles 9 à 12 de l'acte uniforme sous examen.

Selon l'Article 8 de l'AUDCG, nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité. Cette incompatibilité n'existe pas en l'absence de dispositions légales. Il appartient à celui qui invoque l'incompatibilité d'en rapporter la preuve. Les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité n'en restent pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi. Ceux-ci peuvent, si bon leur semble, se prévaloir des actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité, mais celle-ci ne peut s'en prévaloir.

L'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes :

- Fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;
- Officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateur et liquidateur judiciaire ;
- Expert-comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime ;
- Plus généralement, toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale.

2.2.4 Les interdictions et déchéances professionnelles

Les interdictions⁵³ privent le commerçant du droit d'exercer le commerce. Elles constituent des sanctions prononcées par une instance professionnelle ou juridictionnelle. Ces interdictions peuvent être spéciales ou générales, définitives ou temporaires.

Les actes accomplis par les interdits non réhabilités restent valables mais ne peuvent être opposables aux tiers de bonne foi. Cette règle repose sur la théorie de l'apparence qui doit toujours profiter à ceux qui sont de bonne foi.

⁵³ ARTHUR YOUNG INTERNATIONAL, *op. cit.*, pp.46, 100-102.

L'objectif visé par les interdictions et déchéances est d'éliminer du domaine des affaires les personnes dont la moralité est douteuse.

Il en est ainsi des personnes qui font l'objet selon l'article 10 de l'AUDCG, d'une interdiction générale, définitive ou temporaire, prononcée par une juridiction de l'un des États partis, que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire.

C'est également le cas des personnes contre lesquelles une interdiction est prononcée par une juridiction professionnelle, dans ce cas, l'interdiction ne s'applique qu'à l'activité commerciale considérée ; il en est de même de ceux qui ont été condamnés définitivement à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière.

L'interdiction à titre temporaire d'une durée supérieure à 5 ans, de même que l'interdiction à titre définitif, peuvent être levées, à la requête de l'interdit, par la juridiction qui a prononcé cette interdiction. Cette requête n'est recevable qu'après expiration d'un délai de cinq (5) ans à compter du jour où la décision prononçant l'interdiction est devenue définitive.

L'interdiction prend fin par la réhabilitation dans les conditions et les formes prévues par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Sans préjudice d'autres sanctions, les actes accomplis par un interdit sont inopposables aux tiers de bonne foi. Laquelle bonne foi est toujours présumée. Toutefois, les actes de l'interdit lu sont opposables.

3. LE DROIT COMMERCIAL OHADA ET LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE EN DROIT CONGOLAIS

Avant de parler sur **la capacité juridique pour l'exercice du commerce par la femme mariée** (3.2), il nous faut placer un mot sur l'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA (3.1).

3.1. L'adhésion de la R.D.C. au traité de l'OHADA

La dégradation du climat d'investissement, notamment en raison d'une insécurité juridique et judiciaire décriée depuis deux décennies au moins, a conduit les autorités congolaises à envisager la réforme du droit des affaires et la réhabilitation de la justice.

D'une part, les règles applicables aux affaires sont éparses, peu accessibles, parfois fragmentaires, voire lacunaires, souvent archaïques, comme peuvent en témoigner le droit des sociétés par actions à responsabilité limitée (embryonnaire et obsolète) ou encore le droit de la faillite (largement dépassé par la pensée juridique moderne qui privilégie autant que possible le sauvetage des entreprises en difficulté), sans oublier le droit des contrats commerciaux (qui se réfugie souvent hasardeusement derrière le droit civil des contrats usuels et des contrats spéciaux) et le droit commercial général (bail commercial non réglementé, registre du commerce insuffisamment organisé)⁵⁴.

D'autre part, notre droit ignore encore diverses techniques juridiques répandues à travers le monde : la société unipersonnelle (qui contribuerait à structurer le secteur informel), le groupement d'intérêt économique, le droit pénal des sociétés (apte à réprimer les abus de biens sociaux, par exemple), les procédures d'alerte (pour renforcer la prévention des risques dans les sociétés), l'optimisation du rôle et de l'autonomie des commissaires aux comptes, le mécanisme de la lettre de garantie en droit des sûretés, entre autres. En outre, le droit processuel des affaires s'illustre par la pratique de jugements iniques, à cause de divers maux dont souffre l'appareil judiciaire (démotivation des magistrats, absence de formation permanente et de spécialisation, corruption) ainsi que de l'ignorance des procédures de recouvrement accéléré des créances et de la stagnation des règles organisant les voies d'exécution (dont certains procédés, comme la saisie-attribution, par exemple, sont encore ignorés par notre droit)⁵⁵.

Enfin, le souci de réformer notre droit des affaires a suscité moult tentatives depuis une vingtaine d'années. En vain. Certes, quelques succès ont été enregistrés dans des matières que l'ordre juridique congolais pourra jalousement conserver et expérimenter personnellement, ce qui pourrait hisser notre pays au rang de modèle à cet égard : Code des investissements, code minier, code forestier, code fiscal, code douanier, code de l'énergie⁵⁶.

Hormis ces performances, le tableau du droit substantiel et processuel des affaires est largement sombre en ce vingt-et-unième siècle. Et dans le contexte de mondialisation, la réforme doit autant que possible se dessiner dans un

⁵⁴ R. MASAMBA MAKELA, *Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA*, Rapport final Vol. 1, Kinshasa, 04 février 2005, pp.10-11.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

cadre régional en termes d'harmonisation des règles juridiques, voire d'uniformisation⁵⁷.

En effet, le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 octobre 1993 à Port Louis en Ile Maurice, a pour objet, d'une part, l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation des économies des États partis et, d'autre part, la promotion de l'arbitrage ainsi que la mise en œuvre des mécanismes judiciaires adéquats en matière de règlement des litiges commerciaux. Le Traité vise, par ailleurs, à promouvoir l'intégration juridique, économique, régionale et à favoriser l'institution d'une communauté économique en vue d'accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine.

L'uniformisation du droit des affaires qui en résulte contribuera au renforcement de la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques, condition essentielle de l'amélioration du climat des affaires. L'appartenance de la République Démocratique du Congo à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires « l'OHADA », accélérera l'harmonisation de l'ordre juridique congolais et optimisera le renforcement des capacités des magistrats et auxiliaires de justice, notamment grâce à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature de cette Organisation. Enfin, l'adhésion au Traité offrira à la République Démocratique du Congo une nouvelle opportunité d'assumer sa vocation africaine.

Le processus d'adhésion de la République Démocratique du Congo (RDC) à l'OHADA a débuté par la promulgation de la loi n°10/002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au traité de l'OHADA du 17 octobre 1993 et a atteint son objectif final, le 13 juillet 2012, par le dépôt des instruments d'adhésion de la RDC auprès du gouvernement de l'Etat dépositaire du Traité de Port Louis. C'est dans l'après-midi du 12 juillet 2012 que la Haute délégation de la RDC, composée du Ministre de la Justice (Maître Wivine MUMBA MATIPA), du Vice-Ministre des Affaires Etrangères (Maître Célestin TUNDA YA KASENDE) et du Président de la Commission Nationale OHADA (Doyen Roger MASAMBA MAKELA), est arrivée à Dakar.

Pour la petite histoire, un signe bénissant est tombé du ciel dans la soirée : la pluie, la première à Dakar depuis un an. Concrètement et conformément au Traité de l'OHADA, soixante jours après le dépôt effectué à Dakar, le Traité, les

⁵⁷ R. MASAMBA MAKELA, *op. cit.*, pp. 10-11.

Règlements d'application et les Actes uniformes entreront en vigueur en RDC. C'est donc le 12 septembre 2012 que l'ordre juridique congolais changera de visage, avec un droit des affaires harmonisé, moderne, dynamique et sécurisant⁵⁸.

3.2 La capacité juridique pour l'exercice du commerce par la femme mariée

On appelle femme mariée, celle qui est liée dans un lien de mariage légalement reconnu, c'est-à-dire le mariage célébré directement par l'officier de l'état civil ou le mariage célébré en famille mais enregistré par l'officier de l'état civil conformément aux prescrits de la loi du 1^{er} août 1987 portant code de la famille⁵⁹.

Par extension du principe, la loi considère comme femme mariée (légalement), celle qui se trouve dans l'une des trois hypothèses suivantes :

- La femme unie dans le lien d'un mariage monogamique contracté conformément à la coutume antérieurement à date d'entrée en vigueur du code de la famille, c'est-à-dire le 1^{er} août 1988⁶⁰;
- La femme unie dans un lien d'un mariage célébré conformément aux prescrits de l'ancien code civil livre premier, aujourd'hui abrogé ⁶¹;
- La femme unie dans le lien d'un mariage polygénique (polygamique) conclu avant le 1^{er} janvier 1951. Ceci découle de l'interprétation logique qu'il y a à faire de l'article 925 du code de la famille qui prévoit que les mariages polygéniques conclus selon la coutume avant le premier janvier 1951 sont valides⁶².

Pour mieux appréhender la capacité juridique pour l'exercice du commerce par la femme mariée en droit de l'OHADA, et ce, à la lumière du droit de la famille congolais, il est loisible de s'atteler sur deux périodes, notamment la période d'avant la réforme de 2016 (3.2.1) et celle après ladite réforme (3.2.2).

⁵⁸ OHADA, « Dépôt des instruments d'adhésion de la RDC à l'OHADA / DAKAR / 13 juillet 2012 », 17/07/2012, in [en ligne] disponible sur: <http://www.ohada.com/actualite/1614/depot-des-instruments-d-adhesion-de-la-rdc-a-l-ohada-dakar-13-juillet-2012.html>, consulté le 21 mai 2020.

⁵⁹ E. MWANZO Idin' AMINYE, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁰ Article 924 du code de la famille.

⁶¹ Article 924 du code de la famille.

⁶² Article 925 du code de la famille.

3.2.1 *L'exercice du commerce par la femme mariée avant la réforme de 2016 (Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987)*

Aux termes de l'article 6 al.1 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce⁶³. Cette disposition légale ne détermine nullement comment une personne peut avoir la capacité ou quelle est la personne capable à exercer le commerce. Ce vide juridique, conformément au traité de l'OHADA, renvoi la question aux différentes législations de chaque États partis. En droit congolais, les notions de la capacité sont prévues dans le code de la famille.

En effet, selon l'ancien article 215 du code de la famille in fine, la capacité de la femme mariée trouvait certaines limites conformément à la loi. En outre, l'article 448 modifié, posait le principe de l'incapacité d'exercice en ce sens que la femme mariée ne peut, à peine de nullité, exercer seule ses droits sans l'autorisation de son mari⁶⁴.

De ce fait, aux termes de l'ancien article 448 du code de la famille, la femme mariée devait obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'obligeait à une prestation qu'elle devait effectuer en personne. Autorisée, elle devenait apte à poser des actes juridiques. La nécessité de cette autorisation précise le Professeur Eddy MWANZO Idin'AMINYE, n'était rien d'autre que la conséquence de la puissance maritale consacrée à l'article 444 du code de la famille⁶⁵.

Par ailleurs, l'autorisation maritale n'était soumise à aucune forme solennelle. Elle pouvait être expresse ou tacite. Expresse, elle pouvait être verbale ou écrite. Elle pouvait être un acte sous seing privé ou un acte authentique. Elle était tacite, toutes les fois que le mari a porté son concours à la passation de l'acte par la femme⁶⁶.

Ainsi donc, depuis l'entrée en vigueur du traité de l'OHADA en République Démocratique du Congo en date du 12 septembre 2012 jusqu'à la réforme du code de la famille en date du 15 juillet 2016⁶⁷, la femme mariée était incapable d'exercer le commerce conformément aux anciens articles 215 et 448 du code de la famille. Cette incapacité juridique d'exercer l'activité commerciale prenait fin, par l'autorisation maritale.

⁶³ Article 6 de l'Acte Uniforme relatif au Droit commercial général.

⁶⁴ E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, p.278.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille.

3.2.2 L'exercice du commerce par la femme mariée après la réforme de 2016 (Loi n°16/008 du 15 juillet 2016)

Avant de traiter la question de la capacité commerciale de la femme mariée (B), il convient de préciser le contexte de la réforme de 2016 (A).

A. Le contexte et justification de la réforme par rapport à la capacité juridique de la femme mariée

Des inégalités de droits, de chance et de sexe persistent entre les hommes et les femmes et font perdre à la République Démocratique du Congo l'utile contribution des femmes à la réalisation de ses objectifs de développement humain durable. Cette persistance des disparités entre homme et femme est constatée dans presque tous les domaines de la vie nationale, particulièrement dans les domaines politique, économique, social et culturel, disparités qui entraînent inéluctablement des discriminations entravant la mise en œuvre adéquate de la parité homme-femme.

Devant cette situation, la Constitution du 18 février 2006, telle que révisée à ce jour, consacre, dans ses articles 12 et 14, les principes d'égalité de droits, de chance et de sexe. La République Démocratique du Congo a ratifié plusieurs instruments juridiques internationaux, régionaux et sous régionaux relatifs aux droits humains. Il s'agit notamment de la déclaration universelle des droits de l'homme, le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs aux droits des femmes, la convention des Nations-Unies sur les Droits de l'Enfant, la convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'endroit de la femme, le protocole d'accord de la SADC sur le genre et le développement, la résolution 1325 des Nations-Unies, le traité de l'OHADA, etc...

Ces instruments juridiques internationaux, régionaux et sous régionaux proclament tous l'égalité de droits entre l'homme et la femme et constituent autant d'engagements pour la République Démocratique du Congo à prendre des mesures légales et administratives pour la jouissance de ces droits par la femme.

En effet, aux termes de l'article 215 de la Constitution, les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie⁶⁸.

⁶⁸ Article 215 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour.

En droit des affaires, le traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique du 17 avril 1993 révisé le 17 octobre 2008 a une primauté sur les lois congolaises, d'où la nécessité pour celles qui lui sont contraires d'être harmonisées. Par ailleurs, l'article 35 de la Constitution prévoit que l'Etat garantit le droit à l'initiative privée tant aux nationaux qu'aux étrangers. Il encourage l'exercice du petit commerce, de l'art et de l'artisanat par les Congolais et veille à la protection et à la promotion de l'expertise et des compétences nationales⁶⁹.

L'article 8 de la loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité prévoit que « l'Etat garantit le droit de la femme à l'initiative privée. Il favorise, sans discrimination basée sur le sexe, l'accès à l'épargne, aux crédits, aux diverses opportunités et aux nouvelles technologies. Aux termes de l'article 9 de la loi sus-évoquée, l'Etat prend des mesures pour éliminer toute pratique néfaste aux droits de la femme en matière d'accès à la propriété, à la gestion, à l'administration, à la jouissance et à la disposition des biens⁷⁰.

B. La capacité d'exercer le commerce par la femme mariée

Pour garantir à la femme mariée ses droits prévus par les instruments juridiques nationaux et internationaux, le législateur congolais était dans la nécessité de réviser le code de la famille afin modifier les anciens articles 215 et 448 qui limitaient la capacité juridique de la femme mariée.

En effet, le législateur de 2016 a voulu mettre fin aux controverses doctrinales sur l'interprétation de l'ancien article 215 du code de la famille. L'ancien article 215 disposait en effet, sont incapables aux termes de la loi : les mineurs, les majeurs aliénés interdits, les majeures faibles d'esprit, prodigues, affaiblis par l'âge ou infirmes placés sous curatelle. La capacité de la femme mariée trouve certaines limites conformément à la présente loi.

Par contre, le nouvel article 215 a été modifié comme suit sont incapables aux termes de la loi : les mineurs, les majeurs aliénés interdits, les majeures faibles d'esprit, prodigues, affaiblis par l'âge ou infirmes placés sous curatelle.

Au fait, cet alinéa 2, sujet à controverses entre doctrinaires, a été supprimé. Aujourd'hui, poursuit le Professeur Eddy MWANZO Idin'AMINYE, donc la capacité de la femme mariée ne fait l'objet d'aucun doute. La modification de cet article 215 a eu comme conséquence la modification des articles 444, 445,

⁶⁹ Article 35 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour.

⁷⁰ Articles 8 et 9 de la loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité.

448, 449, 450, 451, 448 et 452 du code de la famille qui soumettaient la femme mariée à une autorisation à poser les actes juridiques⁷¹.

Par ailleurs, l'exercice du commerce étant un acte juridique, la femme mariée est juridiquement capable conformément à l'article 6 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général qui prévoit que nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce.

Étant donné qu'en droit congolais, la question de la capacité juridique est réglée par le code de la famille, ce dernier a délivré la femme mariée en abrogeant *expressis verbis* toutes les dispositions qui limitaient incontestablement la capacité de la femme mariée et qui la rendent pleinement capable, sauf si elle se retrouve dans l'hypothèse d'incompatibilités, déchéances ou interdictions professionnelles ou une incapacité des majeurs conformément à l'actuel article 215 du code de la famille.

Néanmoins, il faut le souligner, si le conjoint d'une femme mariée exerce le commerce à titre de profession habituelle, pour que cette dernière soit commerçante, elle doit accomplir les actes de commerce séparément de ceux de son conjoint conformément à l'article 7 alinéa 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

C'est ainsi que la jurisprudence française abonde qu'une femme mariée ne peut pas être tenue pour commerçante du seul fait qu'elle a sa résidence familiale à la même adresse que le fonds de commerce, qu'elle participe à la gestion de celui-ci et tolère l'établissement de factures à son nom, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elle faisait des actes de commerce personnellement et non pas comme simple aide de son mari, sous la dépendance de celui-ci⁷².

Pour ainsi dire que, une femme mariée ne peut pas exercer le commerce conjointement avec son mari. L'accomplissement d'actes de commerces doivent être séparés. Par contre, dans le cas où les patrimoines commerciaux de deux conjoints ne sont pas séparés pendant l'exercice d'une même activité commerciale, c'est le mari qui est réputé commerçant.

Toutefois, pour besoin de sauvegarder le ménage, nous sommes d'avis avec ceux qui pensent que, le mari peut s'opposer à l'exercice par la femme mariée d'une activité commerciale.

⁷¹ E. MWANZO Idin'AMINYE, *op. cit.*, pp. 280-281.

⁷² Cass. com. 18-12-1984 : Bull.civ. IV p.286 ; dans le même sens, CA Rouen 26-2-1992 : RJDA 4/92 n°389, cité par B. MERCADAL, *Code pratique Francis Lefebvre OHADA : traités, actes uniformes et règlements annotés*, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2013, p.216.

CONCLUSION

L'adhésion de la République Démocratique du Congo au traité de l'OHADA qui est entré en vigueur le 12 septembre 2012 apporté d'innombrables innovations dans le monde des affaires. Il s'agit notamment l'exercice d'une activité commerciale qui est contraint pour son exercice à la capacité juridique. Cette dernière n'est pas traitée par le droit de l'OHADA, qui en son tour laisse la balle à la législation de chaque État parti.

En République Démocratique du Congo, la capacité juridique est réglée par la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016. Les anciens articles 215 et 448, dont le premier limitait la capacité juridique de la femme mariée et le second soumettait cette dernière à une autorisation maritale pour l'accomplissement des actes juridiques.

En effet, aux termes de l'ancien article 448 du code de la famille, la femme mariée devait obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'obligeait à une prestation qu'elle devait effectuer en personne. Autorisée, elle devenait apte à poser des actes juridiques. La nécessité de cette autorisation n'était rien d'autre que la conséquence de la puissance maritale consacrée à l'article 444 du code de la famille⁷³. Ainsi donc, depuis l'entrée en vigueur du traité de l'OHADA en République Démocratique du Congo en date du 12 septembre 2012 jusqu'à la réforme du code de la famille en date du 15 juillet 2016, la femme mariée était incapable d'exercer le commerce conformément aux anciens articles 215 et 448 du code la famille. Cette incapacité juridique d'exercer l'activité commerciale prenait fin, par l'autorisation maritale.

À cet effet, le maintien de ces dispositions légales dans l'arsenal juridique congolais ne pouvait plus se justifier car, à côté de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, la République Démocratique du Congo a ratifié plusieurs instruments juridiques internationaux, régionaux et sous régionaux relatifs aux droits humains qui proclament légalité des droits civils, politiques et socio-économiques. Ces instruments juridiques proclament tous l'égalité de droits entre l'homme et la femme et constituent autant d'engagements pour la République Démocratique du Congo à prendre des mesures légales et administratives pour la jouissance de ces droits par la femme.

⁷³ B. MERCADAL, *op. cit.*, p.216.

C'est ainsi que, lors de la réforme de 2016, l'article 215 du code de la famille a été modifié, dont notamment la suppression de l'ancien alinéa 2^{ème}, sujet à controverses entre doctrinaires. Aujourd'hui, donc la capacité de la femme mariée ne fait l'objet d'aucun doute. La modification de cet article 215 a eu comme conséquence la modification des articles 444, 445, 448, 449, 450, 451, 448 et 452 du code de la famille qui soumettaient la femme mariée à une autorisation préalable à poser les actes juridiques.

Néanmoins, il faut le souligner que, si le conjoint d'une femme mariée exerce le commerce à titre de profession habituelle, pour que cette dernière soit commerçante, elle doit accomplir les actes de commerce séparément de ceux de son conjoint conformément à l'article 7 alinéa 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. Conséquemment, une femme mariée ne peut pas être tenue pour commerçante du seul fait qu'elle a sa résidence familiale à la même adresse que le fonds de commerce, qu'elle participe à la gestion de celui-ci et tolère l'établissement de factures à son nom, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elle faisait des actes de commerce personnellement et non pas comme simple aide de son mari, sous la dépendance de celui-ci. Ainsi, dans le cas où les patrimoines commerciaux de deux conjoints ne sont pas séparés pendant l'exercice d'une même activité commerciale, c'est le mari qui est réputé commerçant.

Enfin, l'exercice du commerce étant un acte juridique, la femme mariée est juridiquement capable conformément à l'article 6 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. Par ailleurs, pour besoin de sauvegarder le ménage, nous pensons que le mari peut s'opposer à l'exercice par la femme mariée d'une activité commerciale.

NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. TEXTE JURIDIQUE RÉGIONAL

1. Acte uniforme portant sur le droit commercial général, adopté le 17 avril 1997 (Journal Officiel de l'OHADA n°1 du 01 octobre 1997, p.1), révisé le 15 octobre 2010 à Lomé (Togo) (Journal Officiel de l'OHADA n°23 du 15 février 2011).

II. TEXTES JURIDIQUES NATIONAUX

1. Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011, *J.O.R.D.C.*, Numéro spécial du 05 février 2011.
2. Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016.
3. Loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, *J.O.R.D.C.*, 50^{ème} année, n° spécial, 25 mai 2009.
4. Loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité.

III. JURISPRUDENCE

1. Cass. com. 18-12-1984 : Bull.civ. IV p.286 ; dans le même sens, CA Rouen 26-2-1992 : RJDA 4/92 n°389.

III. DOCTRINE

1. ALEXIS M. (Fr.), *Droit civil des personnes*, T.I., Aliviva, Kinshasa, 2010.
2. ARTHUR YOUNG INTERNATIONAL, *Droit commercial et droit des sociétés en Afrique*, Université Francophones UREF, éd. EDICEF, Paris, 1989.
3. BONFILS (P-L.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Dalloz, Paris, 2008.
4. CALAIS-AULOY (J.), « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce », *In Études à la mémoire d'Henri Cabrillac*,
5. CARBONIER (J.), *Droit civil la famille, les incapacités*, P.U.F., Paris, 1955.
6. DENIS (D.), *Le droit des incapacités*, Paris, PUF, 1979.
7. DEPAGE (H.), *Traite élémentaire de droit civil*, T.II, Bruylant, Bruxelles, 1958.
8. DIONISI-PEYRUSSE (A.), *Droit civil les personnes, la famille et les biens*, T.1, éditions du CNFPT, 2007.
9. MASAMBA MAKELA (R.), *Modalités d'adhésion de la RDC au traité de L'OHADA*, Rapport final Vol. 1, Kinshasa, 04 février 2005.

10. MERCADAL (B.), *Code pratique Francis Lefebvre OHADA : traités, actes uniformes et règlements annotés*, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2013.
11. MWANZO Idin'AMINYE (E.), *Cours de Droit civil : les personnes, familles et incapacités*, 8^{ème} édition, 2016-2017.
12. MWANZO Idin'AMINYE (E.), *Droit civil les personnes, la famille et les incapacités*, Cours à l'usage des étudiants en Droit, Premier Graduat, UNIMBA, 2011-2012.
13. RANDRIANIRINA (I.), *Cours de droit commercial*, 1^{ère} édition, 2019-2020.
14. RICHELME (G.), « Il faut redéfinir ce qu'est l'acte de commerce », propos recueillis par Bauer D., LPA 4 févr. 2019, n° 025.
15. RIPERT (G.), *Traité élémentaire de Droit Commercial*, L.G.D.J., 3^{ème} Ed., Paris, 1954, n° 276.
16. SOHIER (A.), *Droit du Congo Belge*, T.1, Bruxelles, 1958.
17. TERRE (Fr.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005.

IV. WEBOGRAPHIE

1. Le Commerçant en droit français et l'Acte de commerce, in [en ligne] disponible : fr.wikipedia.org, consulté le 07 mai 2020.
2. NDIAW DIOUF, Acte uniforme relatif au Droit commercial général, In [en ligne] disponible sur : www.idlo.int, consulté 30 avril 2020.
3. OHADA, « Dépôt des instruments d'adhésion de la RDC à l'OHADA/ DAKAR/13 juillet 2012 », 17/07/2012, in [en ligne] disponible sur: <http://www.ohada.com/actualite/1614/depot-des-instruments-d-adhesion-de-la-rdc-a-l-ohada-dakar-13-juillet-2012.html>, consulté le 21 mai 2020.