

THE CODE DE COMMERCE (AMENDMENT) BILL

Bill No. 04 of 2018

Government Gazette of Mauritius No. 35 of 21 April 2018

THE CODE DE COMMERCE (AMENDMENT) BILL

(No. IV of 2018)

Explanatory Memorandum

The object of this Bill is to amend the Code de Commerce to allow the use of the value of a commercial business as a whole, including leasehold rights, trade name, intellectual property rights and goodwill but excluding the value of freehold property as collateral and enhance access to credit.

M. GOBIN

*Attorney-General, Minister of Justice,
Human Rights and Institutional Reforms*

06 April 2018

THE CODE DE COMMERCE (AMENDMENT) BILL

(No. IV of 2018)

ARRANGEMENT OF CLAUSES

Clause

1. Short title
 2. New Titre Huitième inserted in the Livre Premier of the Code de Commerce
 3. New Titre Neuvième added to the Livre Premier of the Code de Commerce
 4. Transitional provisions
 5. Commencement
-

A BILL

To amend the Code de Commerce to provide for the use of the value of a commercial business as a whole as collateral and enhance access to credit

ENACTED by the Parliament of Mauritius, as follows –

1. Short title

This Act may be cited as the Code de Commerce (Amendment) Act 2018.

2. New Titre Huitième inserted in the Livre Premier of the Code de Commerce

The Code de Commerce is amended, in the “Livre Premier”, by inserting, after article 109, the following new “Titre Huitième” –

TITRE HUITIÈME – DU FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

110. Le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des éléments mobiliers corporels et incorporels qui participent à l'exploitation commerciale et qui ont pour but essentiel de satisfaire au besoin de la clientèle.

111. Le fonds de commerce est une entité juridique distincte des divers éléments qui le composent.

Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel.

112. Les éléments du fonds de commerce sont variables en fonction de l'activité commerciale.

Le fonds de commerce peut être composé, selon le cas, du nom commercial, de l'enseigne, du droit au bail, du ou des marques ou des brevets, des autorisations

et licences administratives, du matériel, de l'outillage, des marchandises et, d'une façon générale, de tous les biens corporels ou incorporels, à l'exception des immeubles, qui sont utiles ou nécessaires à l'exploitation commerciale.

La constitution d'une clientèle représente la finalité de la création comme de l'exploitation d'un fonds de commerce. Elle est essentielle à la cohérence des éléments comme à l'unité de leur ensemble. Il n'y a pas de fonds sans clientèle ou sans la perspective imminente et certaine de celle-ci.

113. Le fonds de commerce possède une valeur propre qui dépend, pour une part importante, de sa clientèle ou de son aptitude certaine à se constituer une clientèle compte tenu de l'ensemble de ses marchandises et de son environnement.

114. Le fonds de commerce est soumis à un régime juridique autonome et unitaire, distinct des régimes juridiques qui sont applicables à chacun de ses éléments.

Il peut, en tant que tel, faire l'objet de droits réels, être aliéné, apporté en société, mis en location-gérance, grevé de privilèges, de nantissements ou de sûretés fixes ou flottantes, et saisi par les créanciers de son propriétaire.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

SECTION PREMIÈRE – DE L'ACTE DE VENTE

115. Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous forme d'un autre contrat ou de l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur ou l'associé faisant l'apport est tenu d'énoncer –

- 1° l'énumération sommaire des éléments corporels et incorporels que comporte ce fonds;

- 2° s'il y a lieu, le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition;
- 3° l'état des privilèges et nantissements ou sûretés grevant le fonds;
- 4° le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans;
- 5° les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps; et
- 6° le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

116. L'omission des énonciations prescrites par l'article 115 peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année à partir du jour de la vente, entraîner la nullité de l'acte de vente.

117. Le cédant doit mettre ses livres-journal et livres d'inventaire à la disposition de l'acquéreur, afin que celui-ci puisse en prendre connaissance avant la conclusion de la vente.

118. Le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude des énonciations prévues à l'article 115, dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du Code Civil Mauricien.

Les intermédiaires, rédacteurs des actes et leurs préposés sont tenus solidairement avec lui s'ils connaissent l'inexactitude des énonciations faites.

119. L'action résultant de l'article 118 doit être intentée par l'acquéreur dans le délai d'une année à compter de la date de sa prise de possession.

SECTION DEUXIÈME – DU PRIVILÈGE DU VENDEUR

120. Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé soumis par voie électronique, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu par le *Registrar-General*.

Il ne porte que sur les éléments du fonds de commerce énumérés dans l'acte de vente et, à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'ensemble de ses marchandises.

Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises.

Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix, ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds.

Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel.

121. L'inscription du privilège doit être prise, à peine de nullité, dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur. Elle est opposable aux créanciers de l'acquéreur.

SECTION TROISIÈME – DE LA RÉOLUTION DE LA VENTE

122. L'action résolutoire, établie par l'article 1654 du Code Civil Mauricien, doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège.

Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège.

Elle est limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui ont fait partie de la vente.

123. En cas de résolution judiciaire ou amiable de la vente, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints.

Il est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession d'après l'estimation qui en est faite par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire, sous la déduction de ce qui peut lui rester dû par privilège sur les prix respectifs des marchandises et du matériel, le surplus, s'il y en a, devant rester le gage des créanciers inscrits et, à défaut, des créanciers chirographaires.

124. Le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification.

125. Le vendeur qui a stipulé lors de la vente que, faute de paiement dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, ou qui a obtenu de l'acquéreur la résolution à l'amiable, doit notifier aux créanciers inscrits la résolution encourue ou consentie, qui ne deviendra définitive qu'un mois après la notification ainsi faite.

126. Lorsqu'à la suite de la résolution, la vente d'un fonds est poursuivie aux enchères publiques, un avis doit être publié dans deux journaux d'annonces légales, afin que toute personne intéressée puisse être informée de la date et du lieu de cette vente.

Cet avis contient l'indication du délai dont disposent les créanciers pour faire opposition au paiement du prix, conformément aux dispositions de l'article 127.

127. Dans les dix jours suivant la dernière en date des publications dans les journaux d'annonces légales, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former, par simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix.

Le créancier doit formuler son opposition au greffe de la Cour Suprême qui lui délivre un récépissé de sa déclaration.

L'opposition, à peine de nullité, énonce le chiffre et les causes de la créance.

Le bailleur ne peut former opposition pour loyers en cours ou à échoir, et ce, nonobstant toutes stipulations contraires.

Aucun transport amiable ou judiciaire du prix ou de partie du prix n'est opposable aux créanciers qui se sont ainsi fait connaître dans le délai prescrit par l'alinéa premier du présent article.

128. L'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l'expiration du délai de dix jours, n'est pas libéré à l'égard des tiers.

129. Lorsque le prix de la vente est définitivement fixé, qu'il y ait eu ou non surenchère, l'acquéreur, à défaut d'entente entre les créanciers pour la distribution amiable de son prix, est tenu, sur la sommation de tout créancier, et dans la quinzaine suivante, de consigner la portion exigible du prix, à la charge de toutes les oppositions faites entre ses mains ainsi que des inscriptions grevant le fonds et des cessions qui lui ont été notifiées.

CHAPITRE TROISIÈME

DU NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

130. Le fonds de commerce peut faire l'objet de nantissements, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par le présent chapitre et le chapitre suivant.

131. Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement jusqu'à due concurrence.

132. Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'ensemble de ses

marchandises, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'ensemble de ses marchandises.

Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège.

133. Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré.

Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu par le *RegistrarGeneral*.

134. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif.

135. Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

CHAPITRE QUATRIÈME

DISPOSITIONS COMMUNES À LA VENTE ET AU NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

SECTION PREMIÈRE – DE LA RÉALISATION DU GAGE ET DE LA PURGE DES CRÉANCES INSCRITES

136. Les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe.

137. En cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner.

Dans la quinzaine de l'avis à eux notifié ou dans la quinzaine du jour où ils ont eu connaissance du déplacement, le vendeur ou le créancier gagiste doivent faire mentionner, en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds, et si le fonds a été transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège, sur le registre du tribunal de ce ressort.

Le déplacement du fonds de commerce, sans le consentement du vendeur ou des créanciers gagistes, peut, s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs créances exigibles.

L'inscription d'un nantissement peut également rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds.

Le vendeur ou les créanciers gagistes peuvent demander à la juridiction compétente de prononcer en urgence la ou les déchéances du terme fondées sur les dispositions des deux alinéas précédents.

Le tribunal de commerce statue, dans la quinzaine de la première audience, par jugement non susceptible d'opposition, exécutoire sur minute. L'appel du jugement est suspensif. Il est formé dans la quinzaine de sa signification à partie et jugé par la cour dans le mois. L'arrêt est exécutoire sur minute.

138. Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, aux domiciles élus par eux dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification.

La résiliation amiable du bail ne devient définitive qu'un mois après la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits, aux domiciles élus.

139. Tout créancier qui exerce des poursuites de saisie et le débiteur contre lequel elles sont exercées peuvent demander la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent.

La Cour Suprême ordonne alors qu'à défaut de paiement dans le délai imparti au débiteur, la vente du fonds aura lieu après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 141.

140. Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titres sous seing privé, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer demeurée infructueuse, faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu.

141. Le poursuivant fait sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication, si bon leur semble.

La vente a lieu dix jours au moins après l'apposition d'affiches indiquant les noms, professions, domiciles du poursuivant et du propriétaire du fonds, la décision en vertu de laquelle on agit, les divers éléments constitutifs dudit fonds, la nature de ses opérations, sa situation, les mises à prix, le lieu, le jour et l'heure de l'adjudication, les noms et domicile de l'officier public commis et dépositaire du cahier des charges.

Ces affiches sont obligatoirement apposées, à la diligence de l'officier public, à la porte principale de l'immeuble et au greffe de la Cour Suprême.

L'affiche est insérée dix jours avant la vente dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

La publicité est constatée par une mention faite dans le procès-verbal de vente.

142. Le tribunal saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds.

Les dispositions de l'article 141 sont applicables à cette vente.

143. Le déroulement de la vente prévue aux articles 139 à 142 et la résolution des incidents sont régis par le droit commun des enchères publiques.

SECTION DEUXIÈME – DES EFFETS DE L'INSCRIPTION ET DE LA RADIATION

144. L'inscription conserve le privilège pendant quarante années à compter du jour de sa date. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Elle garantit au même rang que le principal tous les intérêts échus ainsi que les frais et accessoires.

145. Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le *Registrar-General* que sur le dépôt d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré, exprimant le consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits.

SECTION TROISIÈME – DE LA RÉPARTITION DU PRIX

146. Tout tiers détenteur du prix d'acquisition d'un fonds de commerce chez lequel domicile a été élu doit en faire la répartition dans les trois mois de la date de l'acte de vente.

A l'expiration de ce délai, la partie la plus diligente peut se pourvoir en référé devant le tribunal compétent qui ordonne la nomination d'un séquestre.

CHAPITRE CINQUIÈME

DE LA LOCATION-GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE

147. Le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce peut en concéder totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

148. Le locataire-gérant a la qualité de commerçant. Il est soumis à toutes les obligations qui en découlent.

149. Dans les quinze jours de sa signature, le contrat de location-gérance doit faire l'objet d'une publication, sous forme d'avis, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Cet avis doit comporter au moins –

- 1° la date et la durée du contrat de location-gérance;
- 2° la désignation du fonds de commerce; et
- 3° les noms, prénoms ou, s'il y a lieu, la raison sociale, le ou les numéros d'immatriculation au registre du commerce et les adresses du propriétaire du fonds de commerce et du locataire-gérant.

150. Au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à son exploitation peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal compétent s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement.

L'action du ou des créanciers doit être introduite, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois à dater de la publication du contrat de location-gérance prescrite par les dispositions de l'article 149.

151. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur de fonds est solidairement

responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.

152. Les dispositions de l'article 151 ne s'appliquent pas aux contrats de location-gérance passés par des mandataires de justice, chargés à quelque titre que ce soit, de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils aient été autorisés aux fins desdits contrats par l'autorité de laquelle ils tiennent leur mandat et qu'ils aient satisfait aux mesures légales de publicité.

153. La fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance.

154. Le contrat de location-gérance peut être assorti d'une clause d'indexation permettant la révision périodique du loyer.

CHAPITRE SIXIÈME – DE LA MODIFICATION DE L'ACTIVITÉ

SECTION PREMIÈRE – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

155. Le propriétaire d'un fonds de commerce exploité dans un immeuble loué a la faculté, nonobstant les stipulations du bail commercial ou les dispositions qui le régissent, de modifier l'activité qu'il exerce dans cet immeuble.

Les articles 156 à 165 fixent les conditions et les modalités de cette modification d'activité.

L'alinéa 1 du présent article et les articles 156 à 165 s'appliquent à tous les baux.

SECTION DEUXIÈME – DE L'ADJONCTION D'ACTIVITÉS CONNEXES OU COMPLÉMENTAIRES À CELLES PRÉVUES AU BAIL

156. Le propriétaire d'un fonds de commerce peut adjoindre des activités connexes ou complémentaires à l'activité qui est prévue dans le contrat de location de l'immeuble où se trouve le fonds.

157. Le propriétaire du fonds doit faire connaître son intention par acte extrajudiciaire au bailleur de l'immeuble, en lui indiquant les activités connexes ou complémentaires dont l'exercice est envisagé.

Cette formalité vaut mise en demeure du bailleur de faire connaître dans un délai de deux mois, à peine de déchéance, s'il conteste le caractère connexe ou complémentaire de ces activités. En cas de contestation, le tribunal compétent, saisi par la partie la plus diligente, se prononce en fonction notamment de l'évolution des usages commerciaux.

158. Lors de la révision du loyer, il peut être tenu compte des activités commerciales adjointes lorsque celles-ci ont entraîné par elles-mêmes une modification notable de la valeur locative des lieux loués.

SECTION TROISIÈME – DE L'ADJONCTION OU LA SUBSTITUTION D'ACTIVITÉS DIFFÉRENTES DE CELLES PRÉVUES AU BAIL

159. Le propriétaire du fonds peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail, eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier.

160. La demande faite au bailleur doit, à peine de nullité, comporter l'indication des activités dont l'exercice est envisagé.

Elle est formée par acte extrajudiciaire et dénoncée, en la même forme, aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce.

Ces derniers peuvent demander que le changement d'activité soit subordonné aux conditions de nature à sauvegarder leurs intérêts.

161. Le bailleur doit, dans le mois de cette demande, en aviser, dans la même forme, ceux de ses locataires envers lesquels il se serait obligé à ne pas louer en vue de l'exercice d'activités similaires à celles visées dans la demande.

Ceux-ci doivent, à peine de forclusion, faire connaître leur attitude dans le mois de cette notification.

162. A défaut par le bailleur d'avoir, dans les trois mois de la demande du propriétaire du fonds, signifié son refus, son acceptation ou encore les conditions auxquelles il subordonne son accord, il est réputé avoir acquiescé sans réserves à cette demande.

Cet acquiescement ne fait pas obstacle à l'exercice des droits prévus à l'article 63.

163. Le changement d'activité peut motiver le paiement par le propriétaire du fonds d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence.

Ce dernier peut en outre demander, au moment de la modification de l'activité, qu'il soit tenu compte des activités commerciales adjointes ou substituées, lorsque celles-ci ont entraîné par elles-mêmes une modification notable de la valeur locative des lieux loués.

164. Les droits des créanciers inscrits s'exercent avec leur rang antérieur sur le fonds de commerce transformé par l'adjonction ou la substitution d'activités différentes à celles prévues dans le bail.

165. Le tribunal compétent peut autoriser la modification totale ou partielle des activités malgré le refus du bailleur, si ce refus n'est point justifié par un motif grave et légitime.

Si le différend porte seulement sur le prix du bail, celui-ci doit être fixé par le tribunal conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 162.

3. New Titre Neuvième added to the Livre Premier of the Code de Commerce

The Code de Commerce is amended, in the “Livre Premier”, by adding the following new “Titre” –

TITRE NEUVIÈME – DES GARANTIES AUTONOMES

CHAPITRE PREMIER – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

166. La garantie autonome est un engagement bancaire par lequel un établissement financier s'oblige à effectuer, au profit d'un bénéficiaire et sur la demande de celui-ci, le paiement d'une somme, à concurrence d'un montant convenu dans cet engagement, sans que cet établissement puisse différer ce paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit.

En particulier, l'établissement financier ne peut invoquer, comme motifs de non-paiement, des exceptions ou des moyens tirés du contrat commercial de base conclu entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, à l'occasion d'une opération d'importation-exportation de biens ou de services.

L'engagement de l'établissement financier garantit la bonne exécution de ce contrat de base.

167. Le contrat commercial de base, étant conclu entre un exportateur et un importateur, la garantie autonome peut être souscrite au profit de l'un ou l'autre de ces deux contractants.

Lorsque la garantie est souscrite au profit de l'exportateur, elle a pour objet de garantir les obligations de l'importateur. Sa finalité réside dans la couverture du paiement du prix de vente, ou du prix des travaux ou des services réalisés par l'exportateur, fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services.

Lorsque la garantie est souscrite au profit de l'importateur, acheteur ou maître de l'ouvrage, elle a pour objet de garantir les obligations de l'exportateur. Sa finalité, qui réside dans la couverture des obligations de celui-ci, varie selon les différentes

phases du déroulement du contrat de base. On distingue alors plusieurs types de garanties qui correspondent à chacune de ces phases –

- 1° la garantie de soumission par laquelle l'établissement financier s'engage à indemniser l'importateur si l'exportateur, qui a répondu à l'appel d'offres n'accepte pas de conclure le contrat pour lequel il a soumissionné et qui est conforme aux propositions faites dans ladite soumission;
- 2° la garantie de remboursement d'acomptes par laquelle l'établissement financier s'engage à rembourser, s'il y a lieu, le montant des acomptes versés par l'importateur à l'exportateur;
- 3° la garantie d'exécution ou de bonne fin qui concerne l'inexécution partielle du contrat de base et par laquelle l'établissement financier s'engage à payer une certaine somme à l'importateur afin de lui permettre de recourir à un tiers pour l'achèvement du marché;
- 4° la garantie de retenue ou de maintenance par laquelle l'établissement financier s'engage à payer à l'importateur, maître de l'ouvrage, la fraction du prix destinée à remédier aux éventuelles malfaçons et que ce dernier a accepté de ne pas conserver pendant la période qui suit l'acceptation des travaux ou pendant la période de maintenance.

Ces diverses garanties, quelle que soit la phase du déroulement du contrat de base et l'appellation corrélatrice de celles-ci, sont soumises aux dispositions des articles 168 à 188.

168. Les garanties autonomes peuvent être émises sous forme de lettre de garantie ou de lettre de crédit *standby*. Ces formes conditionnent le régime juridique de leur mise en œuvre.

La lettre de garantie est utilisée pour constituer la garantie à première demande.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA GARANTIE À PREMIÈRE DEMANDE

SECTION PREMIÈRE – DISPOSITION GÉNÉRALE

169. La garantie à première demande est une garantie autonome, telle que définie à l'article 166 du présent titre, que l'établissement financier est tenu de mettre en œuvre sur simple demande du bénéficiaire. Celui-ci n'a pas à motiver sa demande et l'établissement financier n'a pas à lui réclamer de motif.

170. Lorsque la garantie à première demande couvre les obligations d'un importateur ou d'un exportateur, le mécanisme de cette garantie est mis en œuvre par plusieurs intervenants –

- 1° l'exportateur et l'importateur qui concluent entre eux un contrat de base aux termes duquel l'un, ci-après dénommé le donneur d'ordre, s'engage envers l'autre, ci-après dénommé le bénéficiaire, à obtenir, en faveur de celui-ci, une garantie à première demande;
- 2° une banque du pays d'exportation ou d'importation, ci-après dénommée le contre-garant, qui s'engage à demander à une banque du pays où réside le bénéficiaire, de délivrer à celui-ci la garantie prévue dans le contrat de base. Cette dernière banque met en œuvre la garantie par le versement de la somme réclamée, à concurrence du montant convenu. Elle est dénommée ci-dessous le garant.

Les rapports juridiques entre ces différents intervenants sont régis par les dispositions des articles 171 à 183.

SECTION DEUXIÈME – DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LE DONNEUR D'ORDRE ET SON BANQUIER

171. Sous réserve de stipulations contraires, les rapports entre l'exportateur ou l'importateur donneur d'ordre et son banquier, qui est le contre-garant ou parfois le garant, sont régis par les dispositions de la présente section.

172. Le donneur d'ordre conclut avec sa banque un accord par lequel celle-ci lui promet d'apporter son concours dans l'opération de garantie qu'il envisage d'accomplir et lui promet de s'engager, par une lettre de garantie, au profit du bénéficiaire qu'il désigne.

Les instructions du donneur d'ordre visant à l'émission d'une garantie doivent être claires et précises et sans détail excessif.

173. L'accord conclu entre le donneur d'ordre et sa banque prévoit la rémunération des services accomplis par celle-ci, sous forme de commission proportionnelle au montant et à la durée de la garantie.

174. Lorsque le garant ou le contre-garant règle la garantie promise, il dispose contre le donneur d'ordre d'un recours fondé sur sa promesse de crédit.

Le donneur d'ordre ne peut invoquer le contrat de base pour écarter le recours du banquier.

Ce recours est toutefois écarté lorsque l'appel de la garantie ou de la contre-garantie est manifestement abusif ou frauduleux.

Le donneur d'ordre dispose d'un recours contre la banque qui a payé la garantie sans respecter les termes de sa promesse de crédit.

SECTION TROISIÈME – DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LE GARANT ET LE BÉNÉFICIAIRE

PARAGRAPHE PREMIER – DISPOSITION GÉNÉRALE

175. Sous réserve de stipulations contraires, les rapports entre le garant et le bénéficiaire sont régis par la présente section.

176. Le garant s'engage, de manière irrévocable, envers le bénéficiaire par la seule émission d'une lettre de garantie.

Cet engagement est distinct de celui qui résulte d'un contrat. Il est autonome et la lettre de garantie constitue l'unique fondement de l'appel de la garantie par le bénéficiaire.

177. Le bénéfice de l'engagement du banquier est incessible. Seul, le bénéficiaire désigné dans la lettre de garantie peut se prévaloir de cet engagement selon les conditions et modalités prévues dans cette lettre.

PARAGRAPHE DEUXIÈME – DE LA LETTRE DE GARANTIE

178. Compte tenu de leurs effets juridiques, les termes de la lettre de garantie, qui est émise par la banque, sont déterminants des droits du bénéficiaire.

La lettre de garantie fait l'objet d'un écrit.

Outre l'indication du contrat de base et de l'objet de la garantie, tels qu'ils sont respectivement définis par l'article 167 du présent titre, la lettre de garantie doit comporter les mentions suivantes –

- 1° l'identification du donneur d'ordre, du bénéficiaire et du garant;
- 2° le montant de la garantie maximum payable et la monnaie ou la forme de paiement. Ce montant peut être une somme fixe ou un pourcentage du prix mentionné dans le contrat de base. Si ce contrat de base a pour objet des travaux, il peut être stipulé que la garantie sera réduite partiellement et progressivement au fur et à mesure de l'avancement de ces travaux;
- 3° la date de prise d'effet de la garantie qui est, sauf stipulation contraire, la date de son émission;
- 4° la durée de validité de la garantie lorsqu'elle peut être déterminée. Lorsqu'elle est simplement déterminable, le fait entraînant l'expiration de la garantie doit être mentionné; et

- 5° la précision que la garantie peut être mise en œuvre sur la simple demande de paiement du bénéficiaire, lorsqu'il s'agit de la garantie à première demande, ou par la production de certains documents justificatifs, lorsqu'il s'agit d'un crédit *standby*.

En cas d'omission d'une des mentions impératives de l'alinéa 3 du présent article, le donneur d'ordre peut demander l'annulation de la garantie dans les délais du droit commun à condition qu'il prouve que la mention omise était déterminante à son consentement.

PARAGRAPHE TROISIÈME – DE L'APPEL DE LA GARANTIE

179. Lorsque le bénéficiaire appelle la garantie, il doit justifier qu'il satisfait aux conditions auxquelles a été subordonné l'exercice de la garantie. Le garant vérifie lesdites conditions en examinant la demande avec un soin raisonnable, afin de déterminer si elle est conforme en apparence aux termes et aux conditions de la lettre de garantie.

Si l'appel en garantie est conforme à cette lettre, le banquier doit alors payer sans discuter. Sous réserve de la fraude ou de l'abus du bénéficiaire, il ne peut soulever aucune contestation, pour quelque cause que ce soit et sa résistance à payer peut engager sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire.

180. Ne peuvent avoir aucune influence sur l'exécution de la garantie les événements suivants –

- 1° la modification, la résolution ou la nullité du contrat de base;
- 2° l'exécution de ses obligations par le donneur d'ordre ou la compensation qui serait intervenue entre les parties au contrat de base;
- 3° la convention d'arbitrage incluse dans le contrat de base;

- 4° la carence du bénéficiaire de la garantie qui rend impossible l'exécution du contrat de base.

L'engagement bancaire étant indépendant de la promesse de crédit, le garant ne peut aussi se soustraire à son engagement en invoquant le défaut de constitution de sûretés ou l'insolvabilité du donneur d'ordre.

A peine de nullité de la convention de garantie à première demande, la banque doit informer au préalable le donneur d'ordre que la modification, la résolution ou la nullité du contrat de base n'a aucune influence sur l'exécution de la garantie.

181. Nonobstant les dispositions de l'article 180, le donneur d'ordre peut cependant obtenir du garant la suspension des paiements à condition qu'il établisse l'existence de la fraude ou de l'abus manifestes du bénéficiaire.

La fraude se caractérise par une manœuvre du bénéficiaire en vue d'obtenir une somme à laquelle il n'a pas droit. L'abus consiste, de la part de ce bénéficiaire, à profiter de l'automatisme de la mise en œuvre de la garantie, pour réclamer un paiement bien qu'il soit dépourvu de toute créance au titre du contrat de base.

La fraude ou l'abus sont manifestes lorsqu'au premier abord, ils sont évidents au regard des stipulations ou de l'exécution claires et nettes du contrat de base, en particulier lorsque l'appel de la garantie est, sans conteste, étranger au domaine ou à l'objet de ce contrat.

SECTION QUATRIÈME – DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LE GARANT ET LE CONTRE-GARANT

182. Le garant n'a de rapports juridiques qu'avec le contre-garant qui agit, vis-à-vis de lui, comme un donneur d'ordre à la demande de son client. La contre-garantie constitue une garantie autonome, indépendante du contrat de base comme des autres engagements souscrits. Elle peut avoir un objet plus étendu que la garantie et son échéance n'est pas liée au terme de celle-ci ou au terme du contrat de base.

L'appel de la contre-garantie n'est pas soumis aux conditions de l'appel de la garantie.

183. Dans les relations entre les banques garante et contre-garante et dans le cadre de leurs engagements inconditionnels, la fraude et l'abus manifestes font obstacle au jeu de la contre-garantie.

Il en est ainsi notamment, lorsque l'appel de la garantie ayant un caractère manifestement abusif ou frauduleux dont il ne pouvait avoir aucun doute, le garant a néanmoins, en connaissance de cause, opéré le règlement de ladite garantie entre les mains du bénéficiaire.

CHAPITRE TROISIÈME – DU CREDIT *STANDBY*

184. La lettre de crédit *standby* n'est pas un moyen de paiement mais une garantie de nature autonome.

Cette garantie cependant ne peut être mise en œuvre que sur la demande justifiée de son bénéficiaire.

185. Lorsque le bénéficiaire appelle la garantie, il doit justifier sa demande par la production des documents qui sont visés dans la lettre de crédit *standby*. Cette demande doit notamment comporter, sauf stipulation contraire, une déclaration écrite du bénéficiaire indiquant les obligations auxquelles le donneur d'ordre aurait manqué.

Le garant doit examiner tous les documents produits par le bénéficiaire afin de déterminer s'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de la garantie. S'ils paraissent conformes, le banquier est tenu de payer sans soulever aucune contestation.

186. Le régime juridique et la mise en œuvre de la garantie résultant d'une lettre de crédit *standby* sont analogues à ceux qui procèdent d'une lettre de garantie à première demande.

Les dispositions des sections première, deuxième et troisième du chapitre deuxième sont applicables au crédit *standby*.

CHAPITRE QUATRIÈME

DISPOSITIONS RELATIVES À LA LOI OU AUX RÈGLES APPLICABLES

187. A défaut de stipulation contractuelle, la loi compétente en matière de garanties autonomes est celle du lieu d'établissement du garant ou du contre-garant qui est chargé d'accomplir la prestation la plus caractéristique au sens de la convention de Rome.

188. Les établissements bancaires peuvent soumettre les garanties autonomes aux Règles Uniformes pour les Garanties sur Demande édictées par la Chambre de commerce internationale, en mentionnant, de manière expresse, dans les lettres de garantie que celles-ci sont régies par lesdites règles.

4. Transitional provisions

(1) The provisions of *Titre Huitième* of *Livre Premier* relating to *du Fonds de Commerce* shall apply to all *fonds de commerce*, as defined by articles 110 to 112, including those which were in exploitation prior to the commencement of this Act.

(2) (a) Subject to paragraph (b), article 151 shall not apply to any *contrats de location-gérance*, as defined in article 147, which have been concluded before the commencement of this Act.

(b) The contracts referred to in paragraph (a) shall comply with the publication requirements set out in article 149 within 3 months of the date of coming into operation of this Act.

5. Commencement

(1) Subject to subsection (2) this Act shall come into operation on a date to be fixed by Proclamation.

(2) Different dates may be fixed for the coming into operation of different sections of this Act.
