

# Revue Africaine de Droit des Affaires



**01**

**De quoi l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés est-il le nom ?**

Mon-espoir MFINI

**04**

**La protection des parties au contrat d'affacturage en droit burkinabé**

Ibrahim Patrick CONGO & Félicité SAWADOGO

**28**

**L'appréciation du préjudice doit-elle rester entre les mains des juges du fait ?**

Fodé David FAYE

# Revue Africaine de Droit des Affaires

Revue de l'Association Juris-Intelligence

Association enregistrée sous le n° 924 347 875

[www.juris-intelligence.org](http://www.juris-intelligence.org)

© *Juris-Intelligence*  
Siège social 2 boulevard Ferdinand de Lesseps,  
Aix-en-Provence, 13 090,  
France.

*Juris-Intelligence – 2025. Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes par les dispositions du Code la propriété intellectuelle, notamment celle relative aux droits d’auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Juris-Intelligence. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelques moyens que ce soit, non autorisé par Juris-Intelligence ou ses ayants droit, est strictement interdite. Juris-Intelligence se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelques formes que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion, ou de tout autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l’article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.*

Dépôt légal : février 2025

ISSN 3003-1559

## Équipe de la revue africaine de droit des affaires

### Directeur scientifique

Philippe Delebecque - Professeur émérite à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - France

### Rédacteur en chef

Mon-espoir Mfini - Membre du Themis-UM, Enseignant à l'université d'Angers - France

### Rédacteur en chef adjoint

Carole Véronique Ngonu - Maître de conférences agrégée à l'université de Douala

### Directeur scientifique

Souleymane Toé - Agrégé de droit privé - Professeur titulaire à l'université Thomas Sankara - Burkina-Faso

### Directeur de publication

Dani El Habel - Doctorant contractuel à l'université d'Aix-Marseille - France

### Directeur de publication

Arthur arrazola De Onate - Doctorant contractuel à l'université d'Aix-Marseille - France

### Secrétaire éditorial

Christian Kuzangamana - Doctorant contractuel à l'université d'Aix-Marseille - France

## Comité scientifique

### Joseph Fifamé Djogbénu

Agrégé de droit privé - Professeur titulaire à l'université d'Abomey Calavi - Bénin

### Koffi Laurent Mawunyo Agbénoto

Agrégé de droit privé - Professeur titulaire à l'université de Lomé - Togo

### Tarik Lakssimi

Agrégé de droit privé - Professeur à l'université Lumière Lyon 2 - France

### Charles Mba Owono

Agrégé de droit privé - Professeur titulaire à l'université Omar Bongo - Gabon

### Mbissane Ngom

Agrégé de droit privé, Professeur titulaire à l'université Gaston Berger - Sénégal

### Denis Voinot

Professeur agrégé à l'université de Lille France

### Charles-Edouard Bucher

Professeur agrégé à l'université de Nantes France

### Sandrine Tisseyre

Professeure agrégée à l'université de Toulouse Capitole - France

### Roger Masamba Makéla

Professeur ordinaire à l'université de Kinshasa République démocratique du Congo

### Didier Cholet

Professeur au Mans Université France

### Jean-Denis Pellier

Professeur à l'université de Rouen Normandie - France

### Axel-Luc Hountohotégbè

Agrégé de droit privé, Professeur à l'université de Sherbrook - Canada

**Anaclet Nzohabonayo**

Professeur associé, Université de Burundi  
Burundi

**Djibril Sow**

Maître de conférences à l'université de Bamako  
Mali

**Ramsès Adam Akono**

Maître de conférences agrégé à l'université de Bertoua  
-Cameroun

**Hamadi Gatta Wagué**

Maître de conférences titulaire à l'université Gaston  
Berger - Sénégal

**Karine Lemercier**

Maître de conférences à l'Université de Rennes -  
France

**Euloge Koumba Mesmin**

Maître-assistant à l'université Marien Ngouabi -  
Congo-Brazzaville

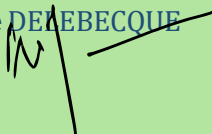
**Eric Dibas-Franck**

Assistant à l'université Marien Ngouabi - Congo-Brazzaville

La revue africaine de droit des affaires peut être citée de la façon suivante : RADA juin. 2024, n° 4.

Pour soumettre un article à la rédaction, merci d'adresser votre fichier à l'adresse suivante :  
[monespoir.mfini@univ-angers.fr](mailto:monespoir.mfini@univ-angers.fr)

Philippe DELEBECQUE



# DANS LE MÊME NUMÉRO

De quoi l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés est-il le nom ? <b>Mon-espoir MFINI - Rédacteur en chef de la revue africaine de droit des affaires.....</b>	<b>01</b>
La protection des parties au contrat d'affacturage en droit burkinabé à la lumière de la loi n° 006-2022/alt, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso <b>Ibrahim Patrick CONGO - Assistant en droit privé à l'université Thomas SANKARA.....</b> <b>Félicité SAWADOGO - Assistant en droit privé à l'université Thomas SANKARA.....</b>	<b>02</b>
L'appréciation du préjudice doit-elle rester entre les mains des juges du fait ? <b>Fodé David FAYE - Doctorant en droit privé à l'université Assa SECK de Ziguinchor.....</b>	<b>03</b>
Sous-traitance de la prestation de sécurité privée civile en droit burkinabé <b>Laurent Saâtieme SOMDA - Enseignant permanent à l'université catholique de l'Afrique de l'Ouest.....</b>	<b>04</b>
La summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux : étude critique <b>Abdou Soumaïla SOUNON TAMOU - Maître-assistant à l'université de Parakou.....</b>	<b>05</b>
La responsabilité du dirigeant social pour insuffisance d'actif en droit de OHADA <b>Simon De Gaulle NJONGA MOUKALA - Chargé de cours à l'université de Douala.....</b>	<b>06</b>
Les principes comptables de l'OHADA à l'ère de la comptabilité informatisée <b>Gnoari TANKOANO - Docteur en droit privé de l'université Thomas SANKARA.....</b>	<b>07</b>
Pacta sunt servanda dans le droit des obligations OHADA de lege ferenda <b>Traouré Durve Mathieu Red GOUDJO - Assistant à l'université Aube Nouvelle de Bobo-Dioulasso.....</b>	<b>08</b>

---

## Mot des directeurs scientifiques

---

Cette revue s'inscrit dans une conception résolument tournée vers l'avenir, celle d'une Afrique dynamique, prospère et ouverte aux affaires. Au cœur de cette politique, largement entendue, réside la convention profonde que l'accès à l'information et à la réflexion juridique de qualité est un moteur essentiel pour promouvoir un environnement favorable au développement des affaires.

L'Afrique est un continent en pleine transformation. Les marchés émergents, les ressources naturelles abondantes et le fort potentiel de croissance économique sont tout autant de raisons pour lesquelles les investisseurs et les entrepreneurs se tournent vers cette région du monde. Cependant, pour que ces opportunités se matérialisent pleinement, il est impératif que l'environnement juridique et réglementaire soit cohérent, sûr et favorable aux échanges économiques.

L'accès à la documentation juridique de qualité s'avère être bien plus qu'une simple nécessité ; c'est un puissant levier de transformation pour le continent africain. Cela contribuera à renforcer la confiance des investisseurs, à garantir la responsabilité des entreprises et à renforcer la sécurité juridique.

Toutefois, on ne peut limiter l'idée d'accès à la seule présentation des textes de loi et des décisions de justice. Il sous-tend également la compréhension des implications pratiques de ces lois, ainsi que leur mise en œuvre. Dans cette optique, la « Revue Afrique de Droit des Affaires » est conçue pour être un outil vivant et dynamique, offrant des analyses précises et approfondies, des études de cas concrets, des commentaires d'experts et des perspectives innovantes. L'objectif de la Revue est de jeter un pont entre le monde du droit et celui des affaires, en mettant en lumière la manière dont une solide compréhension du cadre légal peut stimuler le développement économique, encourager l'investissement et favoriser la création d'entreprises prospères en Afrique.

## DE QUOI L'ARTICLE 22 DE L'ACTE UNIFORME SUR LES SÛRETÉS EST-IL LE NOM ?

**Mon-espoir MFINI**

Membre du laboratoire THEMISUM

Enseignant à l'université d'Angers - Faculté de droit

Rédacteur en chef de la revue africaine de droit des affaires

Pendant des années, la doctrine africaine a essayé de jongler avec l'article 22 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés<sup>1</sup>, en tentant de sortir de cette disposition un prétendu cautionnement réel<sup>2</sup>. Dans leurs analyses, les auteurs africains ont tous avancé que cette disposition consacre tantôt une sûreté personnelle, tantôt une sûreté réelle<sup>3</sup>. La CCJA en 2016<sup>4</sup> a même défendu la nature réelle de la prétendue figure consacrée à l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés. Or, en prenant du recul et en portant un regard objectif sur les travaux de la doctrine, force est de constater que ceux-ci ne commentent pas vraiment l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés. À tout le moins, les auteurs, lorsqu'ils traitent cette disposition, mettent en avant leurs nombreuses connaissances sur le cautionnement réel au regard des acquis du droit français<sup>5</sup>. Pourtant, une exégèse de l'article 22 donnerait une solution toute différente. Mais, sans vite aller en besogne, il est intéressant de poser la définition du cautionnement réel.

À la question de savoir ce qu'est le cautionnement réel, trois conceptions se sont opposées. D'abord, le cautionnement réel a été défini comme une simple réelle pour autrui. C'est-à-dire qu'une personne constitue par exemple un nantissement sur l'un de ses biens<sup>6</sup>, pour garantir non pas sa propre dette<sup>7</sup>, mais la dette d'un tiers. « Dans cette conception, le cautionnement réel est une sûreté exclusivement, purement, réelle. »<sup>8</sup> Le droit de l'OHADA consacre cette figure à l'article 4, al. 3, *in fine*, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, au titre duquel : « Les sûretés réelles peuvent être constituées par le débiteur lui-même ou **un tiers en garantie de l'obligation** sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme. » Ensuite, selon la deuxième conception du cautionnement réel, celui-ci est une sûreté réelle, mais qui devrait être soumis à certaines règles du cautionnement. « Cette idée est fondée sur le fait que le tiers constituant est placé dans une situation analogue à celle de la caution, puisqu'il garantit la dette d'autrui. »<sup>9</sup> Cette figure se retrouve,

<sup>1</sup> Voir en ce sens : M.-E. MFINI, « Le cautionnement réel en droit de l'OHADA : cette sûreté atypique », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 51, 2023 ; M.-T. ATANGANA-MALONGUE, « Le cautionnement réel dans l'Acte uniforme OHADA », *Revue Penant*, n° 872, 2010, p. 277 ; M. YOUNI-BOUHARI, « Le cautionnement réel est une sûreté réelle » ; M. YOUNI-BOUHARI, « Les cautionnements en droit uniforme », *Obadata D-18-17* ; W. KABRE, « La nature réelle du cautionnement hypothécaire consacrée », CCJA, 3<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2016, n° 156- 2016, *L'essentiel droits africains des affaires* n° 2 du 1<sup>er</sup> février 2017, p. 3.

<sup>2</sup> Sur le cautionnement réel, voir : F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167 ; Ph. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement-aussi-un cautionnement réel », *JCP G*, 2001, I, 367 ; Ph. SIMLER, « *Eppur, si muove* ! Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G*, 2006, I, 172.

<sup>3</sup> Les auteurs ont tenté d'appliquer à la prétendue « figure » consacrée à l'article 22 une nature unitaire.

<sup>4</sup> CCJA, 3<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2016, n° 156/2016, M. Cisse c/ La société malienne de prestation, La Banque Commerciale du Sahel, et Me Sow, LEDAF févr. 2017, n° 110d1, p. 3, note W.-D. KABRE.

<sup>5</sup> Pour une analyse générale, voir : M.-E. MFINI, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1<sup>er</sup> éd., préf. S.D. NDIR, édition du CREDIJ, 2024.

<sup>6</sup> Voir aussi : A. AYNES, « La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 175, 1<sup>er</sup> nov. 2021.

<sup>7</sup> Voir : Ch. BOERIO, *La dette*, thèse, Paris 1, 2023.

<sup>8</sup> G. PIETTE, *Droit des sûretés*, 18<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2024, p. 121.

<sup>9</sup> G. PIETTE, *Droit des sûretés*, 18<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2024, p. 121.

en droit français<sup>10</sup>, depuis la réforme du 15 septembre 2021<sup>11</sup>, à l'article 2325 du Code civil. Enfin, selon la dernière conception, « le tiers qui consent un cautionnement réel souscrit un engagement personnel de caution, assorti d'une sûreté réelle sur l'un de ses biens. Cette sûreté réelle constitue à la fois la garantie de cet engagement personnel et la mesure de celui-ci »<sup>12</sup>. Cette troisième conception est certainement celle que l'on retrouve à l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés. En effet, comme nous allons l'écrire, une personne, se portant caution des dettes d'une autre, garantit son engagement personnel par l'affectation d'un bien, donc par la constitution d'une sûreté réelle.

Aux termes de l'article 22 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté. » Cette disposition comporte deux alinéas. L'alinéa 1<sup>er</sup> fait **d'abord** référence à une personne qui se porte caution des dettes d'une autre personne, le cautionnement étant la sûreté pour autrui par excellence<sup>13</sup>. Le début de l'alinéa 1<sup>er</sup> ne pose donc aucune difficulté, tant il ne consacre que ce qui existe déjà à l'article 13 du même Acte uniforme, aux termes duquel le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation<sup>14</sup> présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Il s'agit donc là d'une sûreté pour autrui, mais pas d'une sûreté réelle pour autrui, laquelle a son

assise textuelle à l'article 4, alinéa 3, *in fine*. En outre, l'alinéa 1<sup>er</sup> fait ensuite référence à une sûreté réelle, au sens premier, c'est-à-dire une sûreté pour soi. En effet, la caution qui se porte garant de la dette d'autrui garantit son propre engagement par l'affectation d'un bien. Il y a donc un cautionnement garanti, ce qu'un auteur qualifie de « cautionnement contre-garanti par une sûreté réelle. »<sup>15</sup> L'auteur va plus loin, en écrivant que cette formule « renvoie non pas à un cautionnement réel, mais à une figure voisine au terme de laquelle le garant souscrit un engagement de caution personnelle pour sécuriser la dette d'un tiers et, en outre, consent au bénéficiaire dudit cautionnement une sûreté réelle visant à assurer le paiement de son propre engagement de caution. »<sup>16</sup> À la vérité, le constituant « la caution personnelle » ne fait que garantir sa propre dette en utilisant la sûreté réelle « selon son usage le plus traditionnel, à savoir comme une technique destinée à s'exprimer principalement dans les rapports entre le débiteur d'une dette et son créancier. »<sup>17</sup> Cette garantie obéit ainsi strictement au régime de la sûreté réelle choisi par la caution, tandis que son engagement personnel (premier point de l'alinéa 1<sup>er</sup>) obéit au régime du cautionnement.

Au regard de ce qui précède, une question se pose : où se situe le cautionnement réel dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés ? La question n'est pas anodine, au regard des trois figures que nous avons présentées. En effet, au regard de ces figures, l'alinéa 1<sup>er</sup> nous propose un cautionnement réel, car le tiers qui consent un cautionnement réel souscrit un engagement personnel de

<sup>10</sup> Voir sur ce point : Ph. SIMLER, « Réforme des sûretés : sûreté réelle constituée par un tiers, renaissance du cautionnement réel ? » *JCP N*, n° 48, 2021.

<sup>11</sup> Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19 ; *JCP N* 2021, n° 38-39, act. 885, obs. Cl. SEJEAN-CHAZAL ; *JCP N* 2021, n° 38-39, act. 887 ; *JCP N* 2021, n° 46, 1322-1327 ; *JCP N* 2021, n° 47, 1328-1334 ; *JCP N* 2021, n° 48, 1335-1341.

<sup>12</sup> G. PIETTE, *Droit des sûretés*, 18<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2024, p. 121.

<sup>13</sup> En ce sens : M.-E. MFINI, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, *op. cit.*, 2024.

<sup>14</sup> Sur la notion d'obligation, voir : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse, Tours, 2010.

<sup>15</sup> J.-J. ANSAULT, « Des difficultés nouvelles à appréhender le cautionnement réel en droit OHADA », *op. cit.*

<sup>16</sup> *Ibid.* Voir notamment pour une illustration, CCJA, 3<sup>e</sup> ch., 30 mars 2017, n° 076/2017, Sté BOA-CI c/ Toricaf-SA.

<sup>17</sup> J.-J. ANSAULT, Voir sur la démonstration de ce que les sûretés réelles ont été historiquement façonnées pour permettre à un débiteur de façonner sa propre dette, J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, thèse, *op. cit.*, n° 40 et suivants.



caution, assorti d'une sûreté réelle sur l'un de ses biens. Cette sûreté réelle constitue à la fois la garantie de cet engagement personnel et la mesure de celui-ci. Cependant, ce n'est pas la position qui nous semble la plus pertinente. En effet, à notre sens, il y a cautionnement réel lorsqu'une personne constitue par exemple un nantissement sur l'un de ses biens pour garantir non pas sa propre dette, mais la dette d'un tiers. « Dans cette conception, le cautionnement réel est une sûreté exclusivement, purement, réelle. »<sup>18</sup> Ainsi, en droit de l'OHADA, le cautionnement réel se trouve, non pas à l'article 22 de l'Acte uniforme, mais à l'article 4, alinéa 3, *in fine* de l'Acte uniforme sur les sûretés : il s'agit d'une pure sûreté réelle pour autrui. Comme l'a bien dit Jean-Jacques ANSAULT, ce que propose l'article 22 de l'Acte uniforme n'est qu'une figure voisine au cautionnement réel. Il s'agit, comme nous l'avons déjà écrit, d'un simple cautionnement garanti par un engagement réel. Il y a dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 22 deux sûretés qu'il convient de distinguer, car ces sûretés ne garantissent pas la même dette : un cautionnement qui garantit la dette de (A) et une sûreté réelle qui garantit la dette de la caution de (A). La sûreté réelle n'existe pas en considération de la dette de (A), mais en considération de la dette de la caution de (A) envers le créancier de (A) qui est aussi son créancier. Ainsi, la garantie réelle se présente comme l'accessoire de l'obligation de la caution « d'acquitter la dette d'autrui en cas de défaillance du débiteur principal. »<sup>19</sup> C'est-à-dire que la disparition du cautionnement entraînera automatiquement celle de la sûreté réelle. Cependant, en cas d'irrégularité constitutive de la sûreté réelle, son anéantissement n'entraînera pas la remise en cause du cautionnement. Comme a pu le relever un auteur : « le cautionnement et la sûreté réelle qui le garantit ne forment pas un tout indivisible, car le cautionnement pourrait exister sans l'hypothèque ou le gage, et il leur survit lorsqu'ils sont annulés. »<sup>20</sup> Il s'agit donc de deux sûretés qui

n'ont pas le même objectif, parce qu'elles ne garantissent pas la même dette.

Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 22 est marqué au coin de l'obscurité. En effet, dans la mesure où ce n'est pas le cautionnement qui est accessoire à la sûreté réelle, mais l'inverse, il est assez étonnant de dire que le cautionnement peut être limité à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels la caution a consenti une telle sûreté. L'ajout de cet alinéa n'a fait que rendre le texte plus sombre qu'il ne l'est déjà. Il place le principe derrière l'accessoire. À tout le moins, il est caractérisé par son ambiguïté. Nonobstant cette observation, deux questions demeurent et les réponses à ces questions sont probablement dans notre analyse : faut-il chercher à appliquer une nature stricte à la « figure » contenue à l'article 22 de l'Acte uniforme sur les sûretés ? L'article 22, rappelons-le, est un concentré de deux sûretés qu'il convient de ne pas confondre tant elles ne garantissent pas la même dette : un cautionnement, d'abord, qui garantit la dette d'un tiers et une sûreté réelle, ensuite, qui garantit la dette de la caution. S'agit-il d'un cautionnement réel ? Une réponse affirmative ne serait pas trop osée, au regard des différentes définitions du cautionnement réel. Pourtant, la définition la plus plausible qu'il convient de retenir est la première : le cautionnement réel est une simple réelle pour autrui. C'est-à-dire qu'une personne constitue par exemple un nantissement sur l'un de ses biens<sup>21</sup> pour garantir non pas sa propre dette, mais la dette d'un tiers. Dans cette conception, le cautionnement réel est une sûreté exclusivement, purement, réelle. Donc, l'article 22 ne consacre pas un cautionnement réel, mais un « cautionnement garanti ».

L'article 22 n'est-il pas simplement un innommé par alliage<sup>22</sup> ? Probablement.

<sup>18</sup> G. PIETTE, *Droit des sûretés*, 18<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2024, p. 121.

<sup>19</sup> J.-J. ANSAULT, « Des difficultés nouvelles à appréhender le cautionnement réel en droit OHADA », *op. cit.*

<sup>20</sup> F. GRUA, « Le cautionnement réel », *op. cit.*, spéc. n° 42.

<sup>21</sup> Sur la notion de bien : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, thèse, Paris 1, 2006.

<sup>22</sup> Voir en ce sens : M.-E. MFINI, « Le cautionnement réel OHADA : un innommé par alliage », *Lexbase Afrique-OHADA*, n. 60, 2022.

## LA PROTECTION DES PARTIES AU CONTRAT D'AFFACTURAGE EN DROIT BURKINABE A LA LUMIÈRE DE LA LOI N° 006-2022/ALT, RELATIVE A L'ACTIVITÉ D'AFFACTURAGE AU BURKINA FASO

**Ibrahim Patrick CONGO**

Assistant en droit privé à l'UFRR/SJP  
Université Thomas SANKARA (BURKINA FASO)

**Félicité SAWADOGO**

Assistant en droit privé à l'UFRR/SJP  
Université Thomas SANKARA (BURKINA FASO)

### Résumé

L'adoption de la loi n° 006-2022/ALT, du 13 juin 2022, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso, marque une avancée significative dans l'encadrement juridique de cette pratique. Ce texte vise à régir une technique de financement particulière aux avantages reconnus. Cependant, il révèle une dynamique particulière dans la protection des droits de chaque partie. Reconnu comme la partie faible du contrat, l'adhérent est soumis à un régime relativement peu protecteur qui restreint sa liberté contractuelle et lui impose une obligation de garantie. Toutefois, au regard des risques encourus par l'affactureur, acteur central du mécanisme d'affacturage, la loi lui accorde une protection accrue. Cela inclut des droits renforcés en matière de garantie et de gestion des créances cédées. Bien que cette protection puisse apparaître déséquilibrée, elle se légitime par les risques financiers qu'assume l'affactureur et la nécessité d'assurer la viabilité du système d'affacturage et de sécuriser les flux économiques. La loi burkinabè instaure un cadre visant à concilier les intérêts divergents des parties, en tenant compte de leurs rôles respectifs dans le contrat. Ce qui peut dans une application pratique soulever des enjeux d'interprétation et d'équilibre.

### Introduction

Face à l'impératif besoin d'optimiser les outils de financement des sociétés, le monde des affaires a sans cesse créé et affiné des techniques pour résorber les difficultés de trésorerie des acteurs économiques. C'est ainsi qu'à la faveur de cette quête est née la technique de l'affacturage qui a intégré le corpus juridique ouest-africain<sup>1</sup>, notamment

francophone, avec l'adoption de la loi uniforme relative à l'activité d'affacturage dans les États membres de l'Union monétaire ouest-africaine<sup>2</sup>. Création de la pratique commerciale, l'affacturage, traduction française de l'expression *affactoreur*, a des origines latines et remonte à l'Antiquité à travers l'activité des marchands phéniciens, grecs ou romains<sup>3</sup>. Établis dans des comptoirs, ces

<sup>1</sup> Voir en ce sens : M.-E. MFINI, « Libre propos sur l'affacturage en Afrique », *Revue africaine de droit bancaire et boursier*, vol. III, n° 9, 2023.

<sup>2</sup> La loi uniforme relative à l'activité d'affacturage dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMO), une initiative de la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) à travers le Centre Ouest Africain de Formation et d'Études Bancaires (COFEB) et l'African Export-Import Bank (AFREXIMBANK) a été adopté le 10 décembre 2020. adoptée par cinq États que sont le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger et le Togo sur huit.

<sup>3</sup> M.-E. MFINI, *op. cit.*

marchands recevaient les marchandises et les revendaient au compte des producteurs<sup>4</sup>. En effet, étymologiquement, le mot facteur dérive du latin *facere*, qui signifie « faire. » L'affacteur ou facteur désigne celui qui « fait pour le compte de quelqu'un. » En son temps, le facteur était un commissionnaire. Il réalisait des échanges commerciaux avec les clients en lieu et place des producteurs<sup>5</sup>. Au fil des années, ces commerçants, facteurs, deviennent des itinérants qui financent les producteurs et fournisseurs de marchandises en dépôt tout en offrant de supporter les risques de non-paiement. L'affacturage fut rapidement adopté par le monde anglo-saxon, notamment la Grande-Bretagne, afin de financer l'exportation du coton par ses émigrants aux États-Unis, où il s'est modernisé aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles<sup>6</sup>.

L'affacturage est considéré comme une alternative innovante permettant à une entreprise, particulièrement les PME et TPE<sup>7</sup>, d'obtenir rapidement de la trésorerie contrairement aux modes classiques offerts par les institutions bancaires dont les délais de décaissement et les conditions de

remboursements sont parfois peu intéressantes. Il permet aux PME et aux TPE d'éviter les exigences de garanties, les formalités des modes de financement classiques qui peuvent se révéler coûteuses, surtout dans l'hypothèse d'un besoin immédiat de fonds de roulement. À cet effet, il présente un intérêt certain. En Afrique, il est même perçu fondamentale pour la mise en œuvre d'un marché intra-africain<sup>8</sup>.

Ainsi perçu, la loi sur l'activité de l'affacturage au Burkina Faso, le définit comme une convention écrite par laquelle l'adhérent ou client, une personne physique ou morale, consent à un transfert subrogatoire de ses créances commerciales à une autre, l'affacteur, qui moyennant rémunération règle entièrement ou partiellement, et ce, par avance, le montant des créances transférées tout en supportant ou non les risques d'insolvabilité relatives aux créances cédées<sup>9</sup>. Au demeurant, l'affacturage est une subrogation<sup>10</sup> conventionnelle. L'affacteur en s'acquittant de la dette du débiteur cédé, se subroge à l'adhérent. Ce qui l'habilite à recouvrer la créance auprès du débiteur cédé.

<sup>4</sup> « En effet, les aléas des communications à grande distance, la difficulté de trouver des acheteurs et, plus encore, de connaître leur solvabilité ainsi que les éventuelles barrières politiques, administratives et douanières poussaient les producteurs à rechercher un intermédiaire apte à leur apporter aide et garantie » J.-P. DESCHANEL et L. LEMOINE, *L'affacturage*, Collection Que sais-je ? PUF, 1993, p. 3 à 4.

<sup>5</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2024.

<sup>6</sup> Voir. H. BONIN, 50 ans d'affacturage en France. Des pionniers et leaders aux groupes bancaires, 1964 à 2016, Éditions Droz, 2016, p. 19 à 24.

<sup>7</sup> OMC, *Le financement du commerce et les PME. Comblant les lacunes en matière d'offre*, Genève, Publication OMC, p. 15 à 19. Disponible sur : [https://www.wto.org/french/res\\_f/booksp\\_f/tradefinme\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/tradefinme_f.pdf).

<sup>8</sup> Considérée comme une alternative de financement des PME et une technique potentielle de soutien de la Zone de Libre-Échange Continentale Africaine (ZLECAF) créée par l'Union africaine le 21 mars 2018, l'affacturage pourrait permettre aux entreprises africaines, notamment les PME, de réaliser un marché intra-africain. Même si à date (2024), elle demeure peu utilisée en Afrique. Voir AFREXIMBANK, *L'affacturage pour soutenir le commerce en Afrique : Défis et opportunités pour la croissance par le renforcement des capacités*, Document Hors-série, 2021, p. 8 à 12. Pour une étude sur le marché européen et canadien de l'affacturage, voyez OCDE, *Le financement des PME et des entrepreneurs en 2020 (version abrégée) : Tableau de bord*, Paris, OCDE, 2020, p. 109 à 167.

<sup>9</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT du 13 juin 2022 relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso (Ci-après dénommée « Loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso »). La loi burkinabè est une transposition de la loi uniforme relative à l'activité d'affacturage dans les États membres de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA) adoptée le 13 mars 2019.

<sup>10</sup> La subrogation en droit s'entend comme une opération de substitution. Elle est une « opération qui substitue une personne ou une chose à une autre (subrogation personnelle et subrogation réelle), le sujet ou l'objet obéissant au même régime juridique que l'objet qu'il remplace », selon S. GUINCHARD et Th. DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017.

Le droit burkinabè, subséquentement celui de l'UMOA, détermine deux types d'affacturage selon la volonté des parties. Il s'agit, d'une part, de l'affacturage confidentiel, encore appelé « affacturage non géré », « affacturage non notifié » ou « affacturage d'escompte », lorsqu'il n'est pas fait notification des créances cédées au débiteur cédé<sup>11</sup> et par conséquent la subrogation est sans objet<sup>12</sup>. Ce type d'affacturage est souvent utilisé par des adhérents qui souhaitent préserver leurs relations commerciales en continuant de traiter directement avec le débiteur cédé, car la transmission du recouvrement à l'affactureur peut entacher les relations futures<sup>13</sup>. Dans le cas d'espèce, l'adhérent conserve ses droits d'encaissement et de recouvrement tout en bénéficiant de l'affactureur aussi bien du financement que de la garantie des créances transférées<sup>14</sup>. Toutefois, le paiement de la créance est effectué sur un compte dédié, au nom de l'adhérent, sur lequel seul l'affactureur peut procéder à des retraits. D'autre part,

l'affacturage est qualifié d'international lorsque le débiteur cédé réside dans un État hors UMOA<sup>15</sup>. En revanche, dans la pratique, notamment occidentale, il existe d'autres types d'affacturage au gré de la liberté contractuelle<sup>16</sup>. Entre autres, il y a l'affacturage géré où l'adhérent procède à une externalisation de la gestion et du recouvrement de ses créances sans contrepartie de financement<sup>17</sup>. Et l'affacturage « semi-confidentiel » ou « notifié non géré » permettant à l'adhérent de conserver son droit au recouvrement de la créance, dans le cadre d'une délégation en sa faveur, auprès du débiteur cédé qui est informé de l'existence de l'affactureur<sup>18</sup>.

Par ailleurs, l'affacturage doit être distingué d'autres mécanismes de financement des entreprises que sont l'escompte et la cession Dailly<sup>19</sup>. L'escompte est une opération bancaire par laquelle une entreprise cède à une banque des effets de commerce - des titres de créance

<sup>11</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>12</sup> Article 28 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>13</sup>V. Fondation pour le développement des capacités en Afrique et AFREXIMBANK, *L'affacturage comme catalyseur du développement des petites et moyennes entreprises et du commerce intra-africain*, 2023, p. 13 et Banque de France, « Étude du rapport annuel de la Commission bancaire – 1994 », 1994, p. 4.

<sup>14</sup> Voir : article 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Dans la pratique et la doctrine spécialisée on rencontre d'autres types d'affacturage que sont notamment *l'affacturage inversé* également appelé « financement de la chaîne d'approvisionnement » qui est un financement initié par un acheteur ou un importateur afin de permettre à l'adhérent, celui auprès de qui il se fournit, d'avoir des liquidités. Ce qui permet à l'acheteur ou à l'importateur d'avoir plus de temps pour honorer ses factures. Voir P. MAURIN, *La gestion de trésorerie*, 2<sup>ème</sup> éd., Ellipses, 2021, p. 59. *L'affacturage à l'exportation* implique deux affactureurs, un d'importation et l'autre d'exportation. Celui d'importation se charge de déterminer la solvabilité de l'adhérent, collecte l'argent à la date d'échéance au profit de l'affactureur d'exportation. Voir E. NYAHOHO, *L'arsenal des subventions à l'exportation et l'OMC*, Presses de l'université de Québec, 2011, p. 53. *L'affacturage de garantie fournisseur* qui s'entend comme une convention tripartite entre l'affactureur, l'adhérent et le fournisseur de celui-ci. L'affactureur s'engage à payer le fournisseur à la condition que les marchandises soient acceptées par le client de l'adhérent. Voir Fondation pour le développement des capacités en Afrique et AFREXIMBANK, *ibid*, p. 13.

<sup>17</sup> É. TORT et L. ESCAFFRE, « La déconsolidation des créances commerciales dans le cadre de l'affacturage », dans É. TORT et L. ESCAFFRE, *Améliorer l'information financière en IFRS. Politique comptable et information financière*, Dunod, 2012, p. 116.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> Sur la cession Dailly : M.-E. MFINI, *Droit des affaires : Instruments de crédit et de paiement*, L'Harmattan, 2022.

négociables<sup>20</sup> que sont la lettre de change<sup>21</sup> et le billet à ordre<sup>22</sup> avant leur échéance, en échange de leur montant, diminué d'intérêts et de frais. L'escompte repose sur la mobilisation d'un titre de créance négociable. Il s'extrait de cette définition que ces deux techniques diffèrent fondamentalement. D'une part, relativement à leur objet, on constate que l'escompte porte sur des effets de commerce, tandis que toute créance commerciale peut faire l'objet d'affacturage. D'autre part, dans l'escompte, la banque n'assume pas le recouvrement des effets de commerce et n'est pas non plus responsable du non-paiement du débiteur. Or, l'affactureur assume la charge du recouvrement de la créance et supporte les risques d'insolvabilité du débiteur cédé.

La cession Dailly prévue dans le Code monétaire et financier français est un mécanisme qui permet à une entreprise de céder ou de nantir ses créances professionnelles à un établissement de crédit via un acte simplifié, appelé bordereau Dailly<sup>23</sup>. À la différence de l'affacturage, elle ne peut avoir pour objet qu'une créance professionnelle, déterminée ou déterminable<sup>24</sup>. Ensuite, la banque n'assume

pas le risque de recouvrement. L'entreprise cédante reste responsable en cas de défaillance du débiteur, sauf clause contraire dans le contrat avec l'établissement financier. Enfin, elle fait l'objet d'un formalisme<sup>25</sup>, quoique léger, contrairement à l'affacturage.

À bien considérer, l'affacturage constitue un ensemble structuré de mécanismes et de techniques à caractère commercial. Il se présente, en premier lieu, comme un procédé de gestion du portefeuille client d'un fournisseur. Dans ce cadre, l'affactureur prend en charge la gestion des factures pour le compte de son client, effectue les relances en cas de retard de paiement, procède à leur encaissement et, le cas échéant, engage des actions de recouvrement forcé. En second lieu, l'affacturage revêt la nature d'une opération de trésorerie, et peut être légitimement qualifié d'opération de crédit<sup>26</sup> en ce qu'il consiste, à titre onéreux, à mettre des fonds à la disposition de l'adhérent ou à s'engager en sa faveur par une garantie assimilable à une sûreté personnelle dès la conclusion du contrat. Le montant de la créance avancée par anticipation dépend de l'analyse réalisée par

<sup>20</sup> Le titre négociable est un titre financier émis au gré de l'émetteur, négociable sur une plateforme de négociation ou de gré à gré, qui représente chacun un droit de créance. Voir « titre négociable » dans G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2024.

<sup>21</sup> Encore appelée « traite », la lettre de change est un « titre par lequel une personne, appelée tireur, donne l'ordre à l'un de ses débiteurs, appelé tiré, de payer une certaine somme, à une certaine date, à une troisième personne appelée bénéficiaire ou porteur, ou à son ordre ». Voir « lettre de change » dans S. GUINCHARD et Th. DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017.

<sup>22</sup> Selon S. GUINCHARD et Th. DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *ibid.* Le billet à ordre est un « titre négociable par lequel une personne, le souscripteur, s'engage à payer à une époque déterminée une somme d'argent à un bénéficiaire ou à son ordre ».

<sup>23</sup> Article L.313-23, al. 1 du Code monétaire et financier.

<sup>24</sup> Article L.313-23, al. 2, *ibid.*

<sup>25</sup> Article L.313-23, al. 2 du Code monétaire et financier : « Le bordereau doit comporter les énonciations suivantes : 1. La dénomination, selon le cas, "acte de cession de créances professionnelles" ou "acte de nantissement de créances professionnelles" ; 2. La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 ; 3. Le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit, du FIA mentionné au premier alinéa, ou de la société de financement bénéficiaire ; 4. La désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance. Toutefois, lorsque la transmission des créances cédées ou données en nantissement est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier, le bordereau peut se borner à indiquer, outre les mentions indiquées aux 1, 2 et 3 ci-dessus, le moyen par lequel elles sont transmises, leur nombre et leur montant global ».

<sup>26</sup> J. JOGBENOU, « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats » in, *Contribution au colloque sur : « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux »*, Libreville, 2011, p. 4. Voir également Ph. DELBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2004, p. 341, n° 2400.

l'affactureur quant à la créance concernée et à la solvabilité du débiteur. À travers cette intervention, l'affactureur contribue au financement de la trésorerie de son client. Par ailleurs, cette opération de crédit peut être couplée à une dimension assurantielle. L'affactureur pouvant garantir le règlement de la créance et, ce faisant, accepter de supporter le risque de son non-paiement par le débiteur. Ainsi, l'affacturage combine à la fois une technique de gestion commerciale et un instrument de financement.

De la logique de l'affacturage, on peut y déceler deux idées a priori contradictoires. Il s'agit de la solidarité et du profit. L'idée de solidarité dans l'affacturage à travers « l'aide » qu'apporte l'affactureur qui, en se portant acquéreur des créances, parfois à risque, soutient l'adhérent qu'il finance en lui versant la somme convenue afin de lui permettre de poursuivre ses activités. Toutefois, l'affactureur étant toujours un établissement de crédit ou un système financier décentralisé agréé (SFD)<sup>27</sup>, un professionnel, dont l'achat de créance fait partie de son objet social et l'adhérent une personne physique ou morale qui transfère ses créances commerciales, cette solidarité se trouve contrebalancée par la recherche de profit. De cette idée de recherche de profit, des risques qu'encourt l'affactureur dans le recouvrement, il est évident que celui-ci veuille minimiser ses pertes dans le contrat d'affacturage. Évidemment, dans le monde des

affaires, le profit prend le dessus sur la solidarité. De cet état de fait, il découle un déséquilibre des parties au moment de la conclusion du contrat d'affacturage. D'un côté, l'affactureur, la partie puissante, disposant de ressources financières et, de l'autre, l'adhérent, vulnérable,<sup>28</sup> en quête de financement pour poursuivre, voire relancer ses activités. Ces différentes composantes permettent d'apprécier, de manière partielle, la proportionnalité des charges respectivement assumées par les parties dans le cadre du contrat d'affacturage.

Or, dans tout contrat synallagmatique, chaque partie contractante assume simultanément une double qualité - débiteur et créancier - vis-à-vis de l'autre. Cette interdépendance des obligations illustre la structure même de ce type de contrat, dans lequel les engagements réciproques se répondent et se conditionnent mutuellement. En outre, il est unanimement admis qu'une relation contractuelle équitable entre deux parties de même niveau suppose un traitement égalitaire et impartial. Ce principe

<sup>27</sup> La loi sur l'affacturage au Burkina Faso fait cette précision en ses articles 1 et 3 de la loi uniforme relative à l'activité d'affacturage dans les États membres de l'UMOA. L'établissement de crédit étant compris au sens de l'article 2 de la loi-cadre portant réglementation bancaire dans l'espace UMOA comme « les personnes morales qui effectuent, à titre de profession habituelle, des opérations de banque. Constituent des opérations de banque, au sens de la présente loi, la réception de fonds du public, des opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement... ». Quant au système financier décentralisé, il s'agit d'une institution habilitée par la loi à offrir des services financiers à des personnes n'ayant pas accès aux opérations de banques et d'établissements financiers. Elle ne peut réaliser que des collectes de dépôt, des opérations de prêt et des opérations d'engagement par signature. Voir les articles 1 et 4 de la loi n° 23-2009/AN du 14 mai 2009 portant réglementation des systèmes financiers décentralisés du Burkina Faso.

<sup>28</sup> La vulnérabilité désigne ici l'état ou la situation d'une personne, physique ou morale, qui la rend plus fragile qu'il ne l'est normalement ou devrait l'être face à un état de fait. Voir B. MELKEVIK, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit » dans *Considérations juridico-philosophiques*, Presses de l'université de Laval, 2005, p. 6. Ainsi, la vulnérabilité peut revêtir deux aspects et découler soit de la nature du contrat, du contrat d'adhésion, en créant une situation de dépendance. Voyez à cet effet, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique*, LGDJ, 1986.

repose sur l'idée de justice contractuelle<sup>29</sup>, laquelle exige que les parties soient placées sur un pied d'égalité, tant dans la négociation que dans l'exécution du contrat. Toutefois, dans les situations dans lesquelles un déséquilibre manifeste se produit, notamment lorsque l'une des parties se trouve dans une position de faiblesse, il incombe au droit de garantir sa protection et de veiller à ce que ses intérêts ne soient pas lésés par un excès de pouvoir ou une inégalité de traitement. Par ailleurs, la liberté contractuelle<sup>30</sup> constitue le fondement essentiel des relations entre les parties, leur permettant de négocier et de convenir des termes du contrat en fonction de leurs intérêts respectifs. Cependant, cette autonomie ne saurait être absolue, car elle doit s'exercer dans le respect des principes d'équité et de bonne foi. Ainsi, lorsque les intérêts des parties s'opposent ou que l'équilibre contractuel est rompu, la loi intervient en tant qu'arbitre. Elle a pour fonction non seulement de sanctionner les abus, mais également de rétablir un équilibre conforme à l'ordre public et à l'équité, assurant ainsi la préservation des intérêts légitimes de chaque partie contractante. Aussi, il est tentant de dire que ce manque d'équilibre dans le contrat d'affacturage, tel que prévu par le législateur burkinabè, s'apparente à l'asymétrie observée dans un contrat d'adhésion. En effet, l'affactureur ne laisse pas de marge de manœuvre à l'adhérent qui n'a de choix que d'accepter les stipulations qu'il a prévues. Au regard de ce constat, il est possible de s'interroger sur la véritable nature de la protection que la loi offre aux parties dans le contrat d'affacturage. D'où l'intérêt sur le double plan théorique et

pratique d'analyser la protection qu'accorde le droit burkinabè aux parties dans un contrat d'affacturage.

Sur le plan théorique, l'étude permet de mieux comprendre les principes juridiques qui encadrent les relations contractuelles entre l'adhérent et l'affactureur. Elle met en lumière les dérogations apportées au droit commun des contrats pour répondre aux spécificités de l'affacturage, un mécanisme complexe alliant financement, gestion des créances et couverture contre le risque d'insolvabilité. Elle contribue également à enrichir la réflexion sur l'équilibre contractuel, en examinant comment la législation arbitre entre la liberté contractuelle et la protection de la partie considérée comme économiquement plus faible. Quant à l'intérêt pratique, l'étude revêt une importance capitale pour les entreprises et les praticiens du droit. Pour les adhérents, comprendre les mécanismes de protection afin de mieux négocier et sécuriser leurs engagements. Pour les affactureurs, elle aide à cerner leurs droits et obligations pour prévenir des litiges. Enfin, pour les juristes et les juges, elle offre des outils pour interpréter et appliquer les règles spécifiques de l'affacturage de manière équitable. En somme, cette analyse renforce la compréhension des dynamiques contractuelles et favorise une meilleure mise en œuvre du contrat d'affacturage, un outil financier incontournable dans le contexte économique moderne.

L'étude s'inscrit en droit burkinabè. Cependant, il n'en demeure pas moins que la méthodologie du droit comparé

<sup>29</sup> Elle est perçue au sens de la *justice commutative* qui veille à une égalité arithmétique dans les échanges entre les personnes. Voir « Justice » dans S. GUINCHARD et Th. DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017. Cette théorie est fortement défendue par Ghestin qui estime que le caractère « juste » d'un contrat se présume par l'échange de consentement, et cette présomption devrait être repoussée s'il existe un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Voir J. GHESTIN, « La notion de contrat », Dalloz, vol. 2, 1990, chron. 27, p. 197. Voyez également J.-P. CHAZAL, « Justice contractuelle » dans L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 1-12 et Joël M. TAWALI, *Essai sur la justice contractuelle. Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, thèse, Université de Laval, 2015, p. 14 à 19.

<sup>30</sup> Le Code civil de 1804 tel qu'applicable au Burkina Faso ne donne pas une définition de la liberté contractuelle bien que ce principe soit, très largement, considéré par la jurisprudence et la doctrine comme un principe fondateur du droit des contrats. À la faveur de la réforme du Code civil en France par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ce principe fut consacré à l'article 1102 en ces termes : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

sera utilisée à travers des incursions, en tant que de besoin, dans certains droits africains et européens. Cela s'explique par le fait que ces droits consacrent par moment des solutions innovantes susceptibles d'inspirer les praticiens et le législateur burkinabè dans une éventuelle réforme.

À l'analyse du cadre juridique burkinabè sur l'affacturage, on peut constater une sous-protection de l'adhérent (I) malgré sa vulnérabilité, et dans le même temps, une protection accrue de l'affactureur (II), bien que cette dernière puisse trouver une justification légitime.

### I. Une sous-protection de l'adhérent

Le contrat d'affacturage, aussi connu sous le terme de "factoring", constitue un outil financier essentiel pour les entreprises, leur permettant de céder leurs créances commerciales à un affactureur en échange d'une avance immédiate sur trésorerie. Si ce mécanisme offre des avantages indéniables en termes de liquidité et de gestion des risques, il n'en demeure pas moins que son régime juridique est peu protecteur de l'adhérent, pourtant perçu comme la partie économiquement et juridiquement désavantagée dans la relation contractuelle. Cette sous-protection se manifeste par une approche qui déroge au droit commun des contrats (A) et par la possibilité d'imposer à l'adhérent un coût élevé de l'affacturage (B).

#### A. Une faible protection dérogatoire du droit commun

Le principe de la liberté contractuelle qui découle de l'autonomie de la volonté constitue un des socles principaux en matière contractuelle. Il sous-entend, d'une part, que toute personne doit pouvoir passer un contrat avec n'importe quelle personne et que les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat. Et, d'autre part, que personne n'est obligé de conclure un contrat qui ne lui

donne pas entière satisfaction<sup>31</sup>. À ce principe, s'ajoute celui de l'interdiction de la révocation unilatérale. Toutefois, ce principe fondamental est violé dans le régime juridique encadrant le contrat d'affacturage à travers une restriction de la liberté de l'adhérent (1) au profit de l'affactureur qui bénéficie d'un droit à une modification unilatérale du contrat (2).

### 1. La restriction de la liberté contractuelle de l'adhérent

La liberté contractuelle découlant de la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>32</sup> née des conceptions économiques libérales du siècle des lumières a érigé la volonté en une source d'obligation pour celui qui l'émet. Si la volonté est source d'obligation, c'est la liberté qui garantit à chacun des obligations justes dans une société où entre pauvre, riche, fort et faible, les intérêts divergent. Corollaire immédiat de la théorie de l'autonomie de la volonté, le principe de la liberté contractuelle implique la liberté pour chacun de décider de s'engager ou pas dans un contrat, de déterminer librement son cocontractant et surtout le contenu de ce contrat<sup>33</sup>. Comme toute liberté en général, la liberté contractuelle s'exerce dans un cadre social avec lequel elle doit être en phase, D'où un régime de restriction qui prend en compte les exigences de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>34</sup>.

Dans la mise en place d'un cadre normatif spécifique favorable au développement de l'affacturage, le législateur burkinabè a adopté une réglementation assez restrictive de la liberté contractuelle. Ainsi, elle a sérieusement remis en cause la liberté pour l'adhérent de déterminer librement ses cocontractants. Cela se traduit essentiellement par

<sup>31</sup> F.M. SAWADOGO et W.D. KABRE, *Théorie générale des obligations. Droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Édition Doff Prod, 2020, p. 16.

<sup>32</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 2, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1988, p. 28.

<sup>33</sup> F.M. SAWADOGO et W.D. KABRE, *Théorie générale des obligations. Droit burkinabè et comparé*, op. cit., p. 16 à 17.

<sup>34</sup> F.M. SAWADOGO et W.D. KABRE, *Théorie générale des obligations*, Ouagadougou, Maison du droit, 2015, p. 172.



L'obligation d'exclusivité<sup>35</sup> et la clause de globalité<sup>36</sup> qui sont essentielles à la validité du contrat d'affacturage. De telles dispositions sont également prévues par la loi type UNIDROIT sur l'affacturage<sup>37</sup> et, très expressément, elle interdit aux parties de déroger à la clause de globalité<sup>38</sup>.

À travers l'obligation d'exclusivité, il est fait interdiction totale à l'adhérent de conclure sans l'accord préalable de l'affactureur un autre contrat d'affacturage portant sur les mêmes factures objet de la première convention. Une telle obligation retire à celui sur qui elle pèse le droit d'avoir un autre cocontractant, même si ce dernier propose des meilleures conditions. Il ne peut, par ailleurs, ni retirer, ni révoquer son engagement après le paiement effectué par l'affactureur<sup>39</sup>. Si l'on peut légitimement déceler à travers une telle clause la restriction de la liberté contractuelle de l'adhérent, elle ne manque pas pour autant de sens lorsqu'on tient compte de la spécificité du contrat d'affacturage. Tout d'abord, cette obligation est une conséquence logique du

support juridique même de l'opération d'affacturage qui est la subrogation. La subrogation rendant indisponible la créance pour le créancier subrogeant dès lors qu'il reçoit le paiement<sup>40</sup>, l'adhérent n'est plus titulaire des créances cédées qui sont désormais la propriété de l'affactureur<sup>41</sup>. Ainsi, le transfert des factures à l'affactureur étant la cause du paiement des avances, il naît une impossibilité juridique pour l'adhérent de disposer de droit qui lui permette de soumettre ces mêmes factures à un autre affactureur. Donner une créance en affacturage pour une seconde fois fait disparaître la cause du paiement du premier affactureur. Cela transformerait l'affacturage en un contrat de prêt sans aucun minimum de garantie. D'autre part, en payant, l'affactureur s'est acquitté de son obligation en contrepartie de laquelle l'adhérent doit maintenir son engagement qui permettra le désintéressement de celui-ci. Or, en matière d'affacturage, l'acceptation des créances et leur inscription dans le compte de l'adhérent équivalent à une disponibilité. L'adhérent ne dispose donc d'aucun droit, il ne peut que maintenir son

<sup>35</sup> L'obligation d'exclusivité découle de l'article 24. Elle dispose que : « L'adhérent s'interdit de conclure, sans l'accord préalable de l'affactureur, pendant la durée du contrat, tout autre contrat d'affacturage ou convention semblable portant sur les mêmes créances ».

<sup>36</sup> L'article 8 prévoit une cession globale en ces termes : « Dans les relations entre les parties au contrat d'affacturage : • une clause prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de la désignation individuelle de ces créances, lorsque celles-ci sont de terminables au moment de la conclusion du contrat ou à leur naissance ; • une clause en vertu de laquelle des créances futures sont cédées, opère leur transfert à l'affactureur dès leur naissance, sans nécessiter un nouvel acte de transfert. La cession de la créance à l'affactureur peut être réalisée nonobstant toute convention entre l'adhérent et le débiteur prohibant une telle cession ».

<sup>37</sup> La loi type UNIDROIT sur l'affacturage (LTA) a été adoptée par le Conseil de direction UNIDROIT lors de sa 102<sup>e</sup> session en mai 2023. La clause de globalité est prévue à l'art. 5, al. 5 : « Une convention de cession peut prévoir la cession d'une créance future, mais la cession n'est effective que lorsque le cédant acquiert des droits sur la créance ou le pouvoir de la céder. ». Relativement à l'obligation d'exclusivité, l'art. 21, al. 1 dispose que : « Le cédant d'une créance garantit, au moment de la conclusion de la convention de cession, que : a) il a, ou aura dans le cas d'une créance future, le droit de céder la créance ; b) il n'a pas précédemment cédé la créance à un autre cessionnaire ; et que c) le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation. »

<sup>38</sup> LTA, article 3, al. 1 « À l'exception des articles 4, 5, 7 (2), 8, 32 (3), 36 (1) et 37 à 46, il peut être dérogé aux dispositions de la présente Loi ou leur effet peut être modifié par convention. »

<sup>39</sup> Article 24 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>40</sup> Loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso, article 24 *in fine*.

<sup>41</sup> Une renonciation à poursuivre le client serait ainsi inopposable à l'affactureur (Cass. com., 2 oct. 1991, n° 90-10.671 : JurisData n° 1991-002711 ; JCP E 1991, 1411, pan. 475). Toutefois, il demeure propriétaire des droits personnels qui sont liés aux créances. Voir Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-18.978, D. 2007, act. jurispr. p. 3004, obs. X. DELPECH; *Banque et droit*, 2008, n° 118, p. 16, obs. Th. BONNEAU.

engagement. Aussi, le contrat d'affacturage étant un contrat à fort intuitu personae, l'affactureur fera un choix des adhérents dignes de confiance et dont les créances sont plus ou moins sûres<sup>42</sup>. Ainsi, permettre à l'adhérent de soumettre les mêmes factures à un autre affactureur peut, à tout moment, altérer l'appréciation qui a motivé l'acceptation de l'affactureur. D'ailleurs, on peut constater que le paiement n'intervient qu'après une sélection sévère des factures et seules celles qui ont fait preuve de fiabilité, sont approuvées par l'affactureur.

Par conséquent, imposer à l'adhérent l'obligation de réserver l'exclusivité des factures à son seul cocontractant, en plus d'être fort d'une logique juridique, puise sa légitimité dans la nécessité de garantir une sécurité juridique pour l'affactureur. C'est probablement cet élan de stabilisation du contrat qui a inspiré le législateur à renforcer cette obligation d'exclusivité par une clause d'irrévocabilité. Car dès lors que les factures sont transférées, l'adhérent ne peut plus retirer son engagement.

La clause de globalité, encore appelée clause de cession globale, oblige l'adhérent à céder toutes ces créances à l'affactureur, y compris celles qui ne sont même pas encore nées. Ainsi, il n'appartient pas à l'adhérent de choisir les factures qu'il souhaite céder à son affactureur. Contrairement à l'obligation d'exclusivité<sup>43</sup> qui est une obligation qui pèse d'office sur l'adhérent, la cession globale de créance est plutôt laissée à la discrétion des parties. Sans aucun doute, cette clause constitue une sérieuse violation de

la liberté contractuelle de l'adhérent en ce sens qu'il est lié par rapport au choix de son cocontractant pour des actifs dont il est l'entier propriétaire. La loi renchérit la restriction en disposant que si les parties s'accordent sur une cession globale des créances actuelles et futures, les dernières sont automatiquement cédées à l'affactureur dès leur naissance<sup>44</sup>. Lorsqu'on sait que les créances transférées sont soumises à l'obligation d'exclusivité, on se rend compte de la gravité de l'entorse qui est faite à la liberté contractuelle de l'adhérent.

En effet, si l'obligation d'exclusivité trouve son fondement dans le transfert des créances à l'affactureur, la clause de globalité, quant à elle, trouve difficilement une justification juridique. Ce qui soulève la question de la validité des cessions des créances futures qui a difficilement fait l'unanimité lors des travaux pour l'adoption de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international<sup>45</sup>. Son érection en obligation légale a fait l'objet d'opposition en raison de sa contradiction avec l'ordre juridique de certains États<sup>46</sup>. Pour que la convention soit adoptée, le groupe de travail a fini par l'introduire comme une faculté laissée à la discrétion des parties à l'affacturage. La formulation du principe est, à cet effet, évocatrice des difficultés de son admission. La Convention d'Ottawa dispose que les clauses qui consacrent une cession de créances futures sont valables, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance, elles sont

<sup>42</sup> J. LASSERRE-CAPDEVILLE et K. MAGNIER-MERRAN, *Droit de l'affacturage, Présentation d'une technique de financement mal connue*, Éditions Revue Banque, 2023, p. 30.

<sup>43</sup> Article 24 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>44</sup> Article 8 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>45</sup> Convention UNIDROIT sur l'affacturage international, adoptée à Ottawa, le 28 mai 1988 (Convention d'Ottawa). Pour les positions des États membres sur l'obligation d'exclusivité et la clause de globalité lors des travaux sur l'adoption de la Convention d'Ottawa, voir : M. TORSELLO, *The Relationship between the Parties to the Affactureuring Contract. According to the 1988 Unidroit Convention on International Affactureuring*, 2000 INT'L Bus. L.J. 43 (2000), p. 49 et suivants.

<sup>46</sup> La loi italienne de 1991 exige que le débiteur soit identifié et que les créances futures naissent 24 mois après le contrat d'affacturage. Voir M. TORSELLO, *ibidem*. Quant au droit belge, il exige que la créance puisse être déterminée ou déterminable : voir Pierre V. OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruylant, 2010, p. 1817, n° 1288.

déterminables<sup>47</sup>. En l'érigeant en simple faculté pour les parties au contrat d'affacturage international, la Convention permet de passer outre les réticences, mais aussi de protéger la volonté des éventuelles parties qui la souhaitent contre les réglementations nationales<sup>48</sup>. En effet, le droit commun de certains pays ayant rigoureusement encadré la validité des cessions globales de créance, il existe un risque fort de contradiction entre une telle disposition et les dispositions nationales régissant la cession de créance. À titre illustratif, selon la loi italienne sur l'affacturage, la cession d'une créance future n'est valide que si le débiteur est identifié et que la créance future est née dans les 24 mois qui suivent la conclusion du contrat<sup>49</sup>. La loi burkinabè sur l'affacturage, et subséquemment la loi uniforme UMOA, ayant repris exactement les termes de la Convention d'Ottawa qui consacre la validité de la clause de cession globale, il convient d'apprécier sa conformité au droit commun de la cession de créance. L'article 1129 du Code civil valide le contrat sur la chose future dès lors qu'elle est déterminable au moment de l'exécution du contrat. Ainsi, si la validité de la cession de créance future n'est pas discutable dans notre ordonnancement juridique, la validité d'une clause qui l'impose pourrait être préjudiciable pour la liberté contractuelle. En revanche, une analyse de cette clause en tenant compte des spécificités du monde de l'affacturage peut nourrir des marges de tolérance. De fait, en acceptant de payer en avance des factures dont il n'est pas sûr de recouvrer entièrement, sans non plus la possibilité de faire

un recours contre l'adhérent, l'affactureur prend un risque, il joue un rôle d'assureur<sup>50</sup>.

De toute évidence, un des meilleurs gages pour l'affactureur est la clause de globalité. D'une part, elle offre à l'affactureur plus de moyens pour la gestion du risque qui constitue le principal nœud de son activité. En effet, la cession globale de factures permet d'éviter que l'adhérent ne fasse une sélection pour réserver à l'affactureur uniquement les factures à risque afin de faire des économies sur le coût de l'affacturage<sup>51</sup>. Une telle situation pourrait entacher la validité du contrat en le privant de cause au sens du Code civil<sup>52</sup> du fait que l'affactureur pourrait se retrouver avec des obligations sans contrepartie effective. D'autre part, la clause participe aux objectifs commerciaux de l'affactureur, car elle lui garantit la fidélité de l'adhérent et un grand volume de créances à financer.

Par ailleurs, une combinaison de l'obligation d'exclusivité et de la clause de globalité met l'adhérent dans une situation de forte dépendance économique à l'affactureur. L'adhérent ne peut réserver une partie de ses factures pour d'autres possibilités de financements moins coûteuses, ou encore adapter le financement de ses créances aux besoins de sa trésorerie. Cette dépendance suscite des interrogations sur l'équilibre des obligations dans le contrat, qui invite à admettre des tempéraments aux principes d'exclusivité et de globalité en les limitant dans le temps<sup>53</sup>, dans l'espace ou à des catégories de créances<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Article 5 de la Convention UNIDROIT sur l'affacturage International « Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage : a) une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance, elles sont déterminables ; b) une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances futures sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert ».

<sup>48</sup> M. TORSELLO, *Ibidem*.

<sup>49</sup> Voir : M. TORSELLO, *ibid*, p. 50.

<sup>50</sup> Banque de France, « Étude du rapport annuel de la Commission bancaire - 1994 », *op. cit.*, p. 3.

<sup>51</sup> J. LASSERE-CAPDEVILLE et K. MAGNIER-MERRAN, *Droit de l'affacturage, Présentation d'une technique de financement mal connue*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>52</sup> Article 1131 du Code civil : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Voir également Cour d'Appel de Ouagadougou, 18 août 1989, R.B.D. n° 18 - juillet 1990, p. 331 : « une créance née dans des conditions irrégulières a une cause manifestement illicite qui entache la validité de la convention passée entre les parties ».

<sup>53</sup> M. TORSELLO, *op. cit.*, p. 50.

<sup>54</sup> *Idem*.

## 2. Le droit à la modification unilatérale de l'affactureur

Le contrat d'affacturage peut être qualifié d'appartenir à une catégorie de contrats empreints de prérogatives dérogatoires. Historiquement, l'affacturage était considéré comme relevant, au plan interne, de la liberté contractuelle, donc du droit commun - faute de textes l'encadrant - et dont le régime est resté pendant longtemps prétorien<sup>55</sup>. Rigoureusement encadré de nos jours, l'affacturage est devenu un contrat nommé régi par des dispositions dont certaines confèrent des droits exorbitants à l'affactureur notamment le pouvoir de modification unilatérale du contrat.

En effet, le principe dans la convention d'affacturage n'est pas la révocation par consentement mutuel telle que prévue par le Code civil,<sup>56</sup> mais bien un principe de révocation unilatérale. Des stipulations formelles, on retient, d'une part, que « toute fausse déclaration de l'adhérent sur la situation du débiteur cédé peut entraîner le retrait de l'approbation »<sup>57</sup>. Un tel pouvoir de révocation unilatéral, même s'il peut se justifier par les risques encourus par l'affactureur, ne devrait pas s'exercer sans autre formalité qu'une simple information de l'adhérent. D'autre part, la loi permet à l'affactureur de modifier ou de révoquer son approbation du niveau de financement consenti à l'adhérent pour chaque débiteur, à condition d'en informer ce dernier des modalités de traitement des créances déjà acquittées ou couvertes<sup>58</sup>. Cette

consécration d'un pouvoir exorbitant à l'affactureur est partagée par la Cour de cassation française. Pour elle, les mêmes raisons qui justifient le droit pour l'affactureur d'approuver certaines factures et d'en rejeter d'autres en toute liberté justifient que ce dernier a un droit de révocation unilatérale, l'approbation elle-même étant unilatérale et discrétionnaire<sup>59</sup>. Ce raisonnement peut se comprendre, car l'approbation a pour objectif de protéger l'affactureur contre certaines créances dont le recouvrement serait difficile ou compromis. C'est d'ailleurs dans cette optique qu'il lui est donné un droit de regard sur les finances de l'adhérent<sup>60</sup>. Manifestement, ce droit de l'affactureur est sans abus et dans le respect des droits de l'adhérent. C'est ainsi que dans un arrêt en 2012, la cour d'appel de Paris a déclaré illicite la clause d'une convention d'affacturage qui réservait à l'affactureur le droit de révoquer à tout moment et sans préavis, les approbations données pour certaines créances ou de réduire le plafond, concernant des clients déterminés<sup>61</sup>. En outre, la cour a estimé que l'affactureur ne peut pas se réserver le droit de retirer rétroactivement une approbation qui a été donnée dans les conditions contractuelles. Autrement, cela permettrait à l'affactureur de révoquer son approbation pour une créance dès lors qu'il se rend compte que celle-ci devient risquée. Ainsi, au gré d'une telle pratique, l'affacturage se vide de tout aléa pour l'affactureur. Objectivement, il faudrait conférer à ce droit de l'affactureur une finalité mesurée qui est celle de minimiser l'aléa dans le recouvrement et surtout pas de le faire disparaître. D'où la

<sup>55</sup> A. GHOZI, « L'affacturage et la réforme du droit des obligations », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, mars-avril 2019, dossier 15, p. 66.

<sup>56</sup> Article 1134 du Code civil. Il ressort en effet de cette disposition que les conventions formées conformément aux prescriptions légales ne peuvent être révoquées unilatéralement, mais en commun.

<sup>57</sup> Article 12 al. 2 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>58</sup> Article 11 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « L'affactureur peut modifier ou annuler son approbation sur le niveau du plafond de financement accordé à l'adhérent pour chaque débiteur après en avoir informé l'adhérent, sans toutefois qu'une telle décision affecte les modalités de prise en charge des créances déjà payées et ou garanties ».

<sup>59</sup> Cass. com., 30 mars 1999, n° 96-14.881, inédit, JurisData, n° 1999-001491.

<sup>60</sup> Article 28, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « Dès qu'il en a connaissance, l'adhérent communique par écrit à l'affactureur [...] c) toutes informations et tous documents utiles sur la situation financière et la marche de son affaire. Il doit transmettre à l'affactureur, dans les plus brefs délais suivant la clôture de chaque exercice, une copie de son bilan, de son compte de résultat et des annexes établies conformément à la législation en vigueur. Il doit informer l'affactureur de toute dégradation de sa situation financière, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective ou de toutes autres procédures similaires. »

<sup>61</sup> CA Paris, 23 févr. 2012, n° 08/15137 : JurisData, n° 2012-002977.

tendance des juges à le sanctionner<sup>62</sup>. D'ailleurs, que restera-t-il de l'intérêt des PME pour l'affacturage s'il ne leur permet pas de garantir leur créance ?

En outre, la justesse du retrait immédiat de l'approbation de l'affactureur du fait de la survenance d'une cessation des paiements, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens d'un débiteur cédé<sup>63</sup> est discutable. En effet, l'approbation, une fois donnée, a pour effet de mettre immédiatement à la disposition de l'adhérent le montant des créances acceptées, mais aussi de garantir la bonne fin de l'opération. L'hypothèse dans laquelle le retrait paraît justifié est celle où le banquier définit un plafond à libérer pour l'adhérent et que ces fonds sont versés graduellement. Même dans ce cas, la faculté paraît abusive et extrême. L'on ne devait pas, en principe, pouvoir révoquer<sup>64</sup> l'approbation. Un réajustement de ce dispositif serait bienvenu en vue de ne pas rebuter les entreprises. Cela peut passer par l'exigence d'une mise en demeure à la charge de l'affactureur, mais aussi par une recherche de proportionnalité entre les intérêts à protéger et la défaillance. Cette balance devra servir de seuil de mesure aux tribunaux afin de rétablir un équilibre.

Enfin, la possibilité conférée à l'affactureur de réviser, en accord avec l'adhérent, la commission d'affacturage<sup>65</sup> - la rémunération des services de l'affactureur - peut être perçue comme un pouvoir de modification unilatérale de l'affactureur. Certes, le principe de l'immutabilité du contrat tel que prévu dans le Code civil<sup>66</sup> n'est pas absolu. Il est assorti d'exceptions qui sont admises avec le maximum de précaution qui protège les parties contre l'instabilité du

contrat. Dans le cas de l'affacturage, l'initiative appartient à l'affactureur, sans que celui-ci ait à motiver sa volonté de réviser le coût de ses services fixé au moment de la conclusion du contrat. Certes, la loi dispose que la révision se fait avec l'accord des parties. Cependant, est-ce nécessaire de rappeler que le principe même de la révision échappe à la volonté de l'adhérent, car le rapport de force pervertit le contrat d'affacturage ? Un état de fait qui ne réserve qu'une place résiduelle à la négociation. Ainsi, on peut donc s'interroger sur l'efficacité de la nécessité d'un accord des parties pour concrétiser la révision souhaitée par l'affactureur.

Toutes ces dérogations conjuguées placent les adhérents dans une situation contractuelle précaire et dissuadent les potentiels recourants à cette technique. En sus de cette précarité contractuelle, l'adhérent doit mettre à la disposition de l'affactureur un fonds de garantie.

## **B. Une faible protection de l'adhérent à l'égard du coût de l'affacturage**

Les éventuels incidents liés aux factures des créances qui font l'objet d'affacturage doivent faire l'objet de garanties. Cette garantie constituée sur les fonds de l'adhérent, appelée fonds de garantie, est peu encadré (1) auquel s'ajoutent des règles de fixation du coût de l'affacturage peu protectrices contre l'usure (2).

### **1. Une obligation de consentir un fonds de garantie**

<sup>62</sup> La Cour d'appel de Paris déclarait en 1996 que « si cette liberté d'approuver ou non les créances dont le transfert lui est proposé doit être totale, elle ne doit viser qu'à réduire l'aléa inhérent au contrat d'affacturage et non, de manière indirecte, à le faire pratiquement disparaître. ». CA Paris, 20 février 1996, note Y. Dagorne-Labbe, D. 1996, p. 505.

<sup>63</sup> Article 12, al. 3 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>64</sup> C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2015, p. 423, n° 695.

<sup>65</sup> Article 17, al. 2 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « La commission d'affacturage est fixée par l'affactureur, dans le respect des dispositions légales en vigueur, sur la base du montant des créances qui lui ont été cédées. Cette commission demeure acquise à l'affactureur qui peut réviser le taux y afférent, en accord avec l'adhérent. »

<sup>66</sup> L'article 1134 est une disposition centrale en matière de contrat. Il est libellé comme suit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Une retenue est opérée en vue d'alimenter un fonds dit de garantie ou retenue de garantie affecté au bénéfice de l'affactureur et destiné à couvrir tout incident. Le législateur le définit comme « une réserve constituée par l'affactureur sur les cessions de factures remises par l'adhérent pour garantir le remboursement par l'adhérent de toutes les sommes dues en application du contrat d'affacturage »<sup>67</sup>. Il n'est pas constitué par un dépôt fait préalablement par l'adhérent en vue de la constitution de ce fonds. L'affactureur retient un certain pourcentage sur le montant de chaque facture en vertu d'une clause dite de fonds de garantie.

Quand bien même ce fond n'est pas comptabilisé dans l'évaluation du coût de l'affacturage, il constitue un manque à gagner pour l'adhérent qui voit sa liquidité audacieusement réduite. En effet, dans les conventions de cession de sommes d'argent, le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, ce qui n'est pas le cas pour le fonds de garantie puisqu'il est affecté sur un compte spécial, qui n'est disponible ni pour l'adhérent ni même pour ses créanciers, qu'à la fin du contrat.

Il est affecté à ce fonds une fonction de garantie pour l'affactureur dans le recouvrement des sommes dues par l'adhérent dans le cadre du contrat d'affacturage. Une telle garantie nous semble a priori incompatible avec le mécanisme même de l'affacturage qui met à la charge de l'affactureur les risques des factures cédées lorsque l'affacturage est sans recours. Cependant, la loi met à la

charge de l'adhérent des obligations qui consacrent un droit de recours contre l'adhérent lorsque les difficultés de recouvrement des créances cédées résultent du non-respect de ces obligations.

Ainsi, le débiteur a une obligation de garantir non seulement l'éligibilité des créances cédées dans l'opération d'affacturage, mais aussi les contestations d'ordre technique et professionnel<sup>68</sup>. En outre, il doit garantir l'absence de tout conflit de mobilisation sur ces créances<sup>69</sup>. Il ressort de ces obligations l'objectif d'éviter la cession de créances inexistantes ou non disponibles. Par ailleurs, le débiteur cédé peut avoir effectué les paiements entre les mains de l'adhérent<sup>70</sup> parce que ce dernier n'a pas respecté son obligation d'information prévue par la loi<sup>71</sup>. Le non-respect de ces obligations dépouille du paiement de l'affactureur de toute cause, nécessitant ainsi une répétition de l'indu<sup>72</sup>. En 2019, la Cour d'appel de Paris a donné le droit à un affactureur de débiter le compte de garantie d'un montant équivalant au montant d'une facture cédée dont la prestation n'avait pas été effectuée par l'adhérent auprès du débiteur cédé. Elle a estimé que même si l'affacturage ne prévoit pas de recours contre l'adhérent, cela n'implique pas que l'affactureur garantisse les factures cédées qui sont litigieuses. L'affactureur est dans l'impossibilité de recouvrer les créances cédées, pas pour des raisons liées à la défaillance du débiteur, mais à la violation des engagements contractuels de l'adhérent qui a cédé des créances inexistantes ou litigieuses. Par conséquent, le fonds de garantie ne couvre pas les difficultés de recouvrement relatives à la défaillance

<sup>67</sup> Articles 1<sup>er</sup> et 21 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>68</sup> Article 25 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>69</sup> Voir les articles 8 et 24 relatifs à la clause de globalité et à l'obligation d'exclusivité de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>70</sup> Un tel paiement est libérateur pour le débiteur conformément à l'article 33 *in fine* sur l'affacturage au Burkina Faso qui dispose que : « Le paiement par le débiteur de l'affactureur est libératoire, s'il est fait conformément aux dispositions de l'alinéa ci-dessus, sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire ».

<sup>71</sup> Article 27 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « Une quittance subrogative indiquant le montant de la créance objet de l'affacturage est délivrée à l'affactureur par l'adhérent, en même temps que les pièces justificatives. Sauf en cas d'affacturage confidentiel, cette quittance est notifiée au débiteur cédé, par l'adhérent, en vue de l'informer de l'existence d'un contrat d'affacturage entre son créancier et l'affactureur. Le délai ainsi que les modalités de cette notification sont précisés dans le contrat d'affacturage » (souligné par nous).

<sup>72</sup> CA, Paris, 8 mars 2012, n° 10/08497 : JurisData n° 2012-003903.

du débiteur cédé. Dans un pourvoi en cassation, le débiteur cédé condamné en appel à payer ses factures cédées estimait que le fonds de réserve de l'adhérent était suffisamment fourni pour compenser les factures impayées. La Cour de cassation française<sup>73</sup> a alors saisi l'occasion pour rappeler la finalité du fonds de garantie. Elle a estimé que le fonds de garantie a pour objectif d'assurer le recouvrement et non l'extinction de la créance principale.

En rappel, la sûreté est faite pour prémunir le créancier contre l'inexécution délibérée par le débiteur de ses obligations<sup>74</sup>. Dans le recouvrement des sommes indues perçues par l'adhérent, le fonds de garantie qui n'est pas la propriété de l'affactureur lui permet de jouir d'un droit de gage spécifique appelé gage d'espèces<sup>75</sup>. Dès lors, les retenues pour ce fond doivent être effectuées proportionnellement aux risques qu'il garantit, en le limitant dans le temps en fonction d'un certain pourcentage de la créance. Ce qui permettrait d'éviter une surliquidité du fonds qui prive l'adhérent d'une grande partie du paiement de ces factures. Cependant, muette sur les conditions de constitution, de retenue et de restitution de ce compte de réserve, la loi renvoie à une instruction de la banque centrale<sup>76</sup>.

## 2. L'inefficacité de l'encadrement de la fixation abusive du coût de l'affacturage

Le coût de l'affacturage, souvent jugé onéreux,<sup>77</sup> est identifié comme la principale variable de son efficacité. Toutefois, les

dispositions y relatives que sont la soumission des opérations de l'affacturage aux règles d'usure et l'obligation de recours à la négociation contractuelle pour la fixation du coût ne semblent pas protéger assez l'adhérent contre les risques de fixation abusive.

Le taux d'usure est le taux effectif global maximal d'intérêt admis pour une opération de crédit<sup>78</sup>. C'est le seuil que la loi impose aux prêteurs dans la fixation de leurs intérêts afin de protéger l'emprunteur contre tout abus. Or, l'adhérent dans un besoin pressant de liquidité devient vulnérable et donc disposé à accepter un mode de financement rapide, même contraignant.

Le législateur burkinabè soumet les opérations de l'affacturage aux règles de l'UMOA relatives à l'usure<sup>79</sup>. Pour la Cour de cassation française, « la faculté pour l'affacturé d'effectuer des prélèvements sur le disponible de son compte courant par anticipation de l'échéance moyenne des règlements de ses acheteurs, moyennant la perception d'une commission de financement »<sup>80</sup> doit être régie par les règles de l'usure.

Le droit UEMOA relatif à l'usure prévoit un taux d'intérêt annuel maximal de 15% pour les banques et de 24% pour les SFD ainsi que les autres agents économiques<sup>81</sup>. En marge des pratiques bancaires qui parviennent souvent à vider les règles de leur contenu<sup>82</sup>, il se pose la question de la capacité du cadre juridique de l'affacturage à fixer un taux protecteur de l'adhérent contre les risques d'abus de l'affactureur.

<sup>73</sup> Cass. com., 10 octobre 2000, n° 96-22.412 : JurisData n° 200-006178.

<sup>74</sup> M. GRÉGOIRE, « Le concours et l'égalité des créanciers », in, *Le droit des sûretés*, ss A.-M. STRANART, Édition du Jeune Barreau, 1992, p. 7.

<sup>75</sup> J.-P. DESCHANEL et L. LEMOINE, *L'affacturage*, 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 1993, p. 32. Notons que Le gage d'espèces est une somme remise en garantie à un créancier qui est parfois tenu de la conserver individualisée. Cette somme est appelée souvent dans la pratique caution ou cautionnement. Voir : A. BENABENT, Y. GAUDMET, *Dictionnaire juridique 2023*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2022.

<sup>76</sup> Article 38 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>77</sup> N. MATHEY, « Affacturage », *JCI Contrats-Distribution*, 10 juillet 2020, p.10.

<sup>78</sup> D.A. HOUENSOU, « Les plafonnements de taux d'intérêt en microfinance servent-ils réellement les pauvres et petits opérateurs ? », *Monde en développement*, Vol. 36-2008/1-n° 141, pp 93-109, p.94.

<sup>79</sup> Article 17, al. 4 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>80</sup> C. cass. 30 mai 2006, n° 03, 17.646 : JurisData n2006-33700, jcpn26, 28-06-2006.

<sup>81</sup> Décision N° CM/UMOA/011/06/2013, portant fixation du taux d'usure.

<sup>82</sup> D.A. HOUENSOU, *idem*.

La rémunération de l'affacturage tient compte de la commission d'affacturage qui rémunère l'affactureur pour la gestion des créances et de la commission de financement qui englobe le taux d'intérêt appliqué aux avances de trésorerie<sup>83</sup>. Or, la détermination du taux effectif global d'intérêt prend en compte un certain nombre de paramètres, dont la durée de paiement et leurs échéances<sup>84</sup>. Cela rend complexe son application à l'affacturage dans le sens où les paiements des factures cédées qui constituent le remboursement des sommes avancées ne se font ni dans la même durée ni avec les mêmes échéances de paiement, alors que le taux d'usure est censé s'appliquer à l'avance de paiements de ces factures qui se fait au même moment, dès lors que les factures sont cédées. Aussi, la commission de financement n'est pas la seule composante du coût de l'affacturage. Pourtant, elle est la seule opération qui rentre dans le champ d'application des règles relatives à l'usure. Étant une rémunération de la gestion du compte client de l'adhérent, elle n'est pas une opération de crédit dont le taux peut être soumis aux règles de l'usure<sup>85</sup>. C'est pourquoi certains estiment que sa fixation doit être laissée à la discrétion des parties<sup>86</sup>.

Dans la pratique, la commission d'affacturage n'est pas toujours fixée en taux. Elle peut consister en un forfait prélevé périodiquement. Un tel mode de fixation peut se révéler abusif pour les adhérents ne disposant pas d'un grand flux de créances. Ce type de prélèvement forfaitaire peut être disproportionné par rapport aux factures cédées. Ce qui n'a pas empêché la Cour d'appel de Paris<sup>87</sup> de retenir la validité d'une clause qui imposait à l'adhérent une commission d'affacturage forfaitaire annuelle minimum. Cette diversité des modes de fixation de la commission d'affacturage pourrait être une source de pratiques abusives qui peuvent

aboutir à un coût global exorbitant de l'opération. C'est possiblement ce qui a sous-tendu la démarche du législateur burkinabè à exiger un mode de fixation en fonction des créances cédées<sup>88</sup>, sans pour autant imposer un seuil à ne pas excéder.

Ainsi, un taux de la commission de financement conforme aux règles d'usure associé à une commission d'affacturage non soumise à l'usure peut consacrer une usure techniquement légale. L'adhérent se retrouve donc au point de départ avec un coût élevé de l'affacturage qui sera difficilement sanctionné par les règles d'usure. Une meilleure approche du législateur serait la fixation d'un taux global d'intérêt spécifique au contrat d'affacturage que l'affactureur ne doit pas excéder dans la fixation du coût global de ses prestations.

Le deuxième mécanisme prévu par la loi pour protéger l'adhérent contre le risque d'abus dans la fixation du coût, c'est l'obligation de recours à la négociation. L'affacturage étant un contrat d'adhésion, dans la pratique, les clauses essentielles du contrat sont unilatéralement déterminées par l'affactureur et soustraites à la négociation de l'adhérent<sup>89</sup>. Si cette restriction de liberté de négocier s'étend jusqu'au prix dans le contrat d'affacturage, alors c'est l'équilibre économique du contrat qui est en jeu au détriment de l'adhérent. Mieux l'équilibre du marché<sup>90</sup> de l'affacturage, qui pourrait être hostile au développement de l'instrument tant souhaité.

Relativement à la commission d'affacturage, le recours à la négociation n'est imposé que dans le cas d'une éventuelle modification dont l'initiative est exclusivement réservée à

<sup>83</sup> Article 17 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>84</sup> Annexe à la décision CM/UMOA/009/06/2013 portant adoption du projet de loi uniforme relative à la définition et à la répression de l'usure.

<sup>85</sup> CA Versailles, 16 novembre 1990, n° 6401/90.

<sup>86</sup> J. LASSERRE-CAPDEVILLE et K. MAGNIER-MERRAN, *Droit de l'affacturage, Présentation d'une technique de financement mal connue, op. cit.*, p. 47.

<sup>87</sup> CA Paris, 13 oct. 1994, n° 94/2301.

<sup>88</sup> Article 17, al. 2 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « La commission d'affacturage est fixée [...] sur la base du montant des créances ».

<sup>89</sup> S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, p. 37.

<sup>90</sup> J. MONA, *Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien*, thèse, Université de Strasbourg, 2017, p. 145.



l'affactureur. Quant à sa fixation, elle relève aussi de sa volonté unilatérale<sup>91</sup>. En fin de compte, la négociation n'est rendue obligatoire que pour garantir à l'adhérent une stabilité du coût qui lui a quand même été imposé au départ.

La commission de financement, elle est négociée librement par les parties selon le législateur<sup>92</sup>. Ainsi, en réinvitant les parties au respect des principes de liberté contractuelle dans la fixation du prix, le législateur entend éviter les abus de la partie dominante qu'est l'affactureur. Toutefois, il semble omettre une fois de plus que la négociation ne serait que la résultante du rapport de force entre l'affactureur et l'adhérent. Le besoin de financement de l'adhérent aura toujours raison de son pouvoir de négociation<sup>93</sup>.

## II. Une surprotection justifiée de l'affactureur

Au regard du risque que prend l'affactureur sur les créances à lui céder, il a le pouvoir de sélectionner et d'approuver les créances dont il s'engage à payer le prix<sup>94</sup>. Cela se justifie aisément par le fait que certaines créances peuvent être litigieuses, c'est-à-dire faire l'objet de contestation ou de revendication de la part du débiteur cédé. Par conséquent, ces éventuelles situations peuvent rendre incertaine la garantie de leur recouvrement. Or, on ne peut s'engager à prendre un risque que lorsqu'il existe une probabilité d'en tirer un profit. Mais outre le risque relatif aux créances,

l'affactureur devra remplir certaines obligations liées à l'opération. En effet, se subrogeant à l'adhérent, l'affactureur prend un risque qui pourrait être l'impossibilité de leur recouvrement efficient (A). En plus, l'affactureur s'engage à supporter la charge des multiples prestations liées à l'opération d'affacturation, à savoir le financement par anticipation des créances cédées, la garantie et la gestion de celles-ci (B).

### A. La prise de risque par l'affactureur

Les entreprises recourant à l'affacturation sont généralement celles qui consentent d'importants crédits fournisseurs<sup>95</sup> à leurs clients. Ces crédits clients<sup>96</sup> sont très bénéfiques pour les clients, surtout en matière de trésorerie, car bien souvent, ils sont assortis de délais de paiement relativement longs<sup>97</sup>. Toutefois, si ces crédits ont pour but de fidéliser les clients et de maintenir la compétitivité des entreprises, ils sont empreints de risques pour les fournisseurs, parce que la trésorerie de ces derniers est nécessairement affectée. C'est pourquoi les entreprises à forte croissance choisissent de recourir à la technique de l'affacturation afin de réduire le risque de recouvrement en payant aussi la charge y relative. Il s'agit même d'un choix stratégique<sup>98</sup> pour la plupart de ces entreprises. Contrairement à d'autres techniques de

<sup>91</sup> Article 17, al. 2 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturation au Burkina Faso : « la commission d'affacturation est fixée par l'affactureur, dans le respect des dispositions légales en vigueur, sur la base du montant des créances qui lui ont été cédées. Cette commission demeure acquise à l'affactureur qui peut réviser le taux y afférent, en accord avec l'adhérent ».

<sup>92</sup> Article 17, al. 3 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturation au Burkina Faso : « La commission de financement, négociée librement entre les parties, est mentionnée dans le contrat d'affacturation... ».

<sup>93</sup> S. CHAUDOUET, *op. cit.*, p. 41.

<sup>94</sup> Article 9, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturation au Burkina Faso : « L'adhérent sollicite, avant toute opération d'affacturation et pour chacun de ses débiteurs, une approbation de livre par écrit par l'affactureur ».

<sup>95</sup> Un crédit fournisseur est l'octroi d'un crédit par lequel un fournisseur autorise son client à ne pas payer immédiatement. Ce crédit fournisseur constitue une trésorerie pour ce client.

<sup>96</sup> Les crédits clients sont comptabilisés en dettes fournisseurs chez les clients bénéficiaires. Ces dettes devront être réglées à l'issue du délai de paiement accordé par le fournisseur.

<sup>97</sup> Généralement, le délai de paiement est de trente jours après la date de livraison des marchandises ou des services, sauf accord contraire entre les parties : article L441-10 et s. du Code de commerce français.

<sup>98</sup> Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 240, n° 505.

financement telles que l'escompte<sup>99</sup>, l'affactureur assume en toute responsabilité le risque d'insolvabilité du débiteur puisqu'il ne dispose, en principe, d'aucun recours contre l'adhérent (1) et que le débiteur cédé peut lui opposer certaines exceptions (2).

### 1. L'absence de recours de l'affactureur contre l'adhérent

Dans le mécanisme de l'affacturage sans recours, l'affactureur s'interdit de tout recours contre l'adhérent en cas d'insolvabilité du débiteur<sup>100</sup>. À la différence de l'escompteur<sup>101</sup>, il ne dispose d'aucun recours contre l'adhérent en cas de défaillance du débiteur cédé, étant donné qu'il est devenu propriétaire des créances cédées<sup>102</sup>. Généralement, les sociétés d'affacturage acceptent les créances cédées sans se réserver un droit de recours contre l'adhérent en cas de mauvaise fin de recouvrement. De ce fait, elles prennent en charge l'insolvabilité du débiteur cédé ainsi que les risques de non-paiement de ce dernier à l'échéance. C'est en cela que l'on parle de l'acceptation du risque par l'affactureur.

Toutefois, cette absence de recours s'explique par le mécanisme de la subrogation pratiqué en matière

d'affacturage<sup>103</sup>. Le recours subrogatoire est d'ailleurs le moyen juridique adopté par l'ensemble des affactureur<sup>104</sup> pour parer au risque de non-recouvrement des créances acquises. La subrogation est définie comme « le mécanisme juridique qui permet à l'affactureur de remplacer l'adhérent dans ses droits vis-à-vis du débiteur cédé »<sup>105</sup>. Par le biais de cette subrogation, les aléas d'insolvabilité sont désormais transférés de l'entreprise adhérente vers la société d'affacturage<sup>106</sup>. Corrélativement, puisqu'il reçoit un paiement au titre des créances cédées, l'adhérent doit subroger l'affactureur dans ses droits, actions ou sûretés attachées à ces créances cédées à celui-ci<sup>107</sup>. L'effet translatif de la subrogation porte donc sur le principal et les accessoires de la créance. Ayant payé le créancier, c'est-à-dire l'adhérent, l'affactureur est personnellement subrogé<sup>108</sup> dans l'intégralité de ses droits. Par ce recours subrogatoire, il bénéficie donc de toutes les garanties prises par l'adhérent, qu'il s'agisse des sûretés ou des droits préférentiels. Ainsi, dans ces conditions, l'affactureur ne saurait avoir plus de droits que l'adhérent. Cette subrogation s'exerce donc suivant l'adage « nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet »<sup>109</sup> et dans la limite des droits transférés.

<sup>99</sup> L'escompte permet d'obtenir un paiement immédiat d'un effet de commerce (lettres de change ou billets à ordre) avant sa date d'échéance. C'est une forme de crédit professionnel à court terme. Concrètement, on cède l'effet de commerce de son client à sa banque qui avance le montant, déduction faite des frais. La banque devient donc propriétaire de la créance et elle se chargera de son recouvrement à l'échéance.

<sup>100</sup> Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 240, n° 505.

<sup>101</sup> En matière d'escompte, la banque dispose d'un recours contre le client et bien souvent, pour se prémunir des éventuels impayés, elle va demander des garanties.

<sup>102</sup> L'affactureur en achetant les créances prend, en quelque sorte, la place du débiteur cédé.

<sup>103</sup> L'affacturage, à proprement parler, est l'adaptation au crédit d'un mécanisme juridique classique, car il s'appuie sur un mode connu de transmission des créances par changement de créancier : la subrogation personnelle. Voir : A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*. 11<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2007, n° 739.

<sup>104</sup> J.-P. DESCHANEL et L. LEMOINE, *L'affacturage*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 1993, p. 23.

<sup>105</sup> Article 1<sup>er</sup>, n° 22 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>106</sup> Le principe est clair : la subrogation transfère les créances elles-mêmes avec tous ses accessoires.

<sup>107</sup> Article 24 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>108</sup> Relativement à la subrogation personnelle, voyez Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, LGDJ, 1975.

<sup>109</sup> Une personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'elle n'en a elle-même. À ce propos, voir : Q. GUIGUET-SCHIELE, S. LEROND, « Chronique de jurisprudence de droit privé du patrimoine », *Gazette du Palais*, n° 13, 2019.

Sur ce point, la loi burkinabè diffère de la législation camerounaise qui prévoit aux articles 2<sup>110</sup> et 13 (2)<sup>111</sup> de sa loi sur l'affacturage, la possibilité d'un affacturage avec recours, encore appelé factoring with recourse<sup>112</sup>. Par ce type d'affacturage, l'affactureur se réserve le droit de se faire rembourser par l'adhérent en cas d'insolvabilité du débiteur cédé. Cette faculté peut permettre à l'établissement de crédit de se prémunir contre l'impossibilité du recouvrement, spécialement dès lors qu'aucune garantie n'a été apportée à la dette qu'il lui revient de payer par anticipation<sup>113</sup>. Le législateur béninois avait également prévu la possibilité d'un affacturage avec recours en 2017<sup>114</sup> avant de faire un rétropédalage en 2024<sup>115</sup> en reprenant exactement les mêmes termes que son homologue burkinabè.

Au demeurant, dans l'affacturage sans recours, il existe des hypothèses dans lesquelles l'affactureur dispose d'un recours contre l'adhérent. Une de ces hypothèses est relative à l'existence même de la créance ou à son montant. En effet, l'affactureur en payant l'adhérent s'est substitué au débiteur de telle sorte que si la créance cédée n'existait pas ou qu'elle eut été d'un montant inférieur à celui consenti par l'affactureur, il y aurait paiement d'un indu ou d'un trop-

perçu entre les mains de l'adhérent. À ce moment, l'affactureur dispose d'un droit à répétition<sup>116</sup> sous la forme d'une contre-passation<sup>117</sup> de cet indu. Elle est considérée comme une protection supplémentaire qui permettra à l'affactureur de récupérer la somme versée en acquisition en pleine propriété des créances cédées<sup>118</sup>. On le voit, il n'est pas question ici d'un aléa lié à l'insolvabilité du débiteur cédé, auquel cas, la charge reposerait sur l'affactureur, mais bien de la question de l'existence même de la créance, car si la créance existait, l'affactureur n'aurait pas ce droit<sup>119</sup>. La créance doit donc être restituée à l'adhérent si, à la suite de la défaillance, ladite créance préalablement inscrite au compte courant est contre-passée, c'est-à-dire annulée ou rectifiée.

Enfin, il est possible d'invoquer la loi pénale afin de protéger l'affactureur. En effet, les factures relatives à l'opération doivent être émises avant paiement<sup>120</sup>. Celui qui y contrevient est passible de poursuites pénales sur le fondement de l'escroquerie<sup>121</sup>. Toutefois, la vigilance à laquelle les créances sont soumises avant leur approbation

<sup>110</sup> Articles 2 de la loi n° 2014-6 du 23 avril 2014 régissant l'activité d'affacturage au Cameroun : « *affacturage avec recours* : convention d'affacturage par laquelle l'affactureur se réserve la faculté de se faire rembourser par l'adhérent, en cas d'insolvabilité du débiteur ».

<sup>111</sup> Articles 13 (2) de la loi n° 2014-6 du 23 avril 2014 régissant l'activité d'affacturage au Cameroun : « Lorsque le contrat d'affacturage est avec recours, l'affactureur se réserve la faculté de se faire rembourser par l'adhérent en cas d'insolvabilité du débiteur ».

<sup>112</sup> Articles 2 et 13 (2) (affacturage avec recours) de la loi n° 2014-6 du 23 avril 2014 régissant l'activité d'affacturage au Cameroun.

<sup>113</sup> M.-C. KAMWE MOUAFFO, « Lecture prospective de la loi n° 2014/006 du 23 avril 2014 régissant l'activité de l'affacturage au Cameroun », *Afrilex*, 2016. Disponible sur : [https://afrilex.u-bordeaux.fr/wpcontent/uploads/2021/03/Lecture\\_prospective\\_de\\_la\\_loi\\_no\\_2014.pdf](https://afrilex.u-bordeaux.fr/wpcontent/uploads/2021/03/Lecture_prospective_de_la_loi_no_2014.pdf).

<sup>114</sup> Loi n° 2017-01 du 03 mai 2017 relative à l'activité d'affacturage en République du Bénin.

<sup>115</sup> Loi n° 2024-16 du 23 mai 2024 relative à l'activité d'affacturage en République du Bénin.

<sup>116</sup> Article 1377 du Code civil burkinabè : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier (...) » ; CA, Paris, 8 mars 2012, n° 10/08497 ; JurisData n° 2012-003903.

<sup>117</sup> La contre-passation est une technique du droit des affaires qui consiste à annuler, par une écriture inverse de la précédente, une opération comptable faite antérieurement. C'est le cas dans le compte courant en cas de non-paiement. La contre-passation est donc une rectification. Voir « contre-passation » dans S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2022-2023.

<sup>118</sup> J. LASSERRE-CAPVILLE (dir.), *droit bancaire*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 487, n° 898, coll. Précis.

<sup>119</sup> Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 9<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2011, p. 467, n° 580.

<sup>120</sup> Notons néanmoins que les factures ne constituent que la preuve des créances cédées, ce ne sont pas elles qui sont garanties par l'affactureur, car la créance peut bien exister quand bien même la preuve matérielle, en l'occurrence la facture, n'est pas encore établie.

<sup>121</sup> <https://www.lexbase.fr/article-encyclopedie-juridique/59169340-synthese-etude-laffacturage>.

réduit considérablement ce risque<sup>122</sup>. Mais, il n'est pas exclu que la société d'affacturage accepte des créances délicates. En l'occurrence, l'affactureur peut accepter de payer avant même la livraison des produits commandés<sup>123</sup>, ce qui pourrait donc favoriser ce risque.

On le voit, dans l'affacturage sans recours tel que prévue par le législateur burkinabè et qui est issue de la loi uniforme relative à l'activité d'affacturage dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), l'affactureur ne bénéficie pas de recours contre l'adhérent en cas d'insolvabilité du débiteur cédé. De surcroît, le débiteur cédé pourra lui opposer des exceptions inhérentes aux créances.

## 2. L'opposabilité des exceptions à l'affactureur par le débiteur cédé

Par le mécanisme de l'affacturage et de la subrogation, le transfert des créances s'accompagne généralement, non seulement de leurs qualités et accessoires tels que les sûretés<sup>124</sup>, mais aussi de leurs vices tels que l'inexécution ou la mauvaise exécution. C'est l'unicité du transfert, c'est-à-dire que les créances sont transférées dans toute leur composante<sup>125</sup>. Par conséquent, en substituant à l'adhérent, l'affactureur, d'une part, bénéficie des droits et actions inhérents aux créances cédées, et d'autre part, accepte les exceptions inhérentes à ces mêmes créances.

C'est pour cette raison qu'il est admis que le débiteur cédé puisse invoquer les exceptions qu'il détient contre son créancier, c'est-à-dire l'adhérent, dans le contrat principal et de les opposer à l'affactureur, le nouveau créancier. En effet, le législateur burkinabè a formellement indiqué que « le

débiteur cédé peut invoquer contre l'affactureur tous les moyens de défense dérivant dudit contrat, qui sont également opposables si la demande en paiement est faite par l'adhérent. Le débiteur cédé peut aussi exercer tout droit de compensation relatif à des droits ou actions existants contre l'adhérent en faveur duquel la créance est née »<sup>126</sup>. Le débiteur cédé peut donc opposer à l'affactureur toutes les exceptions qu'il détient contre l'adhérent dans le contrat principal, bien que techniquement il ne soit pas parti au contrat d'affacturage. Par le recours subrogatoire, l'adhérent ne subroge l'affactureur que dans les droits qu'il détient envers son débiteur, sans plus ni moins<sup>127</sup>. De cette même manière, le débiteur cédé peut opposer à l'affactureur les exceptions inhérentes aux créances cédées qu'il pouvait opposer à l'adhérent dans le contrat principal. Il s'agit là des conséquences de la subrogation. Cette possibilité accordée au débiteur cédé d'opposer à l'affactureur toutes les exceptions inhérentes à la dette est admise par la jurisprudence depuis fort longtemps<sup>128</sup>.

Et pour le législateur français, « le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes »<sup>129</sup>.

Toutefois, pour que ces exceptions soient parfaitement valables, il y a des conditions à respecter. Pour ce faire, les exceptions peuvent apparaître<sup>130</sup> avant ou après la subrogation. En revanche, leurs origines<sup>131</sup> doivent être

<sup>122</sup> Voir l'article 9 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>123</sup> C'est généralement le cas où il existe une relation d'affaires de longue durée entre l'affactureur et l'adhérent.

<sup>124</sup> Ces qualités ou accessoires qui constituent les droits permettent le recours subrogatoire.

<sup>125</sup> Dans le même sens que l'idée de l'unicité du patrimoine.

<sup>126</sup> Article 32 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>127</sup> Article 24 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>128</sup> Cass. com., 9 mai 1977, n° 75-14928.

<sup>129</sup> Article 1346-5, alinéa 3 du Code civil français.

<sup>130</sup> Apparaître ici veut dire visible et non la naissance.

<sup>131</sup> Origine ici signifie provenance.

nécessairement antérieures à la subrogation, de sorte que lorsqu'une exception est née postérieurement à la subrogation, le débiteur cédé ne peut plus l'opposer à l'affactureur. Car cette exception ne peut être rattachée au contrat principal.

Par exemple, le débiteur cédé pourra opposer à l'affactureur une livraison non conforme ou une livraison de produits viciés de la part de l'adhérent. Il peut s'agir également d'une non-livraison des marchandises ou des services par l'adhérent. Dans ces cas, le débiteur cédé peut opposer à l'adhérente une exception d'inexécution<sup>132</sup> du contrat principal qui sera valablement transmise à l'affactureur par le jeu de la subrogation, puisque leurs origines tiennent du contrat principal.

En effet, à une exécution défectueuse ou tardive du contrat, de la part de l'adhérent, correspond une créance viciée. Dès lors, l'affactureur ne peut prétendre à une parfaite exécution de la part du débiteur cédé, parce que l'adhérent n'a pas rempli sa part de responsabilité contractuelle. Par conséquent, il n'est plus nécessaire de savoir si l'apparition de l'exception est antérieure ou postérieure à la subrogation, puisque son origine se rattache au contrat principal.

En outre, il faudra distinguer les exceptions inhérentes des exceptions extérieures. Lorsque les exceptions sont extérieures à la créance, il est important de tenir compte de leurs prises d'effet. Si les exceptions sont antérieures à la subrogation, elles sont opposables à l'affactureur. À défaut, elles doivent être écartées<sup>133</sup>. C'est le cas par exemple de la compensation qui pourra se faire lorsque les créances sont antérieures à la subrogation<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> CA Angers, 18 février 2020, n°16/02940.

<sup>133</sup> Voir les Obs. de MM. CABRILAC et J.-L. RIVERS-LANGE, *RTD Com.* 1968, p.1102.

<sup>134</sup> Article 32 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>135</sup> CA Grenoble, 30 mars 2023, RG n° 22/00244.

<sup>136</sup> Étude : L'affacturage, Lexbase, E63923QS.

Lorsque les créances sont postérieures à la subrogation, logiquement, le débiteur cédé ne pourra plus les opposer à l'affactureur, sauf à démontrer que les dettes sont connexes<sup>135</sup>. Mais si l'affactureur prenait un risque qui pourrait être l'impossibilité du recouvrement de ses créances cédées, il s'engage également à supporter les charges liées à ces créances cédées.

## B. Les charges liées à la créance cédée

La relation entre l'affactureur et l'adhérent est fondée sur une convention qui s'accomplit par l'exécution d'une série d'obligations propres à l'affacturage par les parties. Pour sa part, « l'adhérent concèdera au factor une exclusivité sur son volume de factures. En outre, il devra lui transmettre des informations pour assurer la bonne exécution de la convention. Surtout, l'adhérent devra informer sa clientèle en lui notifiant l'existence d'une subrogation au profit du factor et rémunérer ce dernier, au besoin, en constituant un fonds de garantie à son profit »<sup>136</sup>. Ce sont là, entre autres, les obligations qui pèsent généralement sur l'adhérent<sup>137</sup>. Toutefois, nous nous intéresserons uniquement de celles qui sont mises à la charge de l'affactureur, notamment le paiement immédiat des créances qui lui sont transférées (1) ainsi que leur gestion (2).

### 1. L'obligation de paiement immédiat des créances par l'affactureur

L'affacturage est une technique de financement à court terme<sup>138</sup> que la loi érige en obligation de financement<sup>139</sup> dès qu'on y est partie. Cette obligation se traduit par un versement par anticipation de la somme des créances cédées entre les mains de l'adhérent concomitamment à leur

<sup>137</sup> Voir les articles 24 à 29 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>138</sup> Voir : G. DE SUSANNE, « Maitriser les risques de l'affacturage », *Revue Banque*, n°539, juillet 1993, p. 34.

<sup>139</sup> Voir article 10 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

transfert<sup>140</sup>. Raison principale de l'affacturage, le règlement anticipé permet le renflouement de la trésorerie et participe au maintien de la compétitivité des entreprises qui y font recours. Lorsque le montant des créances cédées est inscrit au crédit du compte courant de l'adhérent dans les livres de l'affactureur<sup>141</sup>, cette inscription équivaut à un paiement dont le bénéficiaire peut disposer à tout moment selon ses besoins<sup>142</sup>. Ce paiement peut être en totalité ou juste une partie du montant des créances transférées, diminué des frais de commission<sup>143</sup>. C'est en raison de cette anticipation que l'affacturage est qualifié d'opération de crédit<sup>144</sup> au même titre que les autres modes de financement des entreprises.

Toutefois, la technique de l'affacturage s'éloigne par exemple de l'assurance-crédit, car le paiement de la créance est immédiat et le règlement ne tient pas compte d'un éventuel défaut de paiement<sup>145</sup>. En effet, l'assurance-crédit est un contrat conclu entre une entreprise et un organisme d'assurance spécialisé dans l'appréciation du risque de défaillance ou d'insolvabilité d'un client<sup>146</sup>. L'assurance-crédit constitue donc une garantie à l'entreprise du paiement des créances qu'elle dispose sur le client, et ce, en contrepartie d'une prime qui tient souvent compte du montant global des créances cédées.

La loi est aussi favorable à l'affactureur dans la mesure où de lourdes exigences inadéquates de la subrogation prévues à l'article 1690 du Code civil ont été exemptées<sup>147</sup>. Il est tout de même important de porter à la connaissance du débiteur cédé de l'existence de la subrogation, non pas pour la validité de la subrogation, mais pour lui interdire un paiement de bonne foi entre les mains de l'adhérent<sup>148</sup>. En effet, le législateur burkinabè précise que sauf en cas d'affacturage confidentiel, une quittance de subrogation est notifiée au débiteur cédé, par l'adhérent, en vue de l'informer de l'existence d'un contrat d'affacturage entre son créancier et l'affactureur<sup>149</sup>. Ce qui permettra au débiteur de payer désormais à l'affactureur directement et non à l'adhérent. En tout état de cause, « les affactureurs avaient déjà pris l'habitude, dans un grand nombre de cas, de procéder à la notification en question »<sup>150</sup>.

De son côté, la Cour de cassation a toujours considéré que les paiements intervenus postérieurement à la subrogation par le débiteur cédé au créancier, c'est-à-dire à l'adhérent, alors qu'il avait connaissance de l'existence du contrat d'affacturage liant l'adhérent à l'affactureur, compte tenu des cachets apposés sur les factures et des courriers de rappel à elle adressés par l'affactureur, n'étaient pas libératoires à l'égard de celui-ci<sup>151</sup>. Autrement dit, la Cour considère qu'il s'agit d'une notification et par conséquent que l'affactureur

<sup>140</sup> Article 1<sup>er</sup>, n° 4 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>141</sup> Dans la pratique, un compte est ouvert au nom de l'adhérent et c'est sur ce dernier que la somme des créances cédées est portée à son crédit.

<sup>142</sup> Cass. 25 janv. 1955, D, 1957, 287.

<sup>143</sup> Article 1<sup>er</sup>, n° 4 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>144</sup> V. à ce sujet la loi n° 058-2008/an portant réglementation bancaire au Burkina Faso, JOBF n° 02 du 08 janvier 2009.

<sup>145</sup> Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, op. cit., p. 240.

<sup>146</sup> Dans le cadre de l'affacturage, pour se protéger contre les impayés, l'affactureur peut demander à l'adhérent de souscrire à une assurance-crédit. Lorsqu'une assurance-crédit a été mise en place, c'est la société d'assurance qui remboursera l'affactureur en cas de non-paiement des créances cédées. Un fonds de garantie peut également être mis en place pour rembourser le montant non couvert par l'assurance-crédit.

<sup>147</sup> Article 1690 du Code civil : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

<sup>148</sup> Articles 6 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso ; C. civ., art. 1240, Paris, 21 et 23 janv. 1970, *RTD Com.*, 1971, 1055, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

<sup>149</sup> Articles 27 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>150</sup> C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1346 à 1346-5 de la nouvelle sous-section 4 "Le paiement avec subrogation" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect4-paiement-subrogation/>.

<sup>151</sup> Cass. com., 15 oct. 1996, 94-16.302.

peut exiger du débiteur cédé le paiement des factures qu'il a réglées à l'adhérent tout en sachant l'existence de la subrogation, car cette connaissance lui est opposable. A contrario, la subrogation ne lui sera pas opposable. En effet, dans un arrêt inédit, la Cour dit « qu'en se fondant exclusivement sur l'antériorité des subrogations par rapport à la saisie conservatoire, sans constater que le débiteur connaissait la subrogation consentie par son sous-traitant à la société d'affacturage à cette même date, qui ne figurait pas sur toutes les factures émises, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1250 du Code civil »<sup>152</sup>, d'où que la subrogation ne peut être opposable au débiteur cédé, puisqu'il ne connaissait pas l'existence de la subrogation.

C'est ainsi que la Cour de cassation indique l'importance de savoir si le débiteur a payé l'adhérent avant ou après la notification de la subrogation. Si la notification a été faite après le paiement, celui-ci est libératoire<sup>153</sup>.

Cette jurisprudence constante a été entérinée par le juge français. En effet, depuis l'ordonnance française n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, la subrogation ne peut être opposée au débiteur cédé que si elle lui a été notifiée<sup>154</sup>. L'ordonnance vient ainsi consacrer le droit positif sur la notification de la subrogation au débiteur cédé à titre d'opposabilité. C'est ce que prévoit désormais l'article 1346-5, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil qui indique que la subrogation ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

<sup>152</sup> Cass. Com., 25 mars 2003, 99-21.667, Inédit.

<sup>153</sup> Cass. Com., 4 oct. 1982 : Bull. civ. IV, n° 287. - 3 avril 1990 : D. 1990, inf. rap. p. 105.

<sup>154</sup> Article 1346-5, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil français.

<sup>155</sup> C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1346 à 1346-5 de la nouvelle sous-section 4 "Le paiement avec subrogation" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect4-paiement-subrogation/> [consulté le 12/12/2024].

Mais, « indépendamment des règles d'opposabilité précédemment évoquées, le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance » (art. 1346-5, al. 1<sup>er</sup>). Le débiteur n'a donc pas à attendre que la subrogation lui soit notifiée pour s'en prévaloir : il peut, dès qu'il en a connaissance, l'opposer au créancier subrogeant pour refuser de le payer ; il peut se libérer valablement en payant le créancier subrogé »<sup>155</sup>.

En revanche, un paiement fait de bonne foi à l'adhérent est libératoire si le débiteur cédé n'était pas notifié de l'existence d'une telle convention entre son créancier et l'affactureur<sup>156</sup>.

En somme, les exigences légales pour rendre efficace la subrogation sont entre autres, la remise par l'adhérent à l'affactureur d'une quittance subrogative<sup>157</sup> indiquant le montant de la créance objet de l'affacturage en même temps que les pièces justificatives<sup>158</sup> ; un paiement concomitant et équivalent au montant de la créance factorisée diminuée des frais. En plus d'un paiement immédiat, l'affactureur devra assurer la gestion de ces créances qui lui sont cédées.

## 2. L'obligation de gestion des créances cédées par l'affactureur

À côté du financement immédiat évoqué précédemment, l'entreprise d'affacturage prend en charge toute une série de services qui aurait dû être faite par la société adhérente. Il s'agit de la gestion, du financement et de la garantie de bonne fin des créances. L'affacturage qui remplit ces trois prestations est dit traditionnel, encore désigné sous

<sup>156</sup> Cass. Com., 15 oct. 1996, 94-16.302 ; CA Paris, 23 janv. 1970 : *RTD Com.* 1971, p. 1055, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

<sup>157</sup> Article 1<sup>er</sup>, n°19 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso : « Quittance subrogative : le document ou l'acte qui matérialise la subrogation de l'affactureur dans les droits de l'adhérent, dans le cadre d'un contrat d'affacturage » ; article 27 de la même loi ; Cass. com., 9 janvier 1990, Bull. civ., IV, n° 2.

<sup>158</sup> Article 27 de la loi N° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

l'appellation de « old line factoring »<sup>159</sup>. Ceux qui y ont recouru déchargent sur l'affactureur la tâche de facturation et du recouvrement de leurs créances à court terme. C'est lui en effet qui va procéder à l'enregistrement des factures, relancer les débiteurs en cas de retard de paiement, procéder aux encaissements et assurer le service du contentieux en cas de non-paiement<sup>160</sup>. C'est pour ces raisons que l'on considère que le contrat d'affacturation constitue une illustration de la division du travail<sup>161</sup>, c'est-à-dire un service à part entière au sein de l'entreprise.

L'affactureur encaisse, mais il garantit aussi la bonne fin du recouvrement. L'affactureur garantit à cent pour cent (100%) le montant de toutes les factures matérialisant les créances cédées et payées par lui. Cette garantie trouve son affirmation dans l'engagement pris par l'affactureur de payer contre subrogation. C'est l'objet de l'approbation, encore appelée agrément<sup>162</sup>. Cette approbation est donnée à titre individuel, débiteur par débiteur<sup>163</sup>. En général, les affactureurs n'acceptent de prendre que les factures effectives, c'est-à-dire celles remises à la suite d'une livraison réelle de l'objet du contrat ou de la prestation de service. Il est admis à titre exceptionnel que l'approbation soit acquise avant la réalisation du contrat<sup>164</sup>.

Par ailleurs, la garantie couvre non seulement la stricte insolvabilité du débiteur, mais tout autre risque de non-paiements tels que les crises de trésorerie.

L'entreprise d'affacturation s'engage également à assurer, en général, toute une panoplie de services en marge du recouvrement des créances et de la garantie de paiement, comme la gestion informatique des comptes clients, l'établissement de statistiques, le service contentieux, etc.

Naturellement, tout ce travail de gestion nécessite absolument des outils de travail assez performants, disponibles et accessibles, dont le coût élevé fait que bien souvent même les grandes entreprises sont incapables d'assumer. Mais une chose est de disposer de matériels adéquats et une autre chose est d'être en mesure de bien s'en servir. C'est pourquoi les facteurs doivent disposer d'une ressource humaine conséquente et surtout assurer sa formation en vue de faire face aux exigences des opérations d'affacturation, ce qui requiert aussi un coût. C'est la raison pour laquelle de toute évidence, le constant est le suivant : au vu des coûts de gestion des créances tant au plan humain qu'au plan matériel, les entreprises ont tout intérêt à recourir à l'affacturation comme une solution externe, une sous-traitance compétitive, immédiatement disponible et fiable<sup>165</sup>.

En revanche, même si l'affacturation présente de véritables avantages, il convient d'indiquer qu'il recèle des effets à risque pour l'adhérent à travers la gestion des créances cédées par l'affactureur. En effet, l'affacturation expose l'adhérent par l'immixtion de l'affactureur dans le « secret des affaires »<sup>166</sup>. C'est pourquoi le législateur interdit à l'affactureur de faire usage des données à caractère

<sup>159</sup> Cet affacturation est distingué d'autres variantes regroupées sous l'expression « *new line factoring* ». Cette forme exclut un des éléments de l'affacturation traditionnel à savoir la gestion, la garantie et le financement.

<sup>160</sup> Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 15<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2023, n° 572.

<sup>161</sup> C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 425.

<sup>162</sup> Article 9, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturation au Burkina Faso.

<sup>163</sup> Article 9, al. 2 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturation au Burkina Faso : « Préalablement à la remise d'une ou de plusieurs créance(s) concernant un débiteur, l'adhérent communique à l'affactureur le montant du volume d'affaires traitée ou prévisionnel avec ledit débiteur. »

<sup>164</sup> Cela constitue un risque que prend personnellement l'affactureur.

<sup>165</sup> J.-P. DESCHANEL et L. LEMOINE, *op. cit.*, p. 35.

<sup>166</sup> Voir dans ce sens la notion du secret des affaires : article L. 151-1 et s. du Code de commerce français, issus de la transposition de la directive européenne « secrets d'affaires » du 8 juin 2016 ; voir le dossier spécial « Le secret des affaires », *RJ Com.* 2019, p. 531 et s., spéc. F. BUY, « La "nouvelle" protection du secret des affaires », p. 536, et G. LARDEUX, « Les aspects procéduraux de la protection du secret des affaires », p. 544. Cité dans F. BUY, *Droit des contrats d'affaires*, 1<sup>re</sup> éd., LGDJ-Lextenso, 2023, p. 296, n° 314.



personnel<sup>167</sup> de l'adhérent, recueillies dans le cadre du contrat d'affacturage, sauf pour les seules nécessités de leur gestion et la satisfaction des obligations législatives et réglementaires<sup>168</sup>.

L'affacturage donnait, en outre, une image mitigée des entreprises y faisant recours, car elles sont considérées comme des entreprises en difficulté. Voilà ce qui a justifié l'intérêt tardif des petites et moyennes entreprises de faire recours à l'affacturage comme un mode de financement<sup>169</sup>.

### Conclusion

L'affacturage est une opération très utile en matière de financement des entreprises, qu'elles soient grandes, moyennes ou petites. En effet, pour rester dans la compétitivité, les entreprises ont tout intérêt à recourir à l'affacturage tout au long de leur existence. En phase de création, l'affacturage peut être une solution à une insuffisance de trésorerie et en phase de développement, elle peut être un moyen pour anticiper la défaillance des clients et même de se passer d'un service de recouvrement qui peut être beaucoup plus coûteux et énergivore.

Néanmoins, l'affacturage peut être très onéreux pour les adhérents. Certains ont même soutenu qu'il était plus coûteux que l'escompte. En effet, le montant des créances à terme cédées produit des intérêts qui s'ajoutent au principal. De plus, des commissions, en l'occurrence, des frais de gestion de l'affactureur sont prélevées sur le compte de l'adhérent.

Toutefois, la rapidité du financement permet une récupération du coût de l'affacturage, puisqu'en principe

l'adhérent reçoit des paiements anticipés et rapides qui lui permettront non seulement d'assainir ses finances en termes de trésorerie et de besoin en fonds de roulement<sup>170</sup>, mais aussi d'être plus compétitif. L'opération d'affacturage lui permet de transformer ses créances en apport conséquent de trésorerie à court et moyen terme. En ce sens, ces coûts peuvent être parfaitement maîtrisés par l'adhérent.

À court terme, l'affacturage peut donc être un mécanisme efficace pour prévenir les risques d'impayés des clients, avoir un financement rapide de ses créances, optimiser la gestion administrative du poste clients et enfin sécuriser la gestion financière de l'entreprise.

Aussi, l'affacturage est un mécanisme utile pour les affaires, car il est rapide et efficace. Le tout est de savoir s'en servir de façon efficiente. Le législateur burkinabè en consacrant récemment l'affacturage entre dans cette dynamique qui est d'amener les entreprises burkinabè à être plus compétitives. Reste à espérer que les entreprises en fassent bon usage pour une économie plus florissante.

<sup>167</sup> Voir : Loi n° 001-2021/AN du 30 mars 2021 portant protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel burkinabè ; Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles française.

<sup>168</sup> Article 21 de la loi n° 006-2022/ALT, relative à l'activité d'affacturage au Burkina Faso.

<sup>169</sup> S. EFLOSSE, « Les débuts de l'affacturage en France, 1961-1973 : un secteur marginal en quête de reconnaissance », *Entreprises et histoire*, 2014/4 n° 77, pp.114-123. Disponible sur : <https://shs.cairn.info/revue-entreprises-et-histoire-2014-4-page-114?lang=fr>.

<sup>170</sup> Le besoin en fonds de roulement (BFR) correspond à l'argent dont l'entreprise a besoin en permanence pour financer son exploitation.

## L'APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE DOIT-ELLE RESTER ENTRE LES MAINS DES JUGES DU FAIT ?

Fodé David FAYE

Doctorant en droit privé à l'université Assane SECK de Ziguinchor  
Membre du laboratoire de recherche en sciences économiques et sociales (LARSES)  
Membre du laboratoire d'études et de recherches critiques sur le droit en Afrique (LERCDA)

### Résumé

La responsabilité civile offre une tribune exceptionnelle à l'expression de l'office du juge. Elle est d'ailleurs connue et reconnue comme une discipline prétorienne, c'est-à-dire formée et moulue au gré de la jurisprudence. C'est à partir de quelques dispositions y relatives dans le Code civil de 1804 que le juge français a construit l'une des disciplines les plus transversales et les plus denses en termes de spécificités et d'applications variées. Au Sénégal, l'appréciation du préjudice relevant du juge est une prérogative reconnue au juge des faits et qu'il doit effectuer au jour du jugement. Cependant, cette appréciation souveraine consacrée donne en pratique une difficulté pour le justiciable. La responsabilité civile dans les systèmes juridiques romano-germaniques se présente comme le lit de l'activité jurisprudentielle la plus fertile, à côté du droit des contrats avec lequel ils forment le droit des obligations. Sur la qualification de la faute, sur l'appréciation du lien causal, sur les caractères du dommage indemnisable et entre autres questions telles que l'appréciation du préjudice, le juge du fait dispose d'une latitude qui rend son intervention à la fois inéluctable et décisive. L'objectif de cette étude est de présenter l'état de la question et permet de mieux analyser l'office du juge dans le cadre du procès civil et plus particulièrement sur la question de l'appréciation.

*« Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois »*

J.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004.

### Introduction

À la différence des systèmes de common law, les pays de tradition romano-germanique<sup>1</sup> partagent essentiellement les fondements et surtout les logiques socio-normatives qui sous-tendent le système juridique. En effet, ils

partagent, en plus du droit écrit, une conception légicentrique de la normativité. Dans ces systèmes, le juge n'intervient que sur la base de textes juridiques préétablis, de sorte que même en présence de silence ou d'ambiguïté

<sup>1</sup> T. RAMBAUD, « Chapitre I - La tradition romano-germanique », in *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Presses universitaires de France, 2017, pp. 65-116 ; B. OPPEITT, « Titre III - Droit émiétté et droit réunifié », in *Droit et modernité*. Presses universitaires de France, 1998, pp. 73-92. S. MANCUSO, « L'Afrique, ses constitutions et le droit comparé », in *The Cardozo Electronic Law. Bulletin*, Vol. 24(2) - Fall 2018, p. n° 3

« L'hypothèse était que les nouveaux développements du continent africain n'avaient pas comme conséquence de rejeter les modèles occidentaux, plutôt que leur expansion plus forte, car ils restaient l'épine dorsale des systèmes juridiques africains. Par conséquent, la caractéristique la plus distinctive du droit africain a été reléguée dans une position marginale, et le comparatiste a continué à considérer les systèmes juridiques africains comme des expressions de familles juridiques "vivantes" ailleurs. »

de la loi, les voies du salut s'offrant à lui sont également minutieusement encadrées. D'ailleurs, Montesquieu dixit à leur propos : Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force, ni la vigueur<sup>2</sup>. Les seules fois où le juge peut se sentir moins contraint de suivre la loi, c'est dans la mise en œuvre du pouvoir souverain d'appréciation dans le cadre du procès civil de façon générale et particulièrement en droit de la responsabilité civile. En effet, dans ladite discipline, l'expression du pouvoir souverain du juge du fond connaît une intensité particulière en ce qu'elle se sent tout au long de la procédure, notamment dans le cadre de l'appréciation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.<sup>3</sup> C'est autour de ce pouvoir reconnu au juge des faits ou au

juge du fond dans l'appréciation du préjudice que notre réflexion s'articule.

L'appréciation s'entend comme l'action d'apprécier. Étymologiquement, le verbe apprécier est emprunté du latin *appretiare* - déterminer, évaluer un prix - qui est un dérivé du terme *pretium* qui signifie le prix. L'appréciation du préjudice, quant à elle, s'entend comme l'activité par laquelle le juge des faits ou du fond essaie de cerner l'étendue des effets du dommage que la victime a subi. Le préjudice, introduit récemment dans le Code civil sous sa forme écologique<sup>4</sup>, fait écho aux conséquences du dommage<sup>5</sup>. En droit sénégalais, le législateur, s'inspirant du Code civil français de 1804, opta pour le concept de dommage au détriment de celui du préjudice<sup>6</sup>. En effet, le législateur prévoit à l'article 135 du Code des obligations

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995.

<sup>3</sup> V. J. M. PORTALIS, « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX* », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 23.

<sup>4</sup> V. article 1246 et suivants ;

<sup>5</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des Termes Juridiques*, Dalloz Lefebvre 2023-204, 31<sup>ème</sup> éd., 2024, *préjudice* ; v. aussi L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 288 s. ; n° 323 s. ; S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse Grenoble, 1994, p. 4 s. Adde, H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1, 4<sup>ème</sup> éd., 1947, n° 208 ; R. RODIERE, JCP 1953. II. 7592, note sous Civ. 1er, 21 oct. 1952.

<sup>6</sup> V. K. I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique à la lumière des droits français et québécois*, thèse de doctorat, Université Laval & Nantes Université, soutenue le 15 décembre 2023, p. 329 et s. ; F. B. DIA, « L'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle : état de la question », in I.-Y. NDIAYE, J. L. CORREA, A.-A. DIOUF (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, vol. 1, pp. 179-205 ; A.-A. DIOUF, « L'article 142 du Code des obligations civiles et commerciales et l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui en droit positif sénégalais », in N. DIOUF, M. B. NIANG, A.-A. DIOUF (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité*, Mélanges

offertes au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, L'Harmattan-Sénégal, 2021, p. 388 ; J.-L. CORREA, « Épistémologie des catégories contractuelles du Code des Obligations civiles et commerciales (COCC) », in N. DIOUF, M. B. NIANG, A.-A. DIOUF (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité*, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, L'Harmattan-Sénégal, 2021, pp. 240 ; Du même auteur, « L'écriture du droit des obligations au Sénégal, Discours de la méthode pour une réforme du droit des obligations au Sénégal », *Wolters Kluwer, Actualités du droit*, 18 juillet 2017, consulté le 09/06/2023

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/droits-nationaux/8166/l-ecriture-du-droit-des-obligations-au-senegal> . Pour une épistémologie du droit, voir, Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, n° 21, p. 46 ; A. TUNC, « La responsabilité civile dans trois récentes codifications africaines », In, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 19 N°4, octobre-décembre 1967, pp. 927-932. Voir aussi R. DECOTTIGNIES, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, p. 171 et s. ; J. CHABAS, « Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais », *Études juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière*, 1964, p. 127 et s. ; E. A. FARNSWORTH, « Le nouveau Code des obligations au Sénégal », *Annales africaines*, 1963, p. 73 et s. I. DIATTA, *L'avant-contrat en droit sénégalais*, thèse de doctorat, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, soutenue le 13 mai 2023, p. 6 : « *Les exemples, de ce qui est parfois qualifiée de mimétisme juridique, peuvent être cités à outrance. Le droit français n'est toutefois pas le seul à voir servir de source d'inspiration, les codes civils italien et marocains de même que le code civil éthiopien ont également aidé à élaborer le COCC* ».

civiles et commerciales (ci-après COCC) que « l'évaluation du dommage se fait au jour du jugement ou de l'arrêt. » En d'autres, il appartient au juge de procéder à l'évaluation du dommage ou à son appréciation. L'usage du substantif « évaluation » renvoie certainement à l'étymologie du terme ci-dessus exposée, en ce que la réparation du dommage se fait en principe par équivalent par le biais d'une allocation de dommages et intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent<sup>7</sup>. Par ailleurs, la distinction entre le préjudice et le dommage n'est pas aisée à établir. Le préjudice consisterait selon les puristes en l'atteinte à un droit résultant d'un déséquilibre constitutif du dommage<sup>8</sup>. En droit sénégalais, le législateur contribue à cette difficulté en définissant le préjudice en référence au dommage : « il est générateur de responsabilité s'il porte atteinte à un droit. »<sup>9</sup> L'appréciation du préjudice constitue foncièrement une tâche relevant du juge du fond<sup>10</sup>. À ce niveau, il faut relever d'avance la subtile distinction entre appréciation des faits et appréciation du préjudice. En réalité, toutes les deux tâches relèvent du pouvoir souverain d'appréciation du juge, mais à des niveaux différents. L'appréciation souveraine d'une notion de fait est une étape conduisant à la qualification, à la caractérisation de l'existence de la responsabilité. Elle est à distinguer de l'appréciation du préjudice. En tout état de cause, il faut admettre une certaine connexité entre les

deux, d'où l'affirmation selon laquelle ils relèvent du pouvoir souverain conféré au juge du fait.

L'auteur de ces lignes tient à rappeler d'emblée que le cadre d'étude de ce sujet est doublement limité. Sur le plan du droit matériel, il convient de retenir que l'appréciation du préjudice ne fait pas l'apanage du droit civil. La question n'a pas manqué d'attirer l'attention de la doctrine en droit administratif<sup>11</sup> ou encore en droit pénal<sup>12</sup>. Nous mettrons, pour notre part, un accent particulier sur la responsabilité civile délictuelle. Par ailleurs, il nous semble nécessaire de préciser que le champ d'étude sera aussi limité au droit sénégalais en référence au droit français, eu égard aux liens étroits que ces deux ordres juridiques entretiennent. Sous ce rapport, l'appréciation du préjudice doit-elle rester entre les mains des juges du fait ? L'analyse de cette problématique telle que posée peut aboutir à des orientations multiples. Cependant, il nous faut rappeler que les préjudices, bien que multiples dans leur nature, ne doivent pas monopoliser l'attention. Il est fait usage de la notion dans sa forme générique, ce qui nous amène à aborder la question sous l'angle de la responsabilité civile, droit commun de la réparation des préjudices.

La responsabilité civile délictuelle présente une ambivalence lorsqu'il s'agit de la représenter. En plus de sa dimension substantielle<sup>13</sup>, elle est assortie d'un droit

<sup>7</sup> Somme d'argent destinée à réparer le dommage subi par une personne en raison de l'inexécution, de l'exécution tardive, ou de l'exécution défectueuse d'une obligation ou d'un devoir juridique par le cocontractant ou un tiers ; on parle alors de dommages et intérêts compensatoires. Lorsque le dommage subi provient du retard dans l'exécution, les dommages et intérêts sont dits moratoires, v. S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des Termes Juridiques*, Dalloz Lefebvre, 2023-204, 31<sup>ème</sup> éd., 2024.

<sup>8</sup> Ph. Le TOURNEAU, Ph. Stoffel-Munck, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 13<sup>ème</sup> éd. 2023, p. 580, n° 2121.14.

<sup>9</sup> Article 124 COCC.

<sup>10</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 déc. 1981, n°80-13.672, P. III, n° 206 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 1984, n° 85-15.193 ; Cass., ch. Mixte, 6 sept. 2002, n°98-22.981, P n°

4 ; *G.AJC*, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 242 ; *D.* 2002. 2963, note D. MAZEAUD ; *D.* 2002. 2531, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2003. 94. Obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003. 355, obs. B. BOULOC.

<sup>11</sup> F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP* 1957. I. 1351.

<sup>12</sup> R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2010, pp. 561-585.

<sup>13</sup> Le droit à réparation, fondement du droit de la responsabilité civile, s'analyse en un droit substantiel.

processuel insuffisamment mis en exergue. Le mérite d'un tel sujet d'étude est de permettre une mise en lumière de cet aspect, en l'occurrence à travers l'intervention du juge. Car faut-il le reconnaître, un droit substantiel serait dénué de tout intérêt sans droit processuel. La pertinence de ce sujet peut être aussi mesurée à l'aune du principe de la réparation intégrale du dommage<sup>14</sup>. Le juge du fond étant censé réparer le dommage, tout le dommage et rien que le dommage<sup>15</sup>, l'atteinte d'un tel résultat postule une correcte appréciation de l'existence du préjudice et de son étendue. Dès lors, la recherche des fondements juridiques de l'intervention du juge est inéluctable<sup>16</sup> pour une étude digeste d'une telle thématique. En Afrique comme en Occident, la fonction de juger a des origines divines, incarnées en premier lieu dans la royauté, que l'on

retrouvait dans la personne du roi, un législateur et un arbitre<sup>17</sup>. La dépersonnalisation du pouvoir et l'arrivée des religions monothéistes révélées ont fortement contribué à une séparation - nette au début, mais souple par la suite<sup>18</sup> - de la gestion des affaires de la cité et des affaires religieuses<sup>19</sup>. Autre précision, l'expression du pouvoir d'appréciation du préjudice, placée sous le prisme de l'office du juge, connaît moins bonne fortune depuis que la doctrine française et sénégalaise a commencé à poser ses lunettes sur les préceptes de la common law notamment avec la théorie de l'analyse économique du droit<sup>20</sup> et de l'obligation de minimiser le dommage<sup>21</sup>. Si le pouvoir souverain a conduit au foisonnement des préjudices réparables, il faut éviter que les contingences relatives à ces limites ne départissent le juge du fond de son outil de

<sup>14</sup> J. J.-L. CORREA, « La réparation intégrale du dommage dans le Code des obligations civiles et commerciales », in I.-Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A.-A. DIOUF (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, vol. 1, p.

<sup>15</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 nov. 1976, n° 75-11.737 : « Attendu que l'auteur d'un dommage est tenu à la réparation intégrale du préjudice causé, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir pour la victime ni perte ni profit » ; v. aussi article 134 Code des obligations civiles et commerciales : « Les dommages et intérêts doivent être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi ».

<sup>16</sup> Selon ROUSSEAU, « *La Société ne consista d'abord qu'en quelques conventions générales que tous les particuliers s'engageoient à observer (...). Il fallut que la Loi fût éludée de mille manières (...) pour qu'on songeât enfin à confier à des particuliers le danger de dépôt de l'autorité publique, et qu'on commît à des Magistrats le soin de faire observer les délibérations du Peuple* ». J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Paris, Gallimard, 1965, p. 109, cité par R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, coll. Presses universitaires de Clermont, LGDJ, p. 26.

<sup>17</sup> É. Le ROY, « L'évolution de La Justice Traditionnelle Dans l'Afrique Francophone », *Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne Des Études Africaines*, vol. 9, no. 1, 1975, pp. 75-87 ; J. CHABAS, « La réforme judiciaire et le droit coutumier dans les États africains », *Études de droit africain*, éd. Cujas, Paris, 1966, p. 267 ; F. K. CAMARA, *Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs*, L'Harmattan, 2004, 246 pages.

<sup>18</sup> Il est institutionnellement admis en droit sénégalais dans l'office du juge en matière matrimoniale et successorale, v. É. Le ROY, « L'évolution de La Justice Traditionnelle Dans l'Afrique Francophone », *op. cit.*, p. 77, l'auteur y rappelle que : « ... le Sénégal a intégré, au niveau de la justice de paix (actuels tribunaux d'instance) les tribunaux musulmans du cadi (fondés sur le décret du 20 novembre 1932) et les tribunaux coutumiers du chef de village ou de canton, en créant soit une Chambre musulmane en premier ressort (Dakar et Saint Louis), soit des postes d'assesseurs coutumiers au niveau de la justice de paix et de la Cour suprême » ; Rapport General Des Assises De La Justice « Réforme et Modernisation de la Justice » ; 28 mai-4 juin 2024 [https://droit-et-politique-en-afrique.info/wp-content/uploads/2024/07/RAPPORT-GENERAL-DES-ASSISES-DE-LA-JUSTICE\\_Juin-2024-Senegal.pdf](https://droit-et-politique-en-afrique.info/wp-content/uploads/2024/07/RAPPORT-GENERAL-DES-ASSISES-DE-LA-JUSTICE_Juin-2024-Senegal.pdf) consulté le 16 août 2024 à 11h. « Le recours au Cadi pour régler les problèmes matrimoniaux et successoraux, en plus de décongestionner le prétoire, participerait, selon des participants, d'une prise de conscience de l'importance des valeurs religieuses et sociales dans la recherche des solutions aux problèmes des citoyens. »,

<sup>19</sup> « Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu ». Cette phrase se trouve dans les trois Évangiles synoptiques : Marc 12,17, Matthieu 22,21 et Luc 20,25.

<sup>20</sup> A. STROWEL, « L'analyse économique du droit : Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1987-2, pp. 409-785 ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1987/2 Volume 19, 1987. p.151-160

<sup>21</sup> P. JOURDAIN, « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? », *RTD Civ.* 2012, p. 324.

travail principal. Il faut dire que trouver un équilibre entre ces différentes préoccupations n'est pas chose aisée, surtout dans le présent contexte où le juge semble se muer en législateur<sup>22</sup>. Les pouvoirs du juge du fond ont considérablement augmenté au regard de la complexité des rapports humains<sup>23</sup>, mais particulièrement de son rôle fondamental dans l'adaptation des textes juridiques souvent laissés en rade par un développement socio-économique et technologique exponentiel. À l'ère du numérisme juridique<sup>24</sup>, du transhumanisme et du néo-droit, il est plus que vital pour la sécurité juridique et judiciaire que le juge soit debout telle une sentinelle contre l'inadaptation du droit écrit caractérisé par son intangibilité. Dans ce monde nouveau où « la formule dangereuse n'est plus « magister dixit » mais « roboticus dixit »<sup>25</sup> », il est plus qu'important de repenser l'appréciation du préjudice.

Au risque d'aborder le sujet à travers une approche euclidienne, notre démarche se veut analytique, car permettant une appréhension plus pragmatique de la problématique dégagée. C'est dans cet ordre d'idées qu'il

convient d'affirmer, compte tenu de notre tradition juridique romano-germanique, que l'appréciation du préjudice est un pouvoir souverain du juge des faits (I). Mais un pouvoir dont le caractère souverain s'effiloche de fil en aigüe (II).

## I. L'appréciation du préjudice, un pouvoir souverain du juge des faits

Il faut admettre qu'une analyse du droit existant rend compte de ce que le juge est au cœur du processus aboutissant à la réparation des préjudices. Cela se justifie parce que la responsabilité civile a une dimension procédurale non négligeable. À ce niveau, le législateur dans les pays de tradition juridique romano-germanique consacre le pouvoir d'appréciation souverain (A). Bien que ce pouvoir soit consacré, il n'en demeure pas moins éprouvé (B).

### A. Un pouvoir souverain consacré

22 B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck traduction : *La révolution secrète de l'État de droit à l'État de justice. Constitution et méthodes. Un essai*, 2014 ; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. xviii, p. 3, p. 20, cités par S. CASSESE, « Le pouvoir des juges », in P. DELVOLLE éd., *Le pouvoir*. Presses Universitaires de France, 2022, p. 325. L'auteur marque : « *Le poids des juges est croissant. Au centre de la juridicisation des activités humaines, il y a le pouvoir judiciaire. Dans son livre intitulé La Révolution secrète de l'État de droit à l'État des juges, le juriste allemand Bernd Rüthers a observé que la majeure partie du droit est désormais droit judiciaire et que ce dernier a acquis un rôle de guide. Cette révolution clandestine a transformé le juge en législateur ; le droit judiciaire est devenu source de droit* ».

23 I. SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *Les annales africaines*, Janvier 2020, numéro spécial, p.37 ; Du même auteur, « Réflexions sur le cadre juridique des contrats de situation en droit sénégalais », *Annales africaines*, p. 2. Pour aller plus loin : É. FOKOU, « La notion d'économie du contrat en droit français et québécois », *Revue générale de droit*, vol. 46, n° 2 ;

2016, pp. 343–377, M. MEKKI, « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », *Revue des contrats*, 2006, n° 2 ; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in L. CADIET (dir.), *Le Droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 33.

24 M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guénel*. LGDJ, 2021, 486 pages ; M. BOURASSIN, « Le numérique, l'Homme et le droit », *Rapport de synthèse du 117ème Congrès des notaires*, [Rapport de recherche] Congrès des notaires de France, 2021 ; S. BERNATCHEZ, « Le droit en transition : le droit de la gouvernance et le paradigme cybernétique », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, p. 85-108 ; B. BARRAUD, « L'intelligence de l'intelligence artificielle », in B. BARRAUD. *L'intelligence artificielle Dans toutes ses dimensions*, L'Harmattan, 2019 ; du même auteur, *Humanisme et intelligence artificielle : Théorie des droits de l'homme numérique*, Paris, L'Harmattan, 2022, p. 16. « *Dès lors, l'humain change de statut : il est de moins en moins sujet et de plus en plus objet.* »

25 Ibidem, p. 16

L'intervention souveraine du juge dans l'appréciation du préjudice est fondée par une tradition systémique que les pays de tradition juridique romano-germanique et dont le droit commun de la responsabilité civile se fait l'écho (1). Il est également confirmé par une jurisprudence assez constante de la Cour suprême du Sénégal (2).

### 1. Une consécration positive inféodée au système juridique

En droit romain, le procès était composé de deux phases : la phase *in jure* se déroule devant un magistrat titulaire de l'*imperium*, le pouvoir de donner des ordres, qui remplace les pontifes dans leur rôle de distributeur d'actions<sup>26</sup>, et la phase *in iudicio*<sup>27</sup>. Aujourd'hui, la configuration systémique de la justice n'opère plus de la même façon. En effet, les juges du fond sont aujourd'hui communément appelés juges des faits en référence à leur rôle fondamental dans la qualification des faits<sup>28</sup>. Pour autant, il faut noter que si le juge dispose d'un pouvoir, c'est parce que le paradigme nodal fondant ce pouvoir se trouve dans le légicentrisme<sup>29</sup>. En effet, comme le souligne un auteur, la fonction de juger, elle-même, découle de la loi<sup>30</sup>. Ainsi,

<sup>26</sup> « La procédure, enfin, est entièrement orale, composée de gestes symboliques et d'affirmations solennelles, fondées sur le droit des Quirites ».

<sup>27</sup> G. BRY, *Principes de droit romain*, 6<sup>ème</sup> éd., revue et corrigée par Joseph BRY, tome II, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 1-2.; M. VILLEY, *Le Droit romain*, 8<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 195, Paris, 1987, p. 13.

<sup>28</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et au droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, 1929, p. 363, n° 165.

<sup>29</sup> R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, coll. Presses universitaires de Clermont, LGDJ, 360 pages ;

<sup>30</sup> « Dans les républiques, c'est la loi qui confère elle-même les pouvoirs ; et il n'y a point d'autorité qui puisse détruire son ouvrage (...). » H. De PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Théophile Barrois, 1827, Tome 1, p. 226.

marqué, dans le cadre de l'appréciation du préjudice, il semble que le juge des faits n'échappe pas à cette logique instituée par la loi. En effet, il appert de la lecture de l'article 135 COCC que l'évaluation du dommage se fait au jour du jugement ou de l'arrêt. Cette disposition emporte implicitement une consécration du pouvoir souverain du juge dans l'appréciation du préjudice en vue de sa réparation. Cette disposition nécessite deux précisions majeures quant à son exégèse. D'une part, il faut relever que le législateur utilise le terme dommage en lieu et place de préjudice. En cela, s'il faut admettre l'existence d'une synonymie posée à l'article 124 COCC dans la définition même du dommage, il convient de marquer une forme de démarcation d'avec cette conception dans la mesure où techniquement, c'est l'évaluation du préjudice qui devrait être fixée pour le jour du jugement, le dommage n'étant qu'une réalité matérielle<sup>31</sup>. Cette perspective nous semble plus cohérente au regard de l'utilité de l'évaluation pour la prise en compte des intérêts en jeu<sup>32</sup>. D'autre part, l'appréciation du préjudice est une question foncièrement subjective mettant le juge au premier plan, d'où la précision faite au niveau de l'article 135 COCC avec une tournure syntaxique évasive, omettant de faire la précision

<sup>31</sup> J.-C. GEMAR, « Contribution d'un jurilinguiste à la distinction entre préjudice et dommage », *Revue du Barreau canadien*, n° 95-3, 2017, p. 735 ; A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dictionnaires le Robert, 2016, sub verbo « dam », p. 625 ; M. MEKKI, « La place du préjudice en droit de la responsabilité civile : Rapport de synthèse », *La notion de préjudice*, Journées franco-japonaises, coll. « Travaux Henri Capitant », Tokyo, juillet 2009.

<sup>32</sup> P. GERARD, F. ST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2, « Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé », op. cit., p. 55 : « Voilà donc relancé le travail du juriste positiviste qui, arrivé aux confins de la juridicité – en cette zone d'échange (qu'il se représente comme un abîme) du fait et du droit, ou, plus exactement, de l'infra-droit et du droit – part désespérément en quête d'un critère normatif formel qui devrait, pense-t-il, lui garantir quelques sécurités en assurant la clôture de son système de référence », cité par M. LACROIX, « La notion d'intérêts protégés en droit québécois », in A. MAZOUZ, E. ARDOUNIS et A. QUERY (dir.), *Les évolutions contemporaines du préjudice*, L'Harmattan, 2019, p. 119.

sur la personne chargée de l'évaluation du préjudice. Même si de jure, il s'agit du juge des faits. Pour s'en convaincre, l'on peut relever que la disposition ipse mentionne « ... le jour du jugement ou de l'arrêt ». Cette précision nous paraît importante, même si elle peut paraître relever de l'évidence. En effet, cela permet de se rendre compte de ce que l'évaluation du préjudice est du ressort des juges de faits. En droit français, si l'on peut regretter que le Code civil ne contienne pas de disposition aussi éloquente, il n'en demeure pas moins que la même logique est observée dans la pratique<sup>33</sup>. La différence étant justifiée puisque le COCC est élaboré non seulement à partir du texte originel du Code civil, mais aussi des évolutions jurisprudentielles en la matière<sup>34</sup>.

La consécration de ce pouvoir souverain peut indirectement être justifiée par le détour de la procédure civile. En effet, les juges du fait sont investis de la *juridictio* en tant que pouvoir de dire le droit et dans ce sens, leur pouvoir consacré dans les textes y relatifs leur donne un fondement juridique, au-delà de la simple légitimité tirée de leur appartenance au pouvoir judiciaire, de déterminer l'étendue du préjudice subi par la victime d'un dommage, tenant compte de ses manifestations. Cela répond de l'ordre juridique dans les États de droit. C'est fort de cela que lorsque l'appréciation du préjudice nécessite quelques fois l'appui des experts, il n'est permis au juge d'y recourir que pour ce qui est des questions

techniques, selon l'article 156 du Code de procédure civile. Dans cette disposition, il est prévu que la mission de l'expert est précisée de manière explicite et celle-ci ne peut porter que sur des questions purement techniques. Par conséquent, le juge des faits ne délègue point le pouvoir d'appréciation, car même ayant recours à une expertise, celle-ci ne sera que d'un appui technique. D'où le caractère subjectif du pouvoir d'appréciation souverain.

## 2. Un pouvoir souverain jurisprudentiellement affirmé

Le pouvoir conféré au juge dans l'appréciation du préjudice n'a pas seulement été consacré dans le cadre du droit positif, il est également confirmé par une pratique judiciaire qui est adossée à des grands principes de droit processuel. En effet, il est devenu usuel de constater dans les décisions de justice l'emploi de la locution « pouvoir souverain du juge »<sup>35</sup>.

Il est de jurisprudence constante que l'appréciation du préjudice relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges. Au Sénégal, à titre d'illustration, la Cour suprême a confirmé un arrêt de la cour d'appel dans lequel ladite cour a porté le montant des dommages et intérêts accordé à un employé de trois millions (3.000.000 FCFA) fixé par le juge de première instance à dix millions (10.000.000 FCFA) bien que l'employé ait été licencié pour malversation et escroquerie. Dans ses motivations, la Cour suprême

<sup>33</sup> La Cour de cassation française a affirmé que l'appréciation des juges du fond pour évaluer le dommage est souveraine. V. Cass. civ., 16 mai 1922 : S. 1922, 1, p. 358 ; Cass. req., 25 juin 1928 : S. 1928, 1, p. 351 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 nov. 1955 : D. 1956, Somm., p. 76 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 oct. 1963 : Bull. civ. II, n° 628 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juin 1964 : Bull. civ. II, n° 459 ; Cass. com., 22 févr. 1967 : Bull. civ. III n° 86 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1991 : Bull. civ. I, n° 249 ; JCP 1992, I 3572, obs. Viney G. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 1993 : JCP G 1993, IV 739 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 1996 : D. 1996, p. 511, Edelman B. ; Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-14397 : JCP G 2002, II 10, 173 ; S. REIFEGERSTE, D. 2002, p. 2963, D. MAZEAUD ; Defrénois 2002, n° 24/02, art. 37644, p. 1608 et s., obs. É. SAVAUX ; CCE 2002,

comm. 151, Raymond G. – Et déjà en ce sens : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 déc. 1957 : Bull. civ. II, n° 768 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 avr. 1969 : Bull. civ. II, n° 111

<sup>34</sup> M. B. NIANG, « Préface », in, I.-Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A.-A. DIOUF (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, vol. 1, p. 10.

<sup>35</sup> F. MALHIÈRE, « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les Cahiers de la Justice*, 2020/4 N° 4, 2020. p.633-646



affirme que « faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation du montant des dommages et intérêts, [la Cour d'appel] n'encourt pas le reproche allégué au moyen »<sup>36</sup>. Dans une autre affaire très récente, la Haute juridiction a pu retenir que « Attendu que, sous le couvert d'une violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause les appréciations souveraines des juges du fond sur les éléments de faits et de preuve soumis à leur examen ; D'où il suit qu'il est irrecevable »<sup>37</sup>.

Ainsi, l'appréciation du préjudice par une intervention souveraine constitue un fondement essentiel du système juridique dans de nombreux pays de tradition à travers le monde. Cette pratique est souvent encadrée par des lois, des codes et des principes juridiques qui confèrent aux autorités judiciaires le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour évaluer les dommages subis et accorder des compensations appropriées. La mise à contribution de ce pouvoir du juge des faits est considérée comme un principe fondamental pour garantir une équité dans la réparation des préjudices. C'est dans cette optique que le législateur sénégalais marque au terme de l'article 134 alinéa 1 du COCC que la réparation du préjudice, finalité de l'appréciation du préjudice, doit être faite de sorte que les dommages et intérêts soient pour la victime la

réparation intégrale. Techniquement, le juge des faits tient compte de divers facteurs en fonction de la nature du dommage<sup>38</sup>. Le rôle du juge nécessite alors une forte autonomie dans le cadre de la recherche des éléments permettant une identification correcte et fiable de l'étendue du préjudice. Il ne s'agit plus en réalité de vérifier si les conditions pour retenir la responsabilité sont établies. C'est dans cette optique qu'il est d'ailleurs permis au juge des faits de recourir à toutes mesures qu'il juge utiles<sup>39</sup>.

En outre, il faut relever que l'appréciation souveraine du préjudice est inféodée au caractère normatif de la responsabilité civile. En effet, c'est sous ce paradigme que l'expression du caractère souverain de l'appréciation a connu ses lettres de noblesse. La dimension normative de la responsabilité civile ne faisait dépendre le sort de l'auteur du fait dommageable que du juge des faits. Ainsi, ce dernier, procédant à une appréciation des faits, à leur qualification et à la détermination, est mieux placé pour procéder à l'appréciation en même temps du préjudice subi par la victime en vue de sa réparation. Cette intervention souveraine sera éprouvée par l'apparition de nouveaux paradigmes et de nouvelles pratiques<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Sénégal, Cour suprême, Ch. Soc., Arrêt n° 04 du 12 janvier 2022, *MYANE OPTIQUE SARL c/ Ae B* : « Attendu qu'ayant relevé que le montant de 3.000.000 frs, fixé par le juge au titre des dommages et intérêts, sur le fondement de la privation des revenus salariaux, des circonstances du licenciement, de l'ancienneté du travailleur et du niveau de sa rémunération, est insuffisant pour couvrir l'étendue du préjudice souffert, si l'on ajoute l'âge du travailleur, plus de 55 ans, la cour d'Appel, qui a porté le montant à 10.000.000 frs, faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation du montant des dommages et intérêts, n'encourt pas le reproche allégué au moyen »;

<sup>37</sup> C. Suprême, Ch. Soc., Arrêt n° 5 du 14 juin 2023, *La société Fâts Métalliques et Plastiques de l'Ouest Africain dite FUMOA c/ Ac Ab Ad*

<sup>38</sup> Sur ce point, il faut retenir que le législateur français s'est fait larguer par une jurisprudence aux multiples ressources, avec notamment une conception unitaire du dommage, mais plusieurs variantes de préjudices, v. J. VAN MEERBEECK, « Le juge, la responsabilité civile et l'assurance : *alea iacta est* », in Y.

CARTUYVELS, (Ed.), *Les ambivalences du risque : Regards croisés en sciences sociales*. Presses de l'université Saint-Louis, 2008, pp.337-379. Le juge du fond apprécie en fait et dès lors souverainement l'existence de la faute (Cass., 19 octobre 2001, *Pas.*, I, n°558) du dommage (Cass., 23 septembre 1997, *Pas.*, I, p. 364) et du lien de causalité (Cass., 24 novembre 1999, *Pas.*, I, p. 625 ; Cass., 21 mai 1999, *Pas.*, I, p. 303), la Cour de cassation se contentant d'exercer un contrôle marginal de légalité.

<sup>39</sup> V. Article 8 du Code de procédure civile sénégalais ; article 144 du Code de procédure civile français.

<sup>40</sup> « L'histoire est bien connue : parce que le droit de la responsabilité civile ne permettait pas la prise en charge des accidents industriels, qu'il était impossible de démontrer la faute du patron ou le lien de causalité entre sa faute et le dommage, les victimes, ces « déchets humains de l'industrie » ne pouvaient accéder à la réparation. Deux théories sont mises en exergue pour pallier la difficulté :

## B. Une pouvoir souverain éprouvé

Au-delà de sa consécration et de son affirmation jurisprudentielle, le pouvoir souverain d'appréciation entre les mains du juge des faits est éprouvé par une érosion progressive due à l'apparition de paradigmes nouveaux liées aux transformations sociales (1), mais également par un contrôle juridictionnel (2) de plus en plus fréquent.

### 1. Une érosion progressive du pouvoir souverain du juge des faits.

L'érosion du pouvoir d'appréciation souveraine du juge des faits trouve ses racines dans les transformations socio-économiques profondes initiées par l'industrialisation au début du XIXe siècle. L'essor du capitalisme et le développement du machinisme ont engendré une multiplication des risques et une augmentation exponentielle des dommages, créant un déséquilibre manifeste entre les mécanismes traditionnels de réparation des préjudices, jusqu'alors ancrés dans une philosophie normative rigide, et la réalité des nouveaux types de dommages subis. Cette asynchronie a mis en lumière les limites d'une approche purement légaliste face à la complexité croissante des situations factuelles.

L'appréciation du préjudice dans le cadre d'une intervention souveraine, exercée par le juge des faits, repose sur une pratique réelle qui, bien que discutée, demeure un pilier central du système judiciaire dans de nombreuses juridictions. Cette pratique implique que le pouvoir discrétionnaire de déterminer les dommages subis

et les compensations à accorder soit confié à l'autorité judiciaire, plutôt qu'à des règles strictes ou des barèmes prédéfinis<sup>41</sup>. Cette approche repose sur la conviction que chaque litige est unique et nécessite une évaluation individualisée, tenant compte des circonstances spécifiques et des preuves présentées. Le juge des faits est donc investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour apprécier le préjudice et rendre une décision juste et équitable, en fonction des faits et des principes de droit applicables. Bien que cette pratique puisse être remise en question en raison de son caractère subjectif et de la possibilité de divergences d'interprétation entre les juges, elle reste essentielle pour garantir une justice adaptée, une réparation personnalisée. En effet, elle permet une flexibilité et une adaptation aux situations particulières, ce qui est souvent nécessaire pour assurer une juste réparation des préjudices subis par les parties.

### 2. Un pouvoir souverain à l'épreuve du contrôle juridictionnel

Nonobstant la nécessité qu'elle représente, l'appréciation souveraine est placée sous le contrôle du juge de droit<sup>42</sup>. Le contrôle du pouvoir souverain d'appréciation se fait à deux niveaux. D'une part, en partant du principe du double degré de juridiction<sup>43</sup>, il y a un contrôle entre juges des faits. En effet, certains juges du fond, à savoir ceux des juridictions de droit commun, constituent un premier rempart contre les dérives auxquelles le pouvoir

---

l'objectivation de la responsabilité ou la découverte dans le contrat de louage d'une obligation contractuelle de sécurité du patron », v. G. B. SARR, « vers un élargissement des fondements de la responsabilité civile en droit sénégalais », *Annales Africaines*, vol. 2, déc. 2015, p. 255.

<sup>41</sup> J. J.-L. CORREA, « La réparation intégrale du dommage dans le Code des obligations civiles et commerciales », *in*, I.-Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A.-A. DIOUF (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, vol. 1, p.

<sup>42</sup> K. CASTANIER, « La portée de la procédure de jugement au fond dans la loi « Justice du XXIe siècle » : l'ambition revendiquée pour la Cour de cassation de ne plus seulement être juge de droit », *Revue juridique de l'Ouest*, 2017-3, pp. 83-96.

<sup>43</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz Lefebvre 2023-204, 31<sup>ème</sup> éd., 2024, p. 411, v. *double degré de juridiction*.

discrétionnaire accordé aux juges des faits peut conduire<sup>44</sup>. Conformément à la loi sénégalaise relative à l'organisation judiciaire, la Cour d'appel constitue la juridiction de droit commun compétente en dernier ressort<sup>45</sup>. Elle exerce un pouvoir d'évocation sur les décisions rendues et ayant fait l'objet d'appel. Ainsi, le pouvoir d'évocation lui permet, dans une certaine mesure, de se prononcer en fait et en droit sur l'affaire dont elle est saisie. D'autre part, il faut rappeler que le pouvoir d'évocation jadis reconnu au juge du fond statuant en appel va être consacré au profit de la juridiction de cassation<sup>46</sup>. On peut déduire de la lecture de l'article 53 de la loi organique n°2017/09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême du Sénégal en ses alinéas 3 et 4 que le législateur a consacré un pouvoir d'évocation prévoyant la possibilité pour la haute cour de mettre fin au litige, soit en cassant sans renvoi et appliquant la règle de droit appropriée lorsque les faits souverainement appréciés le lui permettent. Il faut noter par ailleurs que le juge de droit procède à un contrôle, notamment sur l'appréciation de l'étendue du préjudice. Nous pouvons relever plusieurs décisions dans lesquelles le juge de cassation, sans pour autant remettre en cause la qualification des faits, censure la réparation allouée par le juge du fond<sup>47</sup>. Le contrôle effectué par le juge de cassation peut par contre ne pas présenter une certaine

sécurité judiciaire en ce que tantôt, il reconnaît le pouvoir souverain du juge d'appel dans l'appréciation du préjudice, tantôt il s'en remet au juge de première instance<sup>48</sup>. En atteste une affaire dans laquelle le juge de cassation censure le juge d'appel qui a revu à la baisse le montant des dommages et intérêts réclamés, considérant qu'il était exagéré en se fondant sur la catégorie socio-professionnelle du demandeur et son ancienneté<sup>49</sup>.

Il faut considérer que le contrôle effectué sur l'appréciation du préjudice par le juge des faits essuie les tares de la justice moderne. Institué à partir du principe du double degré de juridiction, ce contrôle qui est endogène avant d'être le fait du juge de cassation, semble ne pas offrir suffisamment de garantie contre les risques d'arbitraires et renforce la tendance vers une « désouverainisation » du pouvoir souverain d'appréciation du préjudice reconnu au juge des faits.

## II. L'appréciation du préjudice, vers une « désouverainisation » du pouvoir du juge des faits

Le concept de désouverainisation est apparu pour la première fois dans un article publié au journal *Le Monde Diplomatique*<sup>50</sup>. Ce terme désigne la perte de la

<sup>44</sup> R. N. TEMGWA, « Le droit d'évocation reconnu aux juridictions de cassation statuant en matière civile : le cas de la cour suprême du Cameroun », *Civil Procedure Review*, v.1, sep./déc., 2010, n.3, 3-27.

<sup>45</sup> V. Article 254 Code de procédure civile sénégalais : *La Cour d'Appel connaît de l'appel de tous les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux régionaux*.

<sup>46</sup> L'évocation est la faculté qui appartient au juge du second degré, saisi de l'appel de certains jugements de première instance, de s'emparer de toute l'affaire, et de statuer sur le tout, c'est-à-dire sur l'appel et sur le fond du procès, par une seule et même décision. V. S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des Termes Juridiques*, Dalloz Lefebvre 2023-204, 31<sup>ème</sup> éd., 2024, p. 477

<sup>47</sup> Sénégal, Cour suprême, Ch. Soc. Arrêt du 20 septembre 2023, 37 *Aj Ag Aa A C / La Société Touristique de la Somone dite SOTOUSO SA*: « Attendu que pour porter le montant des dommages-intérêts à 8 000 000

FCFA, l'arrêt retient que les dommages-intérêts doivent être fixés de sorte qu'ils réparent intégralement le préjudice et que la somme de 5 000 000 FCFA est insuffisante pour réparer tout le préjudice causé par la démission abusive ; » « Qu'en se déterminant ainsi, par un motif général et sans dire en quoi le montant alloué par le premier juge est insuffisant pour réparer l'intégralité du préjudice, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »

<sup>48</sup> Sénégal, Cour suprême, Ch. Soc. Arrêt du 23 août 2023, 33 : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. A percevait un salaire mensuel de 349 932 F CFA et qu'il comptait dix-huit années de service, puis retenu que malgré cette ancienneté, il a été licencié dans des circonstances dépourvues de rigueur et désinvoltes, la cour d'Appel qui a souverainement fixé le montant des dommages et intérêts à 6 000 000 F CFA, n'encourt pas le reproche allégué »

<sup>49</sup> Sénégal, Cour suprême, Ch. Soc., Arrêt du 23 août 2023, 34.

<sup>50</sup> J. De MAILLARD, « Le marché de la loi rend les délinquants prospères », *Le Monde diplomatique*, avril 2000, pp. 6-7, « Ils ont fait

souveraineté. Nous considérons que l'évolution socio-technologique, sur fond de globalisation<sup>51</sup>, contribue à un effritement de la souveraineté du juge des faits dans l'appréciation du préjudice<sup>52</sup>. Ainsi, cette désouverainisation en perpétuelle évolution peut être rattachée, d'une part, au dirigisme économique dans ses répercussions juridiques (A) et, d'autre part, à une montée en puissance du numérisme juridique (B).

### A. Une « désouverainisation » au gré du dirigisme juridique

La désouverainisation appréhendée sous le prisme du dirigisme juridique<sup>53</sup> s'analyse d'abord à travers l'objectivation de la responsabilité civile (1) qui entraîne une réduction du pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'il s'agit de caractériser les conditions de sa mise en œuvre<sup>54</sup>. Cette situation ne manque également pas d'entraîner des conséquences pour ce qui est de l'indemnisation des victimes (2).

---

*franchir une étape supplémentaire au mouvement de « désouverainisation » en utilisant précisément leur souveraineté comme un élément du commerce mondial le plus prospère : ils édictent, en effet, des législations dont la seule finalité est de permettre d'échapper, quel qu'en soit le mobile, aux normes légales des autres pays. »*

<sup>51</sup> J. De MAILLARD, *Le marché fait sa loi*, Mille et une nuits, Paris, 2001, pp. 128.

<sup>52</sup> J. J.-L. CORREA, art préc., p. 139

<sup>53</sup> Fr. ROUVIERE, « L'avenir du droit civil », *RTD Civ.* Revue trimestrielle de droit civil, 2019, 02, pp.451 ; P. ANCEL, Le droit civil, modèle disciplinaire ? in F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 227 ; R. LIBCHABER, Le dépérissement du droit civil, in F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 243

<sup>54</sup> H. BATIFFOL, « Préface », in *La responsabilité*, Arch. Philo. du droit, t. 22, 1977. «... Les partisans les plus déclarés comme allant plus

### 1. La désouverainisation par l'objectivation de la responsabilité civile

L'appréciation du préjudice dans le contexte du dirigisme juridique peut conduire à une forme de « désouverainisation », où le pouvoir de déterminer les dommages subis et les compensations à accorder est progressivement transféré des individus et des institutions traditionnelles vers une autorité centrale ou un organe étatique. Le dirigisme est indissociable de la montée en puissance de l'industrialisation et du capitalisme dans les sociétés occidentales<sup>55</sup>. Le développement du machinisme contribue à créer un cadre favorable à la désouverainisation du juge des faits. Celle-ci s'opère d'abord sur le plan de l'appréciation des conditions de la responsabilité civile<sup>56</sup>. En d'autres, c'est déjà par le fait d'une objectivation de la responsabilité délictuelle que s'annonce le processus de désouverainisation. Comme rappelé tantôt, l'accroissement du nombre de victimes de dommage contrastait avec les réparations prononcées tant il était difficile, voire utopique, d'établir les conditions classiques de mise en œuvre<sup>57</sup>. Dans une telle dynamique,

au fond des choses ne se résolvent pas en général à exclure définitivement toute idée de faute... ».

<sup>55</sup> R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile : Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1897.

<sup>56</sup> La recherche de la faute, du dommage et du lien de causalité hypothéquait les chances des victimes d'accidents industriels et des accidents de circulation d'obtenir réparation, malgré l'existence de postes de préjudices réparables, H. CONTE, « Mesure et démesure, la difficile application du principe de réparation intégrale », in S. HORTALA, S. RANC et R. SUTRA, *Mesure(s) et droit*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, 2024, p.

<sup>57</sup> Sur la critique du principe de la réparation intégrale, V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2017, n° 57 et s. Les auteurs proposent de requalifier le principe de réparation intégrale comme celui de « l'équivalence entre dommage et réparation ».

L'objectivation de la responsabilité avec l'accession du risque à la dignité de fondement de la responsabilité délictuelle a eu pour effet d'amenuiser le pouvoir souverain caractéristique de l'office du juge des faits. Mieux encore, ce mouvement d'objectivation, par son effet pivot, va être accompagné d'un vaste mouvement de régulation qui accentue la désouverainisation du juge des faits de son pouvoir d'appréciation du préjudice. La consécration de diverses méthodes de réparation<sup>58</sup> en atteste la teneur.

L'on peut relever en matière d'assurance l'existence d'une barémisation constituant un atermolement au pouvoir souverain du juge des faits dans l'appréciation des postes de préjudices réparables<sup>59</sup>. En effet, le barème CIMA ou les barèmes CIMA devrait-on dire, indique au juge la solution « prêt-à-porter » à appliquer, lui laissant peu ou prou la faculté d'apprécier souverainement le préjudice. Il existe en droit CIMA trois barèmes ou méthodes d'appréciation du préjudice. Le premier est relatif à la

répartition de la responsabilité entre les parties. On parle de barème de responsabilité<sup>60</sup>. Le deuxième est un barème de capitalisation des rentes<sup>61</sup> et le troisième barème est celui du barème fonctionnel indicatif des incapacités en droit commun<sup>62</sup>. La barémisation a été considérée comme un paradoxe<sup>63</sup> dans la mesure où comme une simple technique n'ayant pas pour but de s'imposer au juge, mais de l'aider dans son œuvre<sup>64</sup>. Comme le rappelle un auteur, « dans un contexte africain fait de rareté des ressources financières, établir un barème et déterminer les dommages réparables est de nature à prédéterminer le montant des sommes à allouer aux victimes<sup>65</sup> ... ».

## 2. Les conséquences de la désouverainisation du juge sur l'indemnisation des victimes

La désouverainisation progressive avec le système de barémisation se caractérise par une forte intervention de l'État dans la régulation des indemnisations octroyées aux victimes, réduisant le champ des possibilités jadis laissées

<sup>58</sup> H. CROZE, « L'incidence des mécanismes processuels sur l'établissement du lien de causalité », in H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.) *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, L.G.D.J., 1983, p. 55 et les références citées note 5 ; G.H. ROTH, H. FITZ, « Critères objectifs de la responsabilité civile en matière délictuelle », in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais, op. cit.*, p. 181 et s. ; en droit anglais, R.W. H., « Les intérêts de la société et le juge- La délimitation des délits (tort) », in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais, op.cit.*, p. 241.

<sup>59</sup> Au Sénégal, en matière d'accident de circulation, le barème institué par la Conférence Interministérielle des Marchés (CIMA) permet la prise en charge des postes de préjudices divers (corporels ou matériels). Mis en place en 1995 depuis 1995.

<sup>60</sup> V. <https://cima-afrique.org/wp-content/code-cima/fr/BAREMEDERESPONSABILITE.html>

<sup>61</sup> V. <https://cima-afrique.org/wp-content/code-cima/fr/TABLESDECONVERSION.html>

<sup>62</sup> V. <https://cima-afrique.org/wp-content/code-cima/fr/BAREMEFONCTIONNELINDICATIFDESINC.html>

<sup>63</sup> X. CHILOUD, « Le paradoxe de la barémisation », *Gaz. du pal.*, 24 oct. 2017, n° 36. M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », *Gaz. Pal.*, 02 mai 2017, n°77 ; M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer, enrichir les fonctions du droit de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n°22 ; M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *Petites affiches*, 12/11/2005, n°8, p. 3 ;

<sup>64</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Nature et régime juridiques des règles d'indemnisation des victimes d'accidents causés par des véhicules terrestres à moteur (articles 225 à 277 du Code CIMA) », *Ohadata D-03-04*, cité par J. J.-L. CORREA, art. préc., p. 139. « Il était devenu impérieux de « réagir contre les conséquences désastreuses qui étaient résultées, dans le passé, d'une application généreuse (aberrante diront certains) du droit commun de la responsabilité (liste des victimes indemnisables trop longue, chefs de préjudice réparables très nombreux, montant des indemnisations très élevé) et des assurances qui avaient entraîné la débâcle de ce secteur économique à la fin des années 1980 ».

<sup>65</sup> J. J.-L. CORREA, art. préc., p. 139.

aux juges des faits. Ce dernier est désormais tenu de se conformer à un barème ou à une nomenclature<sup>66</sup> qui le lie. Dans ce cadre, l'État peut exercer un contrôle étroit sur le processus d'appréciation du préjudice, en édictant des règles strictes, des normes de responsabilité et des barèmes de dommages-intérêts<sup>67</sup>. On peut ainsi relever au Sénégal, l'existence d'un Fonds de Garantie des Automobiles, qui est une société anonyme à participation publique majoritaire dont la mission fondamentale est de prendre en charge l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation à chaque fois que l'auteur n'est pas assuré ou est inconnu<sup>68</sup>.

Cette approche visant à dépouiller le juge des faits de son fer de lance peut être justifiée par la volonté de promouvoir la cohérence et la prévisibilité dans le traitement des litiges, ainsi que de protéger les intérêts des parties vulnérables<sup>69</sup>. Cependant, elle soulève également des préoccupations concernant la perte d'autonomie et de flexibilité dans l'appréciation des dommages, ainsi que sur les chances des victimes d'obtenir une réparation adéquate pour les préjudices qu'elles ont subis. En effet, dans un système dans lequel les barèmes de dommages-intérêts sont rigides et préétablis, il existe un risque que les victimes ne soient pas pleinement indemnisées pour les dommages réels qu'elles ont subis. De plus, cela peut limiter la capacité des juges à tenir compte de circonstances particulières et à rendre des décisions individualisées, basées sur une appréciation fine des faits et des preuves présentées. En tout état de cause, sous le prisme du

dirigisme économique, la désouverainisation ne fait l'objet d'aucun doute en ce qu'elle suit la logique d'objectivation de la responsabilité délictuelle amorcée pour une meilleure prise en charge de la victime. Cela peut potentiellement compromettre l'impartialité et l'objectivité du processus d'appréciation du préjudice, en le soumettant à des considérations politiques ou économiques. Outre ce facteur non moins important, l'on ne peut pas ne pas aborder le numérisme juridique.

## B. Une « désouverainisation » au gré du numérisme juridique

La désouverainisation au gré du numérisme juridique peut être constatée avec le recours aux ressources technologiques dans l'acte de juger de plus en plus plébiscité (2). Et cela dénote l'émergence du numérisme juridique (1) aux implications certaines sur le pouvoir d'appréciation souverain du juge.

### 1. L'émergence du numérisme juridique et ses implications sur le pouvoir d'appréciation souverain du juge

L'appréciation du préjudice dans le contexte du numérisme juridique semble devenir de plus en plus complexe et nuancée, conduisant potentiellement à une forme de « désouverainisation » où le pouvoir d'appréciation et de décision traditionnellement détenu par les humains est en partie transféré aux outils

<sup>66</sup> V. La nomenclature *Dintilhac* en droit français issu du rapport de M. Jean-Pierre Dintilhac a pour but d'élaborer une nomenclature commune des préjudices corporels, consulté le 26 août 2024 à 12h sur :

[https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_groupe\\_de\\_travail\\_nomenclature\\_des\\_prejudices\\_corporels\\_de\\_Jean-Pierre\\_Dintilhac.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_groupe_de_travail_nomenclature_des_prejudices_corporels_de_Jean-Pierre_Dintilhac.pdf).

<sup>67</sup> A. PELICAND, R. VANNEUVILLE, « L'extension du recours aux barèmes dans la justice : quelques facteurs explicatifs » in Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, *Barémisation de la justice. Actes du colloque du 17 décembre 2020*, 2022, p. 42-49.

*Revue africaine de droit des affaires*, Février 2025, n° 8  
*Revue de l'association Juris-Intelligence*, n° 924 347 875  
<https://juris-intelligence.org/>

<sup>68</sup> V. l'article 8 de la loi 97- 20 du 12 décembre 1997 abrogeant et remplaçant les dispositions de la loi n° 74-33 du 18 juillet instituant l'obligation d'assurance en matière de circulation de tous véhicules terrestres à moteur et organisant le financement du Fonds de Garantie Automobile.

<sup>69</sup> M. LACROIX, « La notion d'intérêts protégés en droit québécois », *op. cit.*

numériques et algorithmiques. Le numérisme juridique peut être considéré comme le développement important du numérique au point d'être considéré comme une force créatrice, un paradigme aux côtés du positivisme et du jusnaturalisme<sup>70</sup>. En effet, dans les sociétés 2.0, l'on ne peut occulter les implications que le numérique dans son sens générique peut avoir sur la fonction de juger<sup>71</sup>. En Afrique, où le numérique, bien que présent, tarde à faire l'objet d'une implémentation optimale dans les systèmes judiciaires<sup>72</sup>, il peut paraître prétentieux de parler de désouverainisation au gré du numérisme juridique. Pour autant, l'hypothèse n'est pas totalement dénuée de sens<sup>73</sup>. En effet, face aux vents favorables qui soufflent et à une volonté affirmée des autorités étatiques de moderniser la justice<sup>74</sup>, l'on peut, sans être devin, s'attendre à une implémentation de solutions numériques pour l'aide à la décision, comme le rappelle une voix autorisée<sup>75</sup>, eu égard aux développements et progrès importants réalisés dans le domaine. La création d'une direction de la dématérialisation et de l'automatisation des services judiciaires au sein du ministère de la Justice confirme cette volonté de l'État d'assurer une prise en compte des ressources numériques dans le secteur judiciaire<sup>76</sup>. S'il est

presque impossible d'envisager une administration de la justice capable de répondre aux défis posés par la société de l'information sans une modernisation axée sur des politiques de dématérialisation et d'automatisation des services, il ne faut pas perdre de vue que dans son office, le juge ne doit, sur le principe de l'impartialité, subir aucune forme d'influence. D'où la nécessité d'ailleurs d'aborder la question de la justice prédictive comme facteur de désouverainisation du pouvoir du juge.

## 2. La justice prédictive et la désouverainisation du pouvoir du juge

Aborder la désouverainisation sous le prisme de la justice prédictive permet d'appréhender qu'un effritement progressif du pouvoir d'appréciation du préjudice s'opère à plusieurs niveaux. En ce qui nous concerne, le recours aux logiciels prédictifs peut constituer dans une certaine mesure un facteur clé pour la désouverainisation. En effet, la justice prédictive désigne une méthode de résolution judiciaire des contentieux qui s'appuie sur le traitement de masse de données jurisprudentielles par des algorithmes<sup>77</sup>. Cette méthode, déjà en mise en œuvre aux États-Unis<sup>78</sup> et

<sup>70</sup> « Après le positivisme juridique et le jusnaturalisme, il faut désormais compter avec le numérisme juridique. » v. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : L'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, 2020, 12, pp.672. ; « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021 ; « les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janv. 2005, p. 3 ; C. BORDERE, *La justice algorithmique. Analyse comparée (France/Québec) d'un phénomène doctrinal*, thèse Université de Bordeaux, soutenue le 28 novembre 2023.

<sup>71</sup> R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., p. 26.

<sup>72</sup> J. A. NDIAYE, « Intelligence artificielle et systèmes judiciaires en Afrique », *Rapport annuel de la Cour Suprême du Sénégal*, 2021, pp. 57-78.

<sup>73</sup> A titre de rappel, l'UNESCO assure la mise en œuvre d'un programme intitulé Initiative de l'UNESCO pour la formation des juges dans le cadre duquel 24 000 opérateurs judiciaires issus de

150 Pays ont été formés dans divers domaines y compris en matière d'intelligence artificielle et de justice prédictive <https://www.unesco.org/fr/articles/renforcement-des-capacites-des-operateurs-judiciaires-en-afrique>

<sup>74</sup> Le Sénégal a lancé depuis 2016 un programme dénommé Sénégal Numérique 2025, avec un plan de modernisation et de numérisation du service public et plus spécifiquement de la Justice. Ce programme a été renouvelé et est désormais prévu pour l'horizon 2035, v. <https://adie.sn/lancement-strategie-2025-2035>

<sup>75</sup> J. A. NDIAYE, « Intelligence artificielle et systèmes judiciaires en Afrique », *op. cit.*

<sup>76</sup> M. LACROIX, « La notion d'intérêts protégés en droit québécois », *op. cit.*

<sup>77</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des Termes Juridiques*, Dalloz Lefebvre 2023-204, 31<sup>ème</sup> éd., 2024, p. 640.

<sup>78</sup> L'utilisation de ces outils technologiques peut par conséquent avoir lieu en dehors, en amont ou au cours d'une procédure judiciaire ou

en Europe, renvoie en d'autres termes à une « une justice prédite par des algorithmes » qui effectuent des calculs à partir de grandes masses de données (big data) ouvertes (open data) afin de repérer des récurrences à des fins de prédictions<sup>79</sup> ». Si des craintes sont formulées çà et là à propos de l'implémentation d'une justice algorithmique<sup>80</sup>, le bilan coût-avantage semble y être favorable<sup>81</sup>, nonobstant les mises en garde compte tenu de l'état de nos politiques publiques dans le secteur judiciaire<sup>82</sup>. Dans cette configuration, le rôle du juge sera beaucoup moins important au regard des capacités exceptionnelles des algorithmes en termes de traitement de données. La désouverainisation serait donc le résultat d'une telle implémentation destinée à assurer une meilleure prévisibilité des décisions, mais aussi un sentiment de justice auprès des usagers<sup>83</sup>. Avec sa capacité à traiter des big data et d'en fournir une présentation logique et cohérente ainsi que les occurrences de similarités des jurisprudences étudiées et le cas soumis au juge, il est vrai que le recours à une telle méthode devient fort intéressant surtout dans des domaines où la pratique peut varier d'une juridiction à une autre, en fonction des cultures et autres aspects. Ces technologies peuvent être utilisées pour analyser des volumes de données plus importants et

identifier des schémas et des tendances qui pourraient échapper à l'observation humaine<sup>84</sup>. Elles peuvent également contribuer à l'automatisation de certaines tâches juridiques, ce qui peut accélérer le processus d'évaluation des préjudices. Les avantages en termes de rapidité dans le traitement des contentieux, de capacité d'analyse des documents usités et surtout d'évitement de minimisation des probabilités d'anachronisme dans les décisions rendues font que le recours à la justice prédictive fascine autant qu'elle effraie<sup>85</sup>. Pour notre part, la désouverainisation du juge dans le cadre de l'appréciation du préjudice semble s'inscrire dans la logique de la recherche d'une justice toujours plus performante. La désétatisation de la responsabilité civile conjugée à une montée en puissance du numérisme juridique incline manifestement au constat d'un éventuel effritement du pouvoir souverain du juge des faits dans le cadre de son office<sup>86</sup>.

Cependant, malgré les avantages potentiels qu'offre le numérisme juridique en matière d'efficacité et de précision, il soulève également des questions importantes en matière de responsabilité, de transparence et de justice. Par exemple, dans quelle mesure les décisions prises par des algorithmes sont-elles équitables et impartiales ? Qui est

---

administrative. Les logiciels *JusticeBot* au Québec, *Predictive* en France ou encore *COMPAS* aux États-Unis témoignent en effet de la grande diversité des acteurs, des échelles, des objectifs et des valeurs enrôlés par ces technologies.

<sup>79</sup> S. LEBRETON-DERRIEN, « La justice prédictive », *Archives de philosophie du droit*, Tome 60, 1, 2018, pp.3-21.

<sup>80</sup> A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP* 1-2, 9 janvier 2017, p. 30 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire », *D.*, 2017, p. 532.

<sup>81</sup> En France, Dalloz, les Éditions Francis Lefebvre avec « Jurisprudence chiffrée » et LexisNexis avec « Contentieux de l'indemnisation proposent une estimation du montant des dommages et intérêts,

<sup>82</sup> N. DIOUF, « Le nouveau visage du Code de procédure civile », *in* N. DIOUF, M. B. Niang, A. A. Diouf (dir.), *Le droit africain à la quête de son identité*, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba

NDIAYE, L'Harmattan-Sénégal, 2021, p. 442 : « ... il faut commencer par encadrer la mise en « forme des procédures traditionnelles » afin d'éviter les dérives...

<sup>83</sup> M. A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », *Colloque Judicial power and the rule of law*, Sitges, 8 juin 2001 ; J.-Fr. ROBERGE, « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 5 – 21.

<sup>84</sup> B. BARRAUD, « Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 1, 2019, 164.

<sup>85</sup> A. ALEXIS, « Justice prédictive, injustices (pré)visibles : la Thémis 2.0 est-elle un être chimérique », *RDUS*, 53, 2024, pp. 169-186.

<sup>86</sup> N. DIOUF, « Le nouveau visage du Code de procédure civile », *op. cit.*



responsable en cas d'erreur ou d'injustice découlant d'une décision automatisée ? De plus, le recours croissant au numérisme juridique peut potentiellement affaiblir le rôle des acteurs humains dans le processus d'appréciation du préjudice. Les juges et les avocats pourraient se retrouver dans une position où ils doivent dépendre largement des résultats produits par des algorithmes et des systèmes automatisés pour prendre des décisions, ce qui réduirait leur marge de manœuvre et leur pouvoir discrétionnaire.

En fin de compte, l'impact du numérisme juridique sur l'appréciation du préjudice dépendra largement de la manière dont ces technologies sont utilisées et réglementées. Il est essentiel de trouver un équilibre entre l'innovation technologique et la protection des droits fondamentaux, afin de garantir que le processus d'appréciation du préjudice reste équitable, transparent et conforme aux principes de justice.

Si l'appréciation du préjudice reste la chasse-gardée des juges du fait en corrélation avec leur pouvoir souverain d'appréciation, il n'en demeure pas moins que les marqueurs d'une évolution, voire d'une pratique disruptive, sont déjà décelables. Ainsi, il peut paraître prétention d'essayer de répondre de façon nette à la question, mais l'on peut affirmer d'ores et déjà que les tendances actuelles avec la montée en puissance du numérisme juridique dont l'expression ne peut encore être circonscrite, inclinent à constater l'effilochement de ce pouvoir d'appréciation tant cher aux juges du fond. Une voix autorisée affirme à juste titre que « ... qu'il ne peut être question de désinventer le numérique<sup>87</sup>, il faut apprendre à vivre avec lui et mieux, de saisir les opportunités qu'il nous offre et qui sont loin d'être négligeables. »<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> N. FRICERO, « Plaidoyer pour un procès civil disruptif et une mutation anthropologique des acteurs judiciaires... A propos du

rapport de l'institut Montaigne « Justice, faites entrer le numérique », *JCP G*, n° 50, 11 déc. 2017, p. 1305.

<sup>88</sup> N. DIOUF, art. préc.

## LA SOUS-TRAITANCE DE LA PRESTATION DE SÉCURITÉ PRIVÉE CIVILE EN DROIT BURKINABÉ

**Laurent Saâtieme SOMDA**

Enseignant permanent à l'université catholique de l'Afrique de l'Ouest  
Membre du Laboratoire Droit de l'Homme, Justice et Développement en Afrique (LDHJDA) Bamako

### Résumé

Des conditions irrégulières de recrutement aux violences physiques et morales en passant par l'absence ou violation du droit du travail et de la Sécurité sociale, le retard, voire le non-versement des salaires, des conditions inhumaines de travail, de la réduction des agents en domestiques par certains bénéficiaires de service, absence d'agrément de certaines SPS, les licenciements abusifs, les SPS fictives, la précarité des engagements, des salaires abusivement bas, le non-respect du SMIG, les traitements arbitraires et discriminatoires, sont autant de difficultés auxquelles sont confrontés nombres d'agents des Services Privé de Sécurité (SPS) au Burkina Faso. Derrière la création d'emplois dont se prévalent ces SPS, sommeille « une funeste arnaque sur fond d'esclavage des temps modernes ». Et depuis quelques décennies, cette situation délétère ne fait que se détériorer, car le secteur de la sécurité privée, jadis assuré par chaque entreprise, s'externalise de plus en plus par le recours à la sous-traitance. Si cette pratique très en vogue dans le monde des affaires et très favorable au PME s'adapte à beaucoup de secteurs d'activité, il n'est pas sans intérêt de nous interroger sur son application dans le secteur des SPS au Burkina Faso. En d'autres termes, dans un contexte d'insécurité larvée, la réflexion sur l'encadrement juridique et institutionnel de la sous-traitance dans le secteur sensible des activités des SPS n'est pas inopportune et appelle à une vigilance plus accrue de la puissance publique.

### Introduction

Concurremment aux nombreux défis sécuritaires qui dépassent les capacités des pouvoirs publics burkinabè, les sociétés privées de sécurité (SPS) connaissent depuis quelques décennies un essor fulgurant sans précédent. Avec un déficit en termes de couverture sécuritaire du territoire national et en termes de ratio police/habitant, ces sociétés se sont vues assigner de nouvelles missions aux fins de contribuer de manière croissante à la sécurité des populations et de leurs biens<sup>1</sup>. On compte en 2019, selon l'étude de référence sur le secteur de la sécurité privée au Burkina Faso, environ trente-cinq mille soixante-quinze

(35.075) vigiles, répartis entre 500 ESP. Cet effectif dépasse largement celui des forces de sécurité publique réunies (police, gendarmerie)<sup>2</sup>. Ce phénomène n'est pas propre au Burkina Faso. Par exemple, dans de nombreux pays, comme au Mali, en Côte d'Ivoire, au Niger, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aux États-Unis d'Amérique et en Israël, les budgets des sociétés de sécurité privée et le nombre de leurs employés dépassent ceux des services de police publics<sup>3</sup>. En Inde, le ratio entre sécurité privée et police est estimé à 4,98 pour 1, les effectifs de la sécurité privée étant estimés à plus de sept millions de

<sup>1</sup>Étude de référence sur le secteur de la sécurité privée au Burkina Faso, [https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso\\_fr.pdf](https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso_fr.pdf), consulté le 15 juillet 2024.

<sup>2</sup>Étude de référence sur le secteur de la sécurité privée au Burkina Faso, [https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso\\_fr.pdf](https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso_fr.pdf), consulté le 15 juillet 2024.

<sup>3</sup> A. RICHARDS ET H. SMITH, *Addressing the Role of Private Security Companies within Security Sector Reform Programmes* (Londres, Saferworld, 2007).

personnes<sup>4</sup>. Ces SPS sont pourvoyeuses d'emplois et présentent un intérêt à la fois pour l'État et un terreau favorable pour le développement des petites et moyennes entreprises (PME) qui y trouvent un secteur lucratif d'investissements.

L'État burkinabè a doté ce secteur d'un cadre légal spécifique. D'abord, dès 1997, avec l'adoption du décret N° 97 du 28 novembre 1997 portant réglementation des sociétés de gardiennage. Ensuite, sous l'angle législatif, la loi 032-2003/AN relative à la sécurité intérieure a été adoptée par le législateur. En ses articles 24 et 25, la loi dispose que l'État concède aux sociétés privées des missions de sécurité. Enfin, avec l'évolution rapide du secteur et dans un souci d'ajustement, cette loi sera complétée par deux décrets respectivement le décret N°2009-343 du 25 mai 2009 portant réglementation des activités des sociétés privées de gardiennage et le décret N° 2021-1243 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso. Les innovations majeures introduites par ce décret concernent entre autres la prise en compte des activités de transport de fonds, de métaux précieux ou de valeurs et de prestations de services visant à protéger l'intégrité physique des personnes. Contrairement au décret de 2009, celui de 2021 emploie l'expression générique et englobante de « société privée de sécurité ». On peut relever aussi l'instauration de la qualification professionnelle pour tout dirigeant de société privée de sécurité, la catégorisation des vigiles en trois (03) niveaux, l'immatriculation des vigiles au régime de Sécurité sociale, l'adoption d'un modèle type de couture des uniformes pour toutes les sociétés de sécurité. En outre, sur le plan institutionnel, la Direction de la réglementation, au sein du ministère de la Sécurité, à travers

le Service du suivi et du contrôle des sociétés privées de sécurité (SSCSPS) est chargée de faire respecter ces dispositions. Elle accomplit cette mission en collaboration avec la Direction de la sécurité publique de la Direction générale de la police nationale. De ce qui précède, on peut donc affirmer que l'encadrement juridique et institutionnel des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso est effectif. Toutefois, malgré l'impact de ces entreprises en termes d'employabilité et malgré le cadre législatif et institutionnel mis en place, des défis majeurs restent à combler<sup>5</sup>.

Des conditions irrégulières de recrutement aux violences physiques et morales en passant par l'absence ou violation du droit du travail et de la Sécurité sociale, le retard, voire le non-versement des salaires, des conditions inhumaines de travail, de la réduction des agents en domestiques par certains bénéficiaires de service, absence d'agrément de certaines SPS, les licenciements abusifs, les SPS fictives, la précarité des engagements, des salaires abusivement bas, le non-respect du SMIG, les traitements arbitraires et discriminatoires, sont autant de difficultés auxquelles sont confrontés nombres d'agents des SPS au Burkina Faso. Derrière la création d'emplois dont se prévalent ces SPS, sommeille « une funeste arnaque sur fond d'esclavage des temps modernes »<sup>6</sup>. Et depuis quelques décennies, cette situation délétère ne fait que se détériorer, car le secteur de la sécurité privée, jadis assuré par chaque entreprise, s'externalise de plus en plus par le recours à la sous-traitance. D'où notre interrogation de savoir si le régime juridique de la sous-traitance au Burkina Faso garantit-il une protection efficace du donneur d'ordre, de ses biens et des employés dans la sous-traitance des prestations de service de sécurité privée civile au Burkina Faso.

<sup>4</sup> N. FLORQUIN, "A booming business: private security and small arms", in *Small Arms Survey 2011: States of Security* (Genève, Small Arms Survey, 2011).

<sup>5</sup> Étude de référence sur le secteur de la sécurité privée au Burkina Faso, [https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso\\_fr.pdf](https://www.privatesecurityobservatory.org/media/pdf/baseline-studies/2022-burkina-faso_fr.pdf), consulté le 15 juillet 2024.

<sup>6</sup> Société de sécurité privée et de gardiennage au Mali : L'esclavage des temps modernes ! Par Le Témoin - 21 juin 2022. <https://www.maliweb.net/societe/societe-de-securite-privee-et-de->

[gardiennage-au-mali-lesclavage-des-temps-modernes-2980766.html#google\\_vignette](https://www.maliweb.net/societe/societe-de-securite-privee-et-de-gardiennage-au-mali-lesclavage-des-temps-modernes-2980766.html#google_vignette), consulté le 1<sup>er</sup> juin 2024. Voir aussi B. TINEL, N. PONS-VIGNON et M. RAFFERTY, « La sous-traitance comme forme contemporaine d'exploitation : les cas de l'Afrique du Sud, de l'Australie et de la France Actuel Marx / n° 63 / 2018 : L'exploitation aujourd'hui, p. 32-50.

D'une part, il faut entendre par « sous-traitance » selon le lexique des termes juridiques « Opération par laquelle un entrepreneur (donneur d'ordre) recourt à un tiers (sous-traitant) pour réaliser, sur ses ordres et spécifications, tout ou partie des biens, objets ou marchandises qu'il doit fournir ou vendre à ses propres clients »<sup>7</sup>. Dans le droit du travail elle consiste en une « technique de production ou de fourniture de services par laquelle une entreprise principale conclut un contrat avec un sous-entrepreneur ou sous-traitant, qui s'engage à effectuer tout ou partie de la prestation avec une main-d'œuvre qu'il recrute »<sup>8</sup>.

La sous-traitance, forme particulière de sous-contrat<sup>9</sup>, constitue d'abord un phénomène économique dont les premières utilisations datent de l'Antiquité<sup>10</sup>. C'est un mode d'externalisation qui tend à améliorer la division du travail entre les prestataires. Ce que le prestataire principal ne fait pas lui-même, il le fait faire par un sous-traitant. La sous-traitance consiste ainsi, pour une entreprise, à confier par contrat à une autre l'exécution de prestations destinées à une troisième personne, le client, appelé aussi donneur d'ordre<sup>11</sup>. On distingue classiquement trois types de sous-traitance. D'abord, la sous-traitance de marché dans laquelle une entreprise fait appel à une autre pour remplir un marché conclu entre elle et un maître d'ouvrage. Ensuite, nous avons la sous-traitance de capacité. Il va s'agir dans ce cas de figure de l'entreprise qui, se retrouvant, à un certain moment, incapable de faire face à la demande croissante de ses clients,

recourt à la sous-traitance pour juguler cette difficulté. Enfin, nous avons la sous-traitance de spécialité, qui consiste en l'hypothèse dans laquelle une entreprise ne possédant pas les moyens techniques ou matériels nécessaires s'adresse à une autre entreprise pour le faire. Et c'est dans cette dernière catégorie de sous-traitance que se range la sous-traitance de service de sécurité privée dans laquelle une SPS principale confie à une autre SPS la mission d'assurer la sécurité de biens ou de personnes d'une personne physique ou morale.

D'autre part, la société de sécurité privée est définie à l'art. 2 du décret N° 2021-1243 portant réglementation des activités des SPS au Burkina Faso en ces termes : « Au sens du présent décret, le terme société privée de sécurité désigne toute personne physique ou morale de droit privé qui exerce des activités de gardiennage, d'investigations ou de formation en sécurité privée ». Cet article décline la vaste gamme d'activités auxquelles les services de sécurité privée civile prennent part. Selon cet article, les prestations des SPS sont les activités de gardiennage<sup>12</sup>, fournir aux personnes physiques ou morales, des services ou prestations ayant pour objet le transport de fonds de métaux précieux ou de valeur, assurer des prestations de service visant à protéger l'intégrité physique des personnes, les activités d'investigations<sup>13</sup>, les activités de formation en sécurité privée<sup>14</sup>. Toutefois, le législateur est resté silencieux sur les services de sécurité privée militaire<sup>15</sup> qui sont souvent inclus dans ce secteur. Certes, nous n'entendons pas traiter ces derniers dans la

<sup>7</sup> S. GUINCHARD, Th. DEBARD, « Sous-traitance », *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2017.

En France par exemple, une loi du 31 décembre 1975 institue diverses garanties protégeant la créance du sous-traitant face au risque d'insolvabilité de l'entrepreneur.

<sup>8</sup> S. GUINCHARD, Th. DEBARD, « Sous-traitance », *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2017. Afin d'éviter certains abus au préjudice des salariés, le Code du travail en France sanctionne la sous-traitance qui donne lieu à du marchandage.

<sup>9</sup> Voir G. AUZERO, « Les opérations de sous-traitance saisies par le droit du travail ». *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* édité par Sandrine TISSEYRE, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2019 consulté le 22 septembre 2024.

<sup>10</sup> G. VALENTIN, *Les contrats de sous-traitance*, Paris, éd. Librairie technique, 1979, p. 3.

<sup>11</sup> Ch. AUBERTIN, « L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée », *Revue Lexsociété*, 2022-04-01, p. 2.

<sup>12</sup> Qui consistent à : fournir aux personnes physiques ou morales des services ou des prestations ayant pour objet la surveillance des biens meubles ou immeubles, ainsi que la sécurité des personnes qui sont en relation directe ou indirecte avec ces biens.

<sup>13</sup> Ces consistent à recueillir, dans un but légitime et légal, même sans faire état de sa qualité ni révéler l'objet de sa mission, des informations ou des renseignements destinés à des tiers, en vue de la défense de leurs intérêts

<sup>14</sup> Consistant en la formation et au recyclage des agents des sociétés privées de sécurité aux tâches de gardiennage et d'investigation.

<sup>15</sup> Il faut entendre par société militaire privée (SMP), également désignée sous le nom d'entreprise militaire et de sécurité privée (EMSP) ou encore entreprise de services de sécurité et de défense (ESSD) et en

présente étude. Toutefois, il n'est pas inintéressant de s'interroger sur leur catégorisation dans la législation burkinabè.

Pour mener à bien cette étude, nous avons construit nos réflexions sur fond d'une démarche méthodologique mêlant technique juridique et théorie analytique du droit des contrats en général, de la sous-traitance et du contrat de travail en particulier et aussi de la législation en matière de prestation de sécurité privée. Par ailleurs, notre analyse, sans opter pour le droit comparé au sens strict, nous a amené parfois à solliciter les droits étrangers lorsqu'il a s'agit de préciser certains concepts ou de proposer des solutions, le cas échéant.

De manière générale, l'intérêt de cette étude se veut être une mise en évidence de quelques lacunes dans l'encadrement du régime juridique de la sous-traitance dans le domaine spécifique et délicat des prestations de services de sécurité privée. Sur le plan théorique, notre étude aborde le silence du législateur sur la pratique de la sous-traitance entre entreprises de sécurité privée. Malgré les efforts d'actualisation faits par le législateur burkinabè pour encadrer cette activité, des défis restent à lever. Il est nécessaire que le législateur burkinabè se saisisse de cette pratique pour en restreindre l'usage et en sanctionner les abus. Sur le plan pratique, l'intérêt de cette thématique est indiscutablement actuel au regard d'une part, du contexte d'insécurité et de la prolifération des sociétés de sécurité privée et d'autre part, de la violation de la législation du travail, de la Sécurité sociale, des atteintes à la dignité des

personnes et l'exploitation d'une jeunesse rendue vulnérable par le manque d'emploi. Or, le besoin de sécurité impose des relations contractuelles saines et de confiance.

Cette transaction entre les entreprises de sécurité privée ne favorise pas toujours un climat de sécurité et de confiance<sup>16</sup>. Cette pratique, très souvent source d'abus, brouille, d'une part, la nature du lien contractuel, causant ainsi des difficultés de qualification au juge et, d'autre part, constitue un véritable frein à l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle<sup>17</sup>. En outre, ces pratiques entraînent des liens de subordination<sup>18</sup>, qui ne permettent pas le développement sain des petites structures. Les PME les phagocytent en les employant à un tarif anormalement bas. Et par extension, cela privilégie le recours au travail dissimulé pour tout ou partie de la prestation<sup>19</sup>.

La sous-traitance des prestations de services de sécurité privée au Burkina Faso ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Répondant à des besoins de rentabilité, de manque d'effectifs ou de contraintes géographiques, cette pratique s'articule autour de la théorie générale des obligations, sur la liberté contractuelle, la liberté d'entreprise. Dès lors, les seules restrictions susceptibles d'être opposées à cette pratique entre les entreprises de sécurité privée doivent reposer sur les principes de nécessité, de proportionnalité et doivent être justifiées par un objectif d'intérêt général<sup>20</sup>.

Fondée sur la liberté contractuelle, la sous-traitance ne présente pas que des avantages<sup>21</sup>. Elle peut conduire la

---

anglais private military company (PMC), une entité commerciales privées fournissant des services dans le domaine de la sécurité et de la défense à des structures étatiques, à des ONG ou entreprises privées.

<sup>16</sup> Voir : P. THIEBART et M. SAUNIER, « Comment recourir à la sous-traitance en toute sécurité ? », *JCP S* 2018, 1414.

<sup>17</sup> C. MANGEMATIN, « Sous-traitance et responsabilité civile de l'entrepreneur principal ». *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* édité par Sandrine TISSEYRE, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2019, <https://doi.org/10.4000/books.putc.7162>.

<sup>18</sup> B. TINEL, C. PERRAUDIN, N. THEVENOT et J. VALENTIN, « La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail », *Actuel Marx*, n° 41, 2007, p. 153-164.

<sup>19</sup> Voir à ce sujet C. PERRAUDIN, N. THEVENOT et J. VALENTIN, « Sous-traitance et évitement de la relation d'emploi : les comportements de substitution des entreprises industrielles en France de 1984 à 2003 », *Revue internationale du travail*, 152 (3-4), 2013, p. 571-599.

<sup>20</sup> Ch. AUBERTIN, « L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée », *Revue Lexsociété*, 2022-04-01, p. 2.

<sup>21</sup> Voir : C. PERRAUDIN et N. THEVENOT, « Un travail plus pénible et dangereux dans la sous-traitance », p. 66 à 81

société principale à se défausser sur le sous-traitant des responsabilités qui lui incombent en qualité de cocontractant et d'employeur. En matière de sécurité privée, les risques d'abus sont particulièrement importants dans la branche de la surveillance et du gardiennage. Et comme la relève si bien Christophe Aubertin dans sa thèse : « Dans ce secteur à haute intensité de main d'œuvre, « l'incitation à sous-traiter est d'autant plus forte que les marchés sont le plus souvent attribués au moins disant et que le coût des prestations tend à se confondre avec celui de la main d'œuvre »<sup>22</sup>. La sous-traitance facilite ainsi la pratique de prix anormalement bas, que prohibe pourtant le Code du travail. Il est fréquent qu'elle entraîne en même temps une détérioration de la qualité des prestations de sécurité. D'où la nécessité pour le législateur burkinabè de réorganiser ce secteur afin d'offrir, d'une part, aux agents des conditions de vie « sécurisées », et d'autre part, de garantir la qualité des prestations qui concourent à la sécurité globale. Après une analyse des limites juridiques et institutionnelles de l'encadrement de la sous-traitance dans les entreprises de sécurité privé au Burkina Faso (I), une harmonisation du sacro-saint principe de la liberté contractuelle et d'entreprise et la fixation des limites à la sous-traitance dans les entreprises de sécurité privée s'impose (II).

### **I. Les limites juridiques et institutionnelles de l'encadrement de la sous-traitance dans les ESP au Burkina Faso**

La technique contractuelle de la sous-traitance a investi le monde des entreprises de sécurité privée. Justifiée par une capacité financière et/ou organisationnelle insuffisante soit par un besoin de spécialité ou une insuffisance technique, cette technique ne regorge pas que des avantages notamment au sein des ESP (A) où de nombreux abus sont enregistrés avec une législation peu adaptée et lacunaire (B).

<sup>22</sup> Ch. AUBERTIN, « L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée », *Revue Lexsociété*, 2022-04-01.

<sup>23</sup> A. HANAUT, « Sur la sous-traitance et son rôle dans les structures industrielles », *Revue d'économie industrielle*, année 1980, 11, p. 147-151. Voir aussi M. DUVAL, « Sous-traitance du nettoyage : ce que la

### **A. Les avantages et les inconvénients de la sous-traitance dans les SPS**

De nos jours, la sous-traitance est incontestablement un levier économique majeur qui irrigue tous les secteurs du monde des affaires<sup>23</sup>. Le recours massif à cette technique précisément dans les SPS, bien qu'offrant des avantages (1), renferme tout aussi bien des impacts négatifs que le législateur burkinabè peine à encadrer (2).

#### **1. Les avantages de la sous-traitance**

Comme toutes les sous-traitances, celle des services de sécurité privée sont sources de réelles économies pour l'entreprise cliente et a l'avantage de la souplesse, de la réduction des coûts et aussi et surtout permet au donneur d'ordre de ne plus avoir à faire face aux frais relatifs aux avantages sociaux, à l'assurance emploi et aux syndicats. La flexibilité économique se perçoit lors des périodes de développement et des moments d'essoufflement des affaires. La sous-traitance a l'avantage, pendant les périodes de croissance, de maximiser avec les sous-traitants pour pouvoir atteindre les objectifs escomptés. En revanche, durant la période de ralentissement, elle évite à la SPS de procéder au licenciement de son personnel et d'avoir à subir ses conséquences fâcheuses. Dès lors, il suffirait pour la SPS de réduire l'effectif des membres de l'équipe de sous-traitants. Après le recouvrement d'une bonne santé économique, la SPS pourrait, sans aucune contrainte, majorer de nouveau son équipe de sous-traitance. Cette technique permet par ailleurs de minimiser le coût et de maximiser la satisfaction selon le sacro-saint principe économique. Il en est ainsi lorsqu'à certains moments, le volume de travail est trop important par rapport à sa capacité. Dans cette hypothèse, elle permettrait à la SPS de

fidélisation des sous-traitants fait au travail et aux travailleurs », p. 191-206.

choisir, outre l'intérim<sup>24</sup> ou le CDD<sup>25</sup>, de travailler avec un sous-traitant.

En matière de rentabilité, les avantages sont incontestables pour la SPS donneur d'ordre. Elle permet à la SPS principale d'avoir à sa disposition un personnel qualifié sans pour autant devoir faire un investissement, puisqu'il revient à l'équipe de sous-traitants de disposer d'un personnel performant pour pouvoir être compétitif sur le marché. Ainsi, la SPS principale n'aura qu'à choisir le sous-traitant adéquat pour son travail et verser par la suite, en fonction des termes du contrat, une compensation financière. D'un point de vue comptable, la SPS donneur d'ordre gagne en charges variables et démontre une réduction des risques liés à des coûts fixes trop importants. Ainsi, elle optimise son seuil de rentabilité. En faisant recours au système de sous-traitance en tant qu'entrepreneur principal, la SPS n'a pas à s'inquiéter en ce qui concerne la dotation, l'embauche, les avantages sociaux et même des bureaux devant abriter les équipements ainsi que les employés.

En choisissant la bonne équipe de sous-traitants pour la réalisation de la prestation de service, la SPS principale se met à l'abri de nombreux imprévus et problèmes liés notamment aux incidents de travail, aux mauvaises réalisations des travaux ainsi qu'aux coûts financiers supplémentaires. En signant un contrat de prestation de sous-traitance, le prestataire a une obligation envers la société principale. La gestion des imprévus internes à sa société est ressortie de son obligation. Ainsi, la SPS donneur d'ordre se décharge du temps en gestion d'aléas. La sous-traitance l'exonère de ses obligations de commettant. Avec cette approche, la SPS principale a la certitude de mieux maîtriser les dépenses liées à l'atteinte d'un objectif. Sa maîtrise experte de la mission, l'évitement de problèmes internes pour la SPS principale, font que finalement, la sous-traitance peut s'avérer avantageuse économiquement.

<sup>24</sup> Il est régi par les articles 85 à 92 du Code du travail burkinabè.

L'intérim est l'intervalle de temps pendant lequel un travailleur (l'intérimaire) exerce les fonctions d'une autre personne (le titulaire du poste).

Aussi, l'un des avantages de la technique de la sous-traitance pour la SPS principale est la possibilité pour cette dernière de faire de nouvelles offres dans des domaines où elle n'a pas totalement l'expertise technique sans avoir peur du résultat final. Ainsi, entourée d'agents qualifiés, la SPS donneur d'ordre pourra toujours produire des résultats satisfaisants malgré la complexité des défis qu'elle doit relever, notamment en termes de compétitivité. Aussi, elle permet à la SPS principale de profiter de compétences toujours à jour et adaptées à la demande de ses clients, sans se soucier de la prise en charge de la formation qui, très souvent, est onéreuse. De plus, contrairement à un salarié qu'il faut payer chaque mois quel que soit l'état du carnet de commande, le sous-traitant ne vient que ponctuellement en cas de besoin. À cela, on peut ajouter qu'en confiant la prestation à des experts externes, l'entreprise s'assure qu'ils seront bien faits. Elle ne risque pas de devoir veiller à la bonne exécution des missions.

En somme, la sous-traitance regorge d'importants avantages pour une meilleure gestion de la SPS principale. Toutefois, elle ne manque pas d'effets pervers qui s'accommodent assez difficilement avec le secteur très particulier des SPS. En effet, sous-traiter implique également un certain nombre d'inconvénients plus ou moins lourds qu'il faut connaître pour pouvoir les contourner.

## 2. Les inconvénients de la sous-traitance dans les SPS

Si les avantages de la sous-traitance sont indéniables, elles s'accompagnent de certains risques qu'il est indispensable d'anticiper. L'un des premiers inconvénients de la sous-traitance est la dépendance qu'elle peut engendrer pour le donneur d'ordre. Ce dernier peut en effet se retrouver dans une situation de dépendance absolue vis-à-vis du sous-traitant. À cela s'ajoute le risque de manque de coordination et les éventuels risques sur la qualité des prestations livrées

<sup>25</sup> Art. 49 du Code du travail burkinabè.

par l'entreprise sous-traitante. Parmi les effets pervers de la dépendance, il convient de relever les difficultés de gestion. Le recours à de multiples sous-traitants pour la prestation fragmente le travail, entraîne une gestion multipartite complexe. Outre des problèmes de coordination des différents intervenants, cette situation amenuise les avantages potentiels et nuit à la qualité de la prestation. Aussi, convient-il de relever qu'avec la sous-traitance, la confidentialité des informations n'est pas très sécurisée. La sous-traitance implique la plupart du temps le partage d'informations, et certaines sont souvent hautement sensibles puisqu'elles touchent à la sécurité des personnes et des biens. La sélection d'un partenaire de confiance et l'insertion d'une clause de confidentialité imposée au personnel ayant accès aux données concernées sont nécessaires.

Aussi, les conditions de travail et de sécurité des agents de la sécurité privée civile exigent une attention particulière. Même si une réglementation générale protège ces agents, les difficultés exceptionnelles qu'affrontent les agents dans le secteur de la sécurité privée civile sont préoccupantes sans occulter le risque de confusion entre sous-traitance et contrat de travail<sup>26</sup>. Dans la pratique, la ligne de démarcation entre ces deux contrats n'est pas toujours aisée à tracer<sup>27</sup>. En effet, que ce soit le sous-traitant ou le salarié, le point commun est qu'il y a une prestation de travail qui est rendue en échange d'une contrepartie financière. Cependant, le contrat de sous-traitance se distingue du contrat de travail par l'absence de lien de subordination<sup>28</sup>. En effet, contrairement au salarié, le sous-traitant n'est pas soumis aux horaires de l'entreprise et n'a pas à recevoir d'ordre du donneur d'ordre. Cependant, il travaille avec ses propres moyens techniques et dispose de l'autonomie pour s'organiser et exécuter la prestation objet du contrat. Et c'est

justement ce lien de subordination qui sera recherché par l'inspection du travail en cas de contrôle ou par le juge dans l'appréciation des faits. Étant donné la relation de travail régulière, cela est un élément susceptible de porter préjudice au donneur d'ordre. Et en cas de rupture brutale, une requalification du contrat de la sous-traitance pourrait être demandée et opposée par le sous-traitant au donneur d'ordre. Les conséquences financières seraient alors très onéreuses : indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, versement des cotisations à la Sécurité sociale sur l'assiette des honoraires payés, etc<sup>29</sup>. Ces risques classiques, très souvent présents dans les rapports entre les SPS au Burkina Faso, s'amplifient avec une législation lacunaire.

## B. Une législation peu adaptée et lacunaire

Certes, l'opération de sous-traitance, bien qu'ayant largement investi le secteur de la sécurité privée au Burkina Faso, reste encore insuffisamment explorée par le législateur malgré la consécration de son fondement juridique et de sa force économique, notamment pour les PME (1). Si le décret n° 2021-1243/PRES/PM/MDNAC/MSECU/MJDHPC/MFPTPS/MICA/ portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso semble bien encadrer l'activité des SPS, il semble avoir occulté la possibilité de la sous-traitance dans ce secteur d'activité délicat qui, en plein essor depuis quelques décennies manque de véritable cadre juridique conduisant ainsi à des abus (2).

### 1. Les fondements juridiques et économiques de la sous-traitance

Les recours fréquents à la sous-traitance dans le monde des entreprises ne pouvaient très longtemps laisser le droit en

<sup>26</sup> Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Sous-traitance et contrat de travail », *Droit et ville*, année 2004, 57, p. 7-22.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Ce lien est un critère essentiel à l'existence du contrat de travail. Il désigne le fait, pour un salarié, de devoir se conformer aux instructions de l'employeur et de réaliser le travail confié par ce dernier.

<sup>29</sup> « Le sous-contrat a été reconnu par la doctrine universitaire comme un phénomène original qui présente des caractéristiques juridiques propres. La famille des sous-contrats est assez nombreuse. On peut citer des sous-contrats nommés, comme la sous-location ou le sous-mandat. La pratique s'est aussi pleinement appropriée le sous-contrat ».



marge de son essor. Toutefois, dans la pratique, il apparaît bien difficile pour la matière juridique d'appréhender un phénomène aussi protéiforme et complexe. Les contours de la sous-traitance<sup>30</sup> ne sont pas assez aisés à appréhender. En effet, l'une des difficultés majeures de l'étude de la sous-traitance réside alors dans la diversité de ses manifestations concrètes. Elle est un contrat d'entreprise particulier<sup>31</sup>, une forme particulière de sous-contrat<sup>32</sup> qui trouve son fondement dans les articles 1236 et 1237 du Code civil. Selon l'art. 1236 : « Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution ». Cette obligation peut même être acquittée selon les dispositions du §2 de l'art.1236 « par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ». Si cet article donne une grande liberté au débiteur d'exécuter son obligation en recourant par exemple à la sous-traitance, le législateur encadre cette liberté dans les limites de celles du créancier. Dès lors, il prévoit à l'art. 1237 que « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Cet article limite les marges de manœuvre du débiteur et protège la volonté contractuelle du créancier qui parfois souhaiterait préserver le caractère *intuitu personae* de l'obligation<sup>33</sup>. Ces deux articles qui justifient et encadrent en partie la sous-traitance en droit burkinabè couvent néanmoins une ambiguïté. D'abord par leur placement dans la section I du chapitre IV du Livre troisième du Code civil relatif au payement en général, mais aussi et surtout dans la

notion d'« obligation ». Cette notion, très souvent réduite au paiement d'une somme d'argent, ne rend pas assez compte de la réalité de l'obligation. Et c'est justement cette vision réductrice que le législateur français a voulu dirimer en substituant dans son Ord. N° 2016-131 du 10 février, la notion d'« obligation » par celle de « prestation » qui, elle, couvre les obligations de toutes nature. La prestation qui donne lieu au paiement peut ainsi consister tant à verser une somme d'argent qu'à délivrer une chose ou encore à fournir un service comme celui de la prestation des services de sécurité privée. Toutefois, le législateur est muet sur la sous-traitance dans ce secteur de la sécurité privée. Contrairement à certains pays comme la Côte d'Ivoire<sup>34</sup>, la France<sup>35</sup>, le Mali<sup>36</sup> la RDC<sup>37</sup>, le législateur burkinabè ne fait aucune mention de la sous-traitance, laissant libre cours aux SPS au recours à cette pratique dans leurs rapports avec leurs partenaires.

## 2. Un cadre juridique lacunaire

La sous-traitance entre sociétés privées de sécurité ne fait pas l'objet au Burkina Faso d'un encadrement juridique spécifique. Le législateur se borne au droit commun en précisant simplement à l'article 1237 l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant par le maître de l'ouvrage. Il est resté silencieux sur les autres conditions de validité de la sous-traitance notamment la vérification par la société principale de la régularité vis-à-vis du droit de travail<sup>38</sup> afin d'éviter le travail dissimulé et les entorses à la législation du travail et de la Sécurité sociale<sup>39</sup> ;

<sup>30</sup> E. CORDELIER, « Les contours de la sous-traitance ». *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* édité par Sandrine TISSEYRE, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2019, <https://doi.org/10.4000/books.putc.7092>, p. 17-37

<sup>31</sup> M.-O. HUCHET, *Les indispensables du droit des contrats spéciaux*, Ellipses, 2016, 256 p. précisément p. 193-198.

<sup>32</sup> E. CORDELIER, « Les contours de la sous-traitance ». *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?*, *op. Cit.*

<sup>33</sup> Voir à ce sujet Cass. Com., 4 mars 2008, *Bull. cin. IV*, n° 53.

<sup>34</sup> Décret n° 2005-73 du 3 février 2005 portant réglementation des activités privées de sécurité et de transport de fonds en Côte d'Ivoire.

<sup>35</sup> La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance.

<sup>36</sup> La Loi N° 96-020 du 21 février 1996, relative aux sociétés privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de sécurité personnelle.

<sup>37</sup> La Loi N° 17/001 DU 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé.

<sup>38</sup> Le Code du travail oblige tout donneur d'ordre à vérifier que son cocontractant (sous-traitant) est immatriculé et emploie toute sa main-d'œuvre régulièrement.

<sup>39</sup> Il peut être tentant de camoufler un contrat de travail sous les traits d'un contrat de sous-traitance pour échapper à toutes les contraintes inhérentes au droit social et à ses coûts. Par exemple, un contrat de sous-

la vérification de la carte professionnel du sous-traitant et toutes les conditions requises notamment par le décret N° 2021-1243 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso<sup>40</sup>. Il faut aussi relever qu'en matière de sécurité privée, la réglementation nationale manque d'harmonie avec les textes sous-régionaux et internationaux en matière de libre entreprise. Elle constitue une entorse au principe d'égalité de chance et de traitement<sup>52</sup> et viole la loi N° 028 -2008, portant Code du Travail au Burkina, en ses dispositions portant sur les contrats des travailleurs nationaux et non nationaux.<sup>53</sup> Ces lacunes sont dues en partie au fait que le Burkina Faso n'a pas encore adhéré aux conventions tels le document de Montreux<sup>41</sup> et le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées<sup>42</sup> et que l'adoption des dispositions régissant le domaine de la sécurité privée s'est faite sans considération des conventions régionales<sup>43</sup> et internationales<sup>44</sup>. Ce cadre juridique lacunaire expose davantage les travailleurs sous-traitants à des contrats inéquitables<sup>45</sup>, à des salaires anormalement bas, les plaçant dans une position d'exploitation ; à des conditions de travail difficiles et à un manque de protection sociale qui les expose à des risques. Aussi, il demeure parfois difficile en pratique de déterminer l'existence d'un lien de subordination<sup>46</sup> qui n'empêche pas l'existence d'un contrat de sous-traitance et la présence d'une simple dépendance économique. Seule

l'absence de tout lien de subordination caractérise le contrat de sous-traitance<sup>47</sup>. Cette absence de lien de subordination a pour conséquence l'impossibilité pour l'entrepreneur principal d'infliger une sanction disciplinaire aux salariés du sous-traitant ; ce qui, dans le cadre d'une prestation de sécurité privée, devient délicat. Un domaine aussi sensible que la sécurité dans le contexte sécuritaire actuel du Burkina Faso gagnerait à être encadré pour une plus grande protection des biens et des personnes. L'utilisation de la sous-traitance de manière générale et en matière de sécurité privée en particulier devrait être assortie de conditions particulières, car le seul recours au régime général des obligations ne permet pas une protection efficace des personnes et des biens.

L'obligation d'information qui encadre toute relation contractuelle devait être davantage mise dans la sous-traitance. Le législateur n'en fait aucunement mention. Il paraît inconvenant qu'une SPS n'informe pas son client de toute sous-traitance prévue dans le cadre du contrat. Cette omission est une porte ouverte à toutes formes d'abus et une atteinte au droit du donneur d'ordre de rechercher un contrat *intuitu personae*. L'absence d'une telle obligation fragilise la sous-traitance des SPS et peut gravement mettre en péril les personnes et leurs biens. Aussi, dans l'exercice de leurs obligations, les SPS sont parfois au fait de certaines

---

traitance ne peut entraîner un assujettissement à la Sécurité sociale (Cass. Soc., 30 nov. 1983 : *Bull. civ.* V° n° 584).

<sup>40</sup> Les articles 7 à 17 relatifs aux conditions administratives, les articles 18 à 29 relatifs aux personnes.

<sup>41</sup> Le document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privée pendant les conflits armés, Montreux, 17 septembre 2008.

<sup>42</sup> Code de conduite international des entreprises de sécurité privée (ICoC), 9 novembre 2010.

<sup>43</sup> Cadre d'orientation sur la réforme du secteur de la sécurité (UA) approuvé (e) par la vingtième session ordinaire de l'Assemblée de l'Union africaine tenue en janvier 2013 à Addis-Abeba (Éthiopie).

Cadre de politique régionale de la CEDEAO sur la réforme du secteur de la sécurité et de la gouvernance (CEDEAO). Dakar, 4 juin 2016.

<sup>44</sup> Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les Droits de l'Homme et d'empêcher l'exercice du

droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Nations Unies, assemblée générale, 5 juillet 2010 ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptés par la dix-huitième Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, juin 1981, Nairobi, Kenya.

<sup>45</sup> La réglementation burkinabè interdit l'installation de sociétés privées de sécurité internationales sous n'importe quelle forme juridique, en ce sens qu'elle fait obligation de posséder la nationalité burkinabè avant de pouvoir diriger une société privée de sécurité. De plus, pour être employé d'une société privée de sécurité, il est fait obligation de résider pendant au moins cinq (05) ans. Ces dispositions favorisent et incitent à la dissimulation de travail dont les étrangers sont très souvent victimes.

<sup>46</sup> Qui caractérise l'existence d'un contrat de travail.

<sup>47</sup> Un emploi du temps géré par le sous-traitant, rémunération forfaitaire à la tâche et non par heure de travail fournie, absence de sanction disciplinaire infligée par l'entrepreneur principal sur les salariés du sous-traitant.

informations confidentielles dans les entreprises, les administrations, des données à caractère personnel ou touchant à la vie privée des personnes. Les dispositions juridiques qui encadrent les prestations de sécurité privée au Burkina Faso ne permettent pas une protection optimale de ces informations dans le cadre d'une sous-traitance. Ces lacunes sont autant d'insécurité que le législateur gagnerait à y parer par une fixation des limites à la sous-traitance dans les entreprises de sécurité privée dans le respect du principe de la liberté contractuelle et d'entreprise.

## II. L'harmonisation du sacro-saint principe de la liberté contractuelle et d'entreprise et la fixation des limites à la sous-traitance dans les entreprises de sécurité privée

Nonobstant sa portée juridique et économique, la sous-traitance ne semble pas assez bien ajustée, d'une part, à la nature même des services de sécurité privée civile et, d'autre part, au régime juridique qui l'encadre au Burkina Faso. Dans un contexte d'insécurité larvée, sécuriser la sous-traitance des services de sécurité privée civile constitue aujourd'hui un défi majeur<sup>48</sup> pour le législateur burkinabè. Toutefois, eu égard à la complexité du secteur de la sécurité privée, il conviendrait de renforcer l'arsenal juridique du recours à la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile (B) dans le respect de la liberté contractuelle (A).

### A. La sous-traitance et la liberté contractuelle dans les services de sécurité privée civile

La sous-traitance est une pratique gouvernée par le principe même de la liberté contractuelle, restant sauves les dispositions de l'art. 6 du Code civil selon lequel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Elle a investi, tout comme dans nombre de secteurs des affaires, dans celui des services de sécurité privée civile. Toutefois, le

recours à cette technique juridique n'est pas toujours conforme à la volonté du donneur d'ordre. D'où la nécessité d'en dégager les conditions de validité (1) et les responsabilités éventuelles en cas de manquement aux clauses du contrat (2).

### 1. Les conditions de validité de la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile

De prime abord, il faut relever que l'une des difficultés majeures de l'étude de la sous-traitance dans le secteur des SPS réside d'une part dans l'opacité et la diversité de ses manifestations concrètes et d'autre part, par l'absence d'un texte unique venant encadrer les relations contractuelles entre sous-traitant et donneur d'ordre. Plusieurs textes épars sont susceptibles de s'appliquer de manière complémentaire selon le type de sous-traitance. Dans le cas spécifique de la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile qui fait l'objet de la présente étude, nous pouvons identifier comme corps de textes applicables le Code civil, le décret N° 2008 - 173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, la loi n° 016-2016/AN relative à la lutte contre le blanchiment. Si les deux derniers corps de textes traitent la sous-traitance de manière très circonstancielle, le Code civil est, quant à lui, le corpus juridique qui régleme, sous un régime de droit commun, la sous-traitance comme une catégorie de sous-contrat. Comme tout contrat, elle est soumise aux conditions de validité du droit commun prescrit à l'art. 1108 du Code civil selon lequel « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ». Les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter et de définir le contenu de leur accord ; c'est le principe de la liberté contractuelle sous réserve du respect de l'ordre public et des

<sup>48</sup> E. CORDELIER, « Les contours de la sous-traitance ». *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?* édité par Sandrine TISSEYRE, Presses

de l'université Toulouse-Capitolee, 2019, <https://doi.org/10.4000/books.putc.7092>.

bonnes mœurs<sup>49</sup>. Au Burkina Faso, la sous-traitance n'est assortie d'aucune autre condition que celles prévues dans le régime commun des contrats. Une fois l'accord conclu entre le donneur d'ordre et le sous-traitant, ceux-ci sont tenus de respecter leurs engagements, et en cas de manquement, ils engagent leur responsabilité contractuelle. Aucune forme particulière n'est exigée pour la conclusion d'un contrat de sous-traitance au Burkina Faso. Toutefois, parmi ces conditions classiques de validité, le consentement se révèle particulièrement délicat d'appréciation, notamment dans la sous-traitance des services de sécurité privée civile. Le régime juridique applicable aux services de sécurité privée n'interdit ni ne régit le recours à la sous-traitance. Mais il serait inconvenant en vertu du principe de « la bonne foi » dont doivent faire preuve les parties, de ne pas recueillir le consentement du donneur d'ordre avant tout recours à la sous-traitance d'autant plus que ce dernier pourrait opposer légitimement le caractère intuitu personae du contrat principal. Ce consentement ne peut être présumé. Contrairement à la législation burkinabè, la législation française<sup>50</sup>, soumet l'opposabilité du sous-contrat à l'exigence d'un agrément du maître de l'ouvrage. Autrement dit, si l'entrepreneur principal n'a pas fait accepter son sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal est tenu envers le sous-traitant, mais il ne peut invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant<sup>51</sup>. Le sous-traitant dispose ainsi, pendant toute la durée du contrat, d'une faculté de résiliation

unilatérale. Le fait de recourir à un sous-traitant sans le faire accepter par le maître de l'ouvrage pourrait être assorti d'une amende<sup>52</sup>.

Il serait même périlleux pour le donneur d'ordre (qui parfois ignore tout du sous-traitant) qui, sous l'angle de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle pourrait se voir solidairement responsable avec le sous-traitant s'il ne s'est pas assuré par exemple du respect par ce dernier des dispositions du droit du travail. Un devoir de vigilance s'impose au donneur d'ordre afin d'éviter l'amalgame d'un double employeur<sup>53</sup>. Et c'est pourquoi, il est important de distinguer dans cette relation contractuelle l'employeur "de droit"<sup>54</sup> et l'employeur "de fait"<sup>55</sup>. En théorie, la sous-traitance n'a pas pour effet de soumettre son personnel à l'autorité directe du donneur d'ordre. En d'autres termes, dans le contrat de sous-traitance, le donneur d'ordres est supposé ignorer sur le plan juridique le salarié qui exécute la prestation<sup>56</sup>. Mais il est évident que cette disposition est difficilement applicable dans la mesure où l'entreprise cliente ou la personne physique qui bénéficie d'une prestation et qui va naturellement s'adresser directement à la personne mise à sa disposition pour lui donner du travail, lui donner des consignes donc exercer sur cette dernière une forme d'autorité<sup>57</sup>. Toute chose pouvant entraîner une confusion entre la sous-traitance et le contrat de travail. Autant d'incertitudes potentiellement perturbantes que vivent les employés dans la sous-traitance des services de sécurité

<sup>49</sup> Art. 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>50</sup> Art. 3 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers

le sous-traitant, mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Ch. EVERAERE, « La mise à disposition des salariés sous-traitants chez les donneurs d'ordres : une source de malaise professionnel ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014/4 N° 103, p. 113-140.

<sup>54</sup> Celui qui emploie, rémunère, mais que le salarié ne voit que très rarement, voire pas du tout.

<sup>55</sup> Celui chez qui le salarié travaille effectivement et de façon potentiellement régulière, mais sans en être salarié(e).

<sup>56</sup> (Maillard de J. et al. 1979, p. 327)

<sup>57</sup> Ch. EVERAERE, « La mise à disposition des salariés sous-traitants chez les donneurs d'ordres : une source de malaise professionnel ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014/4 N° 103, p. 113-140.

privée civile<sup>58</sup>. Cette situation hybride, notamment sur des tâches à forts enjeux, gagnerait à être précisée par le législateur burkinabè à travers l'adoption de dispositions particulières sur la sous-traitance. Les seules dispositions générales du Code ne permettent pas un encadrement juridique efficient de cette pratique dont certains abus échappent à la sanction.

## 2. La mise en œuvre de la responsabilité des parties dans la sous-traitance des services de sécurité privée civile

De la même façon que dans tout contrat, le non-respect des clauses de la sous-traitance donne droit à la partie lésée (prestataire, donneur d'ordre ou encore l'entreprise principale) le droit d'engager, devant la juridiction civile ou commerciale compétente, la responsabilité contractuelle du contrevenant en vertu du contrat librement signé. La sous-traitance se caractérise par des rapports différents qui, selon les relations en jeu, varient entre le donneur d'ordre, la société principale et la société sous-traitante. La question de la responsabilité se pose essentiellement pour la société principale et le sous-traitant vis-à-vis du donneur d'ordre, bénéficiaire de la prestation. Liée par contrat d'entreprise avec le donneur d'ordre, la société principale engage sa responsabilité si elle venait à manquer à ses obligations contractuelles. Elle sera également responsable à l'égard du donneur d'ordre en cas de dommage causé par le sous-traitant. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, la société principale pourrait engager une action récursoire contre le sous-traitant. À l'égard de la société principale, le sous-traitant doit respecter les obligations qui s'imposent à lui. Il est tenu à une obligation de sécurité et est responsable en cas d'inexécution de sa prestation. À l'égard des autres prestataires de service intervenant sur le même site, le sous-

traitant est un tiers. Sa responsabilité délictuelle sera donc engagée en cas de dommages causés à un autre sous-traitant. En principe, le donneur d'ordre donne des ordres à la société principale et non au sous-traitant qui est un tiers à son égard. Il n'a donc pas de pouvoir de direction sur lui, encore moins un lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. En plus de ces sanctions du droit des contrats, d'autres sanctions à caractère plus punitifs, mais éparses peuvent être appliquées contre les contrevenants à une pratique saine de la sous-traitance notamment les sanctions prévues en cas de concurrence déloyale, les sanctions contre les atteintes au droit de la Sécurité sociale ou du droit du travail. Dans ces derniers cas, il pourra s'agir, comme c'est le cas en France<sup>59</sup>, d'infractions de marchandage ou de délit de prêt illicite de main d'œuvre dans la sous-traitance fictive qui se caractérise par la dissimulation de fourniture de main d'œuvre. Il en est ainsi lorsque le sous-traitant n'a aucun savoir-faire distinct de celui de la société principale<sup>60</sup>, que les salariés sont placés en fait sous l'autorité de l'encadrement de la société utilisatrice ou que le prix est fixé en fonction du seul coût de la main d'œuvre<sup>61</sup>.

Trois critères caractérisent le délit de marchandage. D'abord, il y a un transfert du lien de subordination, ce qui implique que le salarié travaille sous l'autorité de l'entreprise cliente. Ensuite, il y a un but lucratif de l'opération, c'est-à-dire que l'entreprise sous-traitante tire profit de l'opération. Et enfin, il y a une violation des droits du salarié qui se trouve inégalement traité comparativement aux salariés de l'entreprise cliente<sup>62</sup>. Toutefois, « la jurisprudence tolère le prêt de main d'œuvre entre entreprises si la société utilisatrice, cliente de la société fournissant le salarié pour la prestation de services, rembourse à cette dernière tous les salaires et charges sociales dudit salarié concernant sa mission au sein de l'entreprise »<sup>63</sup>. Quant au prêt illicite de

<sup>58</sup> Ch. EVERAERE, « La mise à disposition des salariés sous-traitants chez les donneurs d'ordres : une source de malaise professionnel ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014/4 N° 103, p. 113-140.

<sup>59</sup> Le législateur burkinabè n'a pas prévu les infractions de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre. L'absence de telles infractions rend en partie difficile l'encadrement de la sous-traitance dans les SPS.

<sup>60</sup> Cass. crim., 3 nov.1999, 26 sept.1995, *Bull. crim.* n°287; Dr.ouvr.1997, p.191; RJS 1995, n° 1271.

<sup>61</sup> Cass. crim., 26 mai 1988, *Bull. crim.* n° 228.

<sup>62</sup> Cass. crim., 20 oct. 1992, n° 91-86.635.

<sup>63</sup> Cass. Soc., 7 déc. 2016, n°15-17873 ; Cass. Soc., 18 mai 2011, n°09-69.175

main d'œuvre, il s'apparente au délit de marchandage, mais en est distinct. Le prêt illicite de main d'œuvre consiste en « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif la mise à disposition de salariés, hors du cadre légal du travail temporaire »<sup>64</sup>. Dans ce dernier cas, la notion de but lucratif doit être comprise dans un sens large selon une jurisprudence constante, car il peut s'agir d'un « bénéfice pécuniaire ou d'économie sur l'embauche des salariés »<sup>65</sup>. En d'autres termes, l'infraction de prêt de main d'œuvre illicite est constituée lorsque la mise à disposition de personnel est exclusive de toute autre prestation, au regard des prestations du prêteur.

Le législateur burkinabè n'a pas prévu les infractions de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre. L'absence de telles infractions rend en partie difficile l'encadrement de la sous-traitance dans les SPS et la répression de certaines pratiques répréhensibles. Toutefois, il convient de relever que si théoriquement les sanctions civiles et les sanctions punitives sont prévues par le législateur, la mise en œuvre de la responsabilité des parties dans la sous-traitance des services de sécurité privée civile demeure en pratique ineffective au Burkina Faso au regard de l'opacité des rapports entre les parties contractantes, de la vulnérabilité des agents qui par crainte de perdre le seul emploi qui se présente à eux sombrent dans un silence qui empêche toute possibilité de poursuite et de sanction. L'omerta règne et pèse lourdement dans les rapports de sous-traitance dans les SPS au Burkina Faso. Il va sans dire que, pour une protection efficiente des agents et des bénéficiaires des prestations, que le législateur rompt cette omerta par le renforcement de l'arsenal juridique du recours à la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile.

<sup>64</sup> Article L. 8241-1 du code du travail français.

<sup>65</sup> Cass. crim., 23 mars 1993, n°98-82.934.

<sup>66</sup> C. PERRAUDIN, H. PETIT, N. THEVENOT, B. TINEL, J. VALENTIN, « Les rapports de force au cœur des relations de sous-

## **B. Le renforcement de l'arsenal juridique du recours à la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile au Burkina Faso**

La sous-traitance de manière générale et la sous-traitance en sécurité privée très particulièrement, ne font pas l'objet au Burkina Faso d'un encadrement juridique spécifique qui pourrait permettre d'éviter les abus et garantir la qualité des services. Les seules dispositions générales du Code civil se révèlent très insuffisantes (1). D'où, la nécessité, pour une protection optimale de toutes les parties impliquées, favoriser une plus grande compétitivité et garantir un meilleur équilibre dans les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants, d'encadrer en plus des dispositions de droit commun, la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile par des dispositions particulières (2).

### **1. Les limites du recours à la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile**

Le secteur des services de sécurité privée civile renferme au Burkina Faso un grand nombre d'activités qui, depuis quelques décennies, est investi par la pratique de la sous-traitance. Cette pratique, au regard de son essor, de son importance pour les PME, constitue, certes, aujourd'hui, un levier important de l'économie burkinabè. Mais un levier fragile et grippé, eu égard à son encadrement juridique lacunaire dans un secteur aussi délicat que celui des services de sécurité. Et plutôt que de porter à son meilleur la contribution de sécurité privée à la prévention du crime et à la sécurité de la collectivité, la sous-traitance, nonobstant son importance économique dans son régime juridique actuel au Burkina Faso, n'offre pas une garantie suffisante pour la protection des personnes et de leurs biens<sup>66</sup>. Malgré l'existence d'un cadre légal général visant à les encadrer, les

traitance : conséquences sur les relations de travail », 2014, halshs-01149601 consulté le 20 octobre 2024.

pratiques abusives perdurent dans les relations de sous-traitance dans les services de sécurité privée civile. Plusieurs facteurs expliquent ces abus ; au premier rang, l'insuffisance et l'inadaptation de l'arsenal juridique et institutionnel. Un nombre encore trop important de sociétés ne respectent pas le dispositif légal.

De nombreux problèmes handicapent le développement de ce secteur de la sous-traitance et soulèvent des préoccupations importantes, notamment en matière de droit du travail<sup>67</sup>, de sécurité sociale, de suretés<sup>68</sup>, de responsabilité, de vie privée. Elle s'apparente dans les services de sécurité privée civile au Burkina Faso à une sous-traitance opaque ou de façade, laquelle n'a aucune utilité publique, car elle sert de paravent pour un contrôle par le politique ou l'administratif. En d'autres termes, elle est une volonté de faire échapper le sous-traité à la loi du contrat dominant. Très souvent conclue sans contrat établi par écrit de manière claire et précise, la sous-traitance en matière de services de sécurité privée civile n'est pas sans risque pour le donneur d'ordre ou le sous-traitant de fait. En effet, en cas de litige sur la réalisation des tâches confiées ou sur le prix, l'absence de contrat de sous-traitance rend très difficile la preuve des obligations de chacun. Il sera alors quasiment impossible de justifier que l'un ou l'autre n'a pas respecté ses engagements, et donc d'obtenir une réparation. Aussi, convient-il de souligner que même s'il est clairement stipulé dans les causes du contrat qu'il s'agit d'une sous-traitance, cela ne suffit pas. L'appréciation de la nature de la relation<sup>69</sup> se faisant sur la base du « principe de réalité », peut permettre de détecter des contrats de travail déguisés en sous-traitance. Aussi, l'absence par exemple d'une obligation du donneur d'ordre d'exiger certaines informations administratives du sous-traitant le fait courir un risque de devoir solidairement

payer ses impôts, taxes et cotisations ainsi que d'être sanctionné pénalement.

Dans le silence des textes, on peut légitimement se poser la question de savoir si certaines dispositions du décret n° 2021- du 20 novembre 2021 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso sont applicables à la sous-traitance. Cette disposition ne régit que les sociétés privées de sécurité et ne fait aucune mention de la sous-traitance dans ce domaine. Ce silence permet à nombre de sociétés privées de sécurité de se soustraire par le biais de la sous-traitance aux dispositions qui les régissent. Et l'opacité de cette pratique dans les prestations de services de sécurité ne permet pas un contrôle efficient de l'application des articles 18 à 29 du décret n° 2021 du 20 novembre 2021 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso. Ainsi, par exemple, l'article 25 prescrit que « le dirigeant, le gérant ou l'employé de société privée de sécurité traite le travailleur avec dignité et s'interdit de toutes formes de violences physiques ou morales, tout abus, notamment les retenues financières illégales ». Or, dans la pratique, ces retenues financières sont monnaie courante dans la sous-traitance, ne donnant parfois lieu à aucune sanction. Il y a tout lieu de penser que l'application de la sous-traitance cessera d'être nébuleuse lorsque le législateur décidera d'adopter un véritable statut particulier visant à définir et à régir toute opération de sous-traitance et mieux encadrer cette pratique dans les activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso.

## **2. Vers un régime particulier de la sous-traitance dans les services de sécurité privée civile au Burkina Faso**

<sup>67</sup> On peut lire avec intérêt C. ROUXEL, Conditions de travail et précarité de l'emploi, premières synthèses, Dares, 2009.

<sup>68</sup> Voir : M. PONNET, « Les relations de sous-traitance et leurs effets sur la sûreté et la sécurité dans deux entreprises : SNCF et GRDF », rapport de thèse, Laboratoire CENS, 2011.

<sup>69</sup> Voir aussi A. SOBCZAK, B. RORIVE-FEYTMANS, CH. HAVARD, « Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La

RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appel », *Travail et Emploi*, (2008), n° 114. On peut lire aussi C. PERRAUDIN, H. PETIT, N. THEVENOT, B. TINEL, J. VALENTIN, « Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques », *Document de travail du Centre d'Études de l'Emploi*, n° 117, mars 2000.

Selon Christophe Aubertin, la sous-traitance, « par elle-même, n'est ni bonne, ni mauvaise. Elle est utile ou nocive selon l'usage qui en est fait. Il peut sembler excessif de l'interdire dans la mesure où il paraît suffisant de la limiter »<sup>70</sup>. Mais jusqu'où, pour reprendre Christophe Everaere « la recherche de flexibilité poussera-t-elle les entreprises ? »<sup>71</sup>. Certes, l'aptitude de sous-traiter repose sur la liberté contractuelle et la liberté d'entreprise. Toutefois, les nombreux abus que cette pratique engendre aujourd'hui dans le secteur d'activité des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso appellent un renforcement, voire une reconstruction de son cadre juridique et institutionnel.

Sur le plan juridique le législateur pourrait envisager des mécanismes assurant une transparence protectrice dans les rapports entre le sous-traitant et la société principale en répercutant par exemple sur le sous-traitant, tout ou partie des obligations (et éventuellement des droits) de la société principale vis-à-vis du donneur d'ordre. Et il faut entendre par une sous-traitance transparente celle dans laquelle « le sous-contrat se réfère expressément au marché principal pour en transférer les dispositions ou encore [...] lorsqu'il y a une applicabilité totale ou partielle, à la sous-entreprise des conditions du marché principal »<sup>72</sup>. En d'autres termes, le mécanisme de la transparence induit une exception au principe de la relativité des conventions prescrit à l'article 1165 du Code civil et à la confidentialité du contrat. Cette transparence permettra par exemple non pas de transposer, d'appliquer intégralement les dispositions du décret n° 2021

du 20 novembre 2021 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso au sous-traitant, mais certaines d'entre elles afin de protéger le personnel qu'il a engagé d'éventuelles violations de leurs droits et d'assurer aussi et surtout au donneur d'ordre une prestation de sécurité saine et efficace. La transparence a pour effet d'atténuer le principe de l'autonomie de ces deux contrats et contribue à ajuster les droits et obligations des divers intervenants à l'opération et à mieux situer les responsabilités en cas de manquement<sup>73</sup>. Toutefois, cette « transparence ne se présume pas. Elle doit être spécialement prévue par une clause expresse à défaut de laquelle le principe de l'autonomie du contrat principal par rapport au sous-traité demeure intact »<sup>74</sup>. Si ce mécanisme permet d'avoir une certaine sécurité juridique, elle ne saurait à elle seule assurer une prestation sécurisée dans les rapports entre le sous-traitant et la société principale. Dès lors, face aux éventuels risques de sous-traitance totale, de défaillance de la société principale, de « sous-traitance en cascade »<sup>75</sup>, de détérioration de la qualité des prestations de sécurité, d'application de prix anormalement bas, une restriction à la liberté de sous-traiter<sup>76</sup>, comme c'est le cas dans la législation française, pourrait être envisagée et l'assortir de sanctions pénales. Aussi, pourrait-on inclure l'obligation d'une clause de transparence dans le contrat principal visant à lutter contre la sous-traitance occulte et à prévenir les conflits qui pourraient naître entre la société principale et son sous-traitant. Il conviendrait aussi, pour limiter ces abus, que le législateur restreigne, à l'instar du législateur français<sup>77</sup>, la

<sup>70</sup> Ch. AUBERTIN, « L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée », *Revue Lexsociété*, 2022, 10.61953/lex.3108. hal-03628189.

<sup>71</sup> Ch. EVERAERE, « La mise à disposition des salariés sous-traitants chez les donneurs d'ordres : une source de malaise professionnel ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014/4 N° 103, p. 113-140.

<sup>72</sup> R. NIMROD, Y. TAFOTIE, « L'encadrement contractuel des investissements », <https://wikimemoires.net/2012/05/encadrement-contractuel-des-investissements-grands-projets/> consulté le 1 décembre 2024.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> R. NIMROD, Y. TAFOTIE, « L'encadrement contractuel des investissements », <https://wikimemoires.net/2012/05/encadrement-contractuel-des-investissements-grands-projets/> consulté le 1 décembre 2024.

contractuel-des-investissements-grands-projets/ consulté le 1 décembre 2024.

<sup>75</sup> « La sous-traitance « en cascade » : c'est le cas des agences de sous-traitance ou de recrutement. Dans la filière automobile, cela désigne le fait qu'un sous-traitant dit de « niveau 1 » (ou de niveau 2) devient lui-même donneur d'ordre pour un sous-traitant de « niveau 2 » (ou de niveau 3) ». Voir aussi J.-C. SIGOT, J. VERO, « Sous-traitance en chaîne : le maillon faible de la formation en entreprise », *L'entreprise rend-elle compétente ?* p. 77-87.

<sup>76</sup> Ch. AUBERTIN, L'encadrement de la sous-traitance des prestations de sécurité privée, *op. cit.*

<sup>77</sup> La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance.



part de sous-traitance dans les prestations de service de sécurité privée. Par exemple, le législateur français, pour éviter la sous-traitance en cascade, n'autorise que deux niveaux de sous-traitance<sup>78</sup>.

Ces dispositions juridiques pourraient être accompagnées d'un cadre institutionnel. Autrement dit, il appartient à la puissance publique de contrôler la sous-traitance dans le secteur de la sécurité privée afin de garantir la qualité des prestations qui concourent à la sécurité globale. Ce cadre institutionnel est essentiel pour assurer le respect des normes et la protection des intérêts de toutes les parties impliquées. La validité d'une sous-traitance en matière de sécurité privée pourrait donc être soumise à un organe de régulation comme le Service du Suivi et du Contrôle des Sociétés Privées de Sécurité (SSCSPS) prévu par décret N° 2021-1243 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso. Il s'agira, pour cet organe, de mettre en place des mécanismes appropriés pour accueillir les plaintes de toute personne à l'encontre d'une société de sécurité privée civile ou d'un membre de son personnel et de mener les enquêtes s'y rapportant.

Aussi, pourrait-on éventuellement appliquer aux sous-traitants toutes les conditions administratives que doit remplir une société privée de sécurité privée aux articles 7 à 17 du décret n° 2021 du 20 novembre 2021 portant réglementation des activités des sociétés privées de sécurité au Burkina Faso. Cela paraît d'autant plus logique que la société principale et la société sous-traitante, étant toutes deux des SPS, sont en théorie soumises au décret n° 2021 du 20 novembre 2021. Il reviendra donc, d'abord, à la société principale, ensuite au donneur d'ordre, en vertu de son devoir de vigilance et, enfin, à l'organe de contrôle de s'assurer de la régularité de l'agrément du sous-traitant. Toutes ces restrictions imposées à l'exercice de ces libertés

seront donc soumises aux principes généraux de nécessité et de proportionnalité. En d'autres termes, elles doivent être justifiées par un objectif d'intérêt général et constituer l'unique moyen de l'atteindre.

## Conclusion

Au terme de cette étude et malgré un sentiment d'inachevé, notre démarche se voulait une analyse du cadre juridique et institutionnel de la sous-traitance en matière de service de sécurité privée dans un contexte d'insécurité au Burkina Faso et une mise en évidence de l'inadaptation d'une législation à une réalité fort complexe. Certes, l'apport des SPS à la sécurité collective et à la lutte contre la criminalité<sup>79</sup> est incontestable. Elles (les SPS) permettent fort heureusement de compenser l'effectif des forces de défense et de sécurité en ces temps d'insécurité larvée, soulagent les forces de défense nationale afin qu'elles se focalisent davantage sur des missions délicates qui exigent plus de professionnalisme. Aussi, sont-elles parfois des collaborateurs incontournables et privilégiés des forces de défense et de sécurité (FDS) nationales dans la lutte contre la criminalité par leur proximité avec les citoyens. Ainsi, sont-elles de véritables vecteurs d'informations et de renseignements pour les FDS. Elles contribuent très fortement à la réduction du chômage et par ricochet participent à la lutte contre la délinquance, car le chômage constitue parfois une situation criminogène. Il ne fait donc aucun doute que la sous-traitance dans ce secteur est devenue un élément important de l'économie burkinabè.

Toutefois, il n'en demeure pas moins un facteur qui handicape<sup>80</sup>, brouille le secteur de l'emploi et soulève des préoccupations importantes. La dimension économique de cette activité semble désormais être privilégiée au détriment de la protection des personnes et de leurs biens. Les

<sup>78</sup> Sur le fondement de la liberté contractuelle et d'entreprise, la sous-traitance multiple ne devait en principe pas poser de problème. Toutefois, elle favorise une dilution des responsabilités et nécessite une vigilance accrue. D'où sa restriction.

<sup>79</sup> M. CUSSON, « La sécurité privée : le phénomène, la controverse, l'avenir », *Criminologie*, 31(2), 1998, p. 31-46.

<sup>80</sup> Voir E. ALGAVA et S. AMIRA, « Sous-traitance : des conditions de travail plus difficiles chez les preneurs d'ordres », *DARES analyse*, n° 11, 2011.

opérateurs économiques y trouvent un secteur lucratif d'investissements<sup>81</sup>. Or, un secteur d'activité aussi important dans la prévention du crime que dans sa répression ne saurait à notre sens faire l'objet d'une libre convention des parties sans un encadrement législatif particulier, d'autant plus que la sécurité avant tout dans un État, ressortit en premier lieu de la compétence de la puissance publique. Ce secteur d'activité qui paraît de plus en plus échapper au droit reste assez controversé comme le souligne si bien Maurice Cousson lorsqu'il laisse entendre que : « L'idée que le marché puisse s'immiscer dans ce qui est considéré comme une juridiction exclusive de l'État paraît détestable à plusieurs. Et l'irruption de la logique du profit dans une activité traditionnellement justifiée par le bien commun est mal vue. Les griefs visant ceux que d'aucuns appellent vigiles ne sont pas mineurs : menaces aux droits et libertés, service d'intérêts particuliers au détriment des intérêts collectifs, pratiques d'une légalité douteuse »<sup>82</sup>.

Les outils législatifs et institutionnels existants sont globalement insuffisants. Bien que répandue, la sous-traitance en sécurité privée souffre au Burkina Faso d'un encadrement juridique spécifique qui aurait pu limiter les abus et garantir la qualité des services. L'efficacité du dispositif actuel doit être renforcée. La transparence, la limitation des niveaux de sous-traitance et la vérification rigoureuse des sous-traitants sont essentiels pour assurer le respect des normes et la Protection des intérêts de toutes les parties impliquées. D'où l'exigence de restrictions sous réserve du respect des sacro-saints principes généraux de nécessité et de proportionnalité. Il y a tout lieu de penser que son existence cessera d'être tumultueuse lorsque le législateur décidera d'instaurer un véritable statut général de la sous-traitance, avec un socle de quelques règles communes visant à définir et à régir toute opération de sous-traitance.

---

<sup>81</sup> M. CUSSON, « La sécurité privée : le phénomène, la controverse, l'avenir », *Criminologie*, 31(2), 1998, p. 35-37. <sup>82</sup> *Id.*, p. 37.

## LA SUMMA DIVISIO DES DROITS PATRIMONIAUX ET DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX ÉTUDE CRITIQUE

**Abdou Soumaïla SOUNON TAMOU**  
Maître-assistant à l'université de Parakou (Bénin)

### Résumé

Pendant longtemps, la summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux a paru très simple et loin de susciter de débats. C'était sans compter avec le fait que le monde change très vite et que ce qui était patrimonial pouvait, d'un moment à un autre, basculer dans le domaine de l'extrapatrimonial et vice-versa. Effectivement, le doute sur l'exactitude de la distinction est né, de sorte que l'on trouve qu'une étude critique sur la summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux est devenue nécessaire. En effet, les deux critères qui sous-tendaient cette distinction, à savoir, la pécuniarité et la cessibilité, ont tous été jugés insuffisants, notamment par une grande partie de la doctrine. Certains n'hésitent même plus à souhaiter que les frontières entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux soient redéfinies. C'est pourquoi, cette la réflexion qui se veut bien critique, pose la question fondamentale de savoir si la summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux peut encore être considérée comme la summa divisio des droits subjectifs. L'opinion dominante relève un recul de cette grande division des droits subjectifs. Ce n'est cependant pas pour autant qu'il faille l'abandonner. Ce qu'il sera utile de faire, c'est de procéder à une redéfinition des critères de la distinction. L'on préconise le maintien de la distinction classique avec le constat qui appelle nécessairement des réglages, tantôt de la patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux, tantôt de l'extrapatrimonialisation des droits patrimoniaux.

### Introduction

Tout ce qui n'est pas personne est chose. Cette grande division des personnes et des choses, distinction reconnue fondamentale<sup>1</sup> et entretenue par le Code civil français de 1804<sup>2</sup>, mais aussi par celui de plusieurs États africains partageant la tradition juridique française et auxquels ce Code civil a été rendu applicable, paraît révéler l'étanchéité

de la cloison qui sépare le sujet de l'objet de droit<sup>3</sup>. Pourtant, les évolutions sociales, les progrès technologiques et scientifiques relativement récents sont venus ébranler les représentations, au point de créer un doute sur la pertinence de la distinction classique et, par ailleurs, de justifier une *étude critique sur la summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extra-patrimoniaux*. En effet, la théorie du patrimoine de Zachariae, telle qu'elle a été traduite et modifiée par Aubry et Rau<sup>4</sup>, envisageait dans une première approche le

<sup>1</sup> M. G. PARDO, *La summa divisio des choses et des personnes : séparation, distinction, conjonction*, thèse, Toulouse I, 2020.

<sup>2</sup> On trouve une manifestation de la distinction au sein du Code civil dont le livre premier est consacré aux personnes et le livre II aux biens (et aux différentes manières dont on acquiert la propriété).

<sup>3</sup> G. DELAVAQUERIE, « Fiche 1. Introduction La distinction entre les personnes et les biens », in G. DELAVAQUERIE (dir.), *Les indispensables du droit des personnes*, Ellipses, « Plein Droit », 2017.

<sup>4</sup> Certains ont ainsi pu écrire que l'identification de la dette comme élément du patrimoine serait non seulement erronée, mais surtout infondée, puisque Zachariae, qui a inspiré la théorie, n'a jamais lui-même affirmé que les dettes intégraient le patrimoine. Voir en ce sens, M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 2004 ; A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », RTD Civ., n° 04, 1994 : « répétons-le, sauf à adopter une perspective comptable, les dettes ne grèvent jamais en principe directement les biens du débiteur. Son patrimoine n'est rien d'autre que

patrimoine comme l'ensemble des biens de la personne, y compris ce que les auteurs appelaient alors les « droits de puissance » et les « biens innés »<sup>5</sup> qui sont notamment devenus les droits extrapatrimoniaux<sup>6</sup>. Mais, en étaient immédiatement exclus, de manière dogmatique, ces droits et biens<sup>7</sup>, le patrimoine devant être assimilé à quelque chose de pécuniaire<sup>8</sup>. On note déjà, à ce stade, une hésitation de nature à soulever la controverse. Cela n'a pas empêché de retenir que les droits extrapatrimoniaux sont les droits qui n'ont aucun contenu pécuniaire et qui ne représentent, pour leur titulaire, aucun élément de richesse matérielle<sup>9</sup>. Les droits extrapatrimoniaux ne font donc pas partie du patrimoine. Ils concernent, entre autres, les droits de famille, les droits découlant de la filiation, les droits des parents attachés à l'autorité parentale, le droit au respect de la vie privée, l'action civile exercée devant les juridictions pénales ou encore le droit moral de l'auteur sur son œuvre. Ces différents « droits de la personnalité »<sup>10</sup> ne relèvent donc pas « du monde des biens », dans un sens là aussi pécuniaire. Les droits de la personnalité protègent directement la personne

dans ses aspects physiques et moraux<sup>11</sup>. Ils sont apparus au début du XXe siècle, d'abord en droit américain (right of privacy)<sup>12</sup> avant de prendre corps en droit français avec les travaux d'Henri Perreau<sup>13</sup>. Certains droits africains ont, à de divers degrés, consacré formellement des dispositions sur les droits de la personnalité<sup>14</sup>. Il s'agit plus précisément des droits béninois<sup>15</sup>, centrafricain<sup>16</sup>, congolais<sup>17</sup>, gabonais<sup>18</sup>, malien<sup>19</sup>. Ces droits, contrairement aux droits patrimoniaux pour lesquels le principe d'égalité civile demeure abstrait (chacun n'ayant pas la jouissance effective des mêmes biens), octroieraient à tout individu quelle que soit sa condition, sa fortune, les mêmes avantages, la même protection, les mêmes actions<sup>20</sup>. Mais, comme pour les droits patrimoniaux, les droits extrapatrimoniaux ne confèrent aucune véritable égalité et sont, de la même manière, fonction de la condition et de la fortune des titulaires. Ces droits sont théoriquement dans le patrimoine de chaque individu, de la même manière que chaque individu peut théoriquement acquérir n'importe quel bien.

---

ce qu'il possède légitimement et qui pourra ainsi lui servir à acquitter ce qu'il doit personnellement. » ; FR. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.*, n°139, 2011 : « Incohérente au regard du droit de gage général, l'introduction du passif dans le patrimoine est donc totalement inutile au regard du droit des successions. » ; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, 1<sup>re</sup> éd., LGDJ, 2003 : l'auteur regrette « l'insertion de la dette dans le patrimoine » car « par le parallélisme établi entre l'actif et le passif, la doctrine tend implicitement à les mettre sur le même plan, laissant croire que la dette est un bien ».

<sup>5</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>ème</sup> éd., t. VI, 1873.

<sup>6</sup> R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939.

<sup>7</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, *op. cit.* : « Tout en considérant comme des parties intégrantes du patrimoine les actions auxquelles peuvent donner ouverture les lésions causées à de pareils biens, notre Droit n'y comprend cependant pas ces biens eux-mêmes, tant qu'ils n'ont pas éprouvé quelques lésions. ».

<sup>8</sup> V. DAUDET, *Les droits et actions attachés à la personne*, thèse, Montpellier I, p. 329.

<sup>9</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.*, n° 04, 1982.

<sup>10</sup> Qui sont pour de nombreux auteurs les droits extrapatrimoniaux dans leur nouvelle dénomination. Un débat doctrinal porte en effet sur les

rapports qui existent entre droits extrapatrimoniaux et droits de la personnalité ; les droits de la personnalité sont-ils des droits extrapatrimoniaux, sont-ils les droits extrapatrimoniaux ? Pour une identité entre les deux notions : A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, Dijon, 1960 ; R. NERSON, *op. cit.*, n° 3, p. 4. Pour une différenciation posée entre les droits de la personnalité comme le droit au respect de la vie privée et d'autres droits extrapatrimoniaux comme les droits de famille, V. F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, p. 707. V. égal. J.-M. BRUGUIERE, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... », *D.*, n° 01, 2011.

<sup>11</sup> J. RAVANAS, « La défense des attributs de la personnalité d'un débiteur en liquidation judiciaire », *D.*, n° 6, 2001.

<sup>12</sup> C'est le droit de la tranquillité. Cf. D. WARREN et L. D. BRANDEIS, « The right to privacy », *Havard Law Review*, n° 05, 1890.

<sup>13</sup> E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1999.

<sup>14</sup> T. ATANGANA-MALONGUE, *Droits africains des personnes : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Mali, Sénégal et Togo*, 1<sup>re</sup> éd., Bruylant, 2022.

<sup>15</sup> Art. 2 CPF.

<sup>16</sup> Art. 50 à 63 CF.

<sup>17</sup> Art. 5 à 21 CF.

<sup>18</sup> Art. 79 à 92 C. civ.

<sup>19</sup> Art. 1<sup>er</sup> à 26 CPF.

<sup>20</sup> T. ATANGANA-MALONGUE, *ibid.*, n° 6, p. 1169.

Ainsi appréhendée, la *summa divisio*<sup>21</sup> des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux paraissait très simple et loin de susciter de débats. C'était sans compter avec le fait que le monde change très vite et que ce qui était patrimonial pouvait basculer dans le domaine de l'extrapatrimonial et vice-versa. C'est justement ce à quoi l'on assiste et le phénomène paraît très avancé. Deux éléments sont à relever. Premièrement, les critères de distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux ont fait l'objet de critiques doctrinales. Les deux critères, à savoir la pécuniarité et la cessibilité, ont tous été jugés insuffisants. Sur la pécuniarité, on sait que c'est en recherchant la définition des choses ou des biens qui sortent du patrimoine que les auteurs ont tenté de trouver un critère à la patrimonialité<sup>22</sup>. Les premiers auteurs du patrimoine ont retenu la pécuniarité<sup>23</sup>. Ce caractère désormais classique de pécuniarité du bien patrimonial a survécu pendant longtemps sans être vraiment remis en cause. La longévité de la théorie d'Aubry et Rau s'explique d'ailleurs par son caractère étrangement contemporain<sup>24</sup>. En effet, rallier le patrimonial au pécuniaire permet d'exclure de l'universalité les biens ne pouvant faire l'objet d'une

évaluation monétaire. Doivent ainsi être considérés comme extrapatrimoniaux les biens hors commerce, car quoique recevant une valeur, celle-ci n'est pas admise en droit. Sont également exclues du patrimoine les choses qui, malgré leur intégration dans le commerce juridique, ne peuvent faire l'objet que d'actes gratuits. Convaincant à bien des égards, le critère semble pourtant insuffisant aujourd'hui. La division du patrimonial et de l'extrapatrimonial ne peut désormais plus reposer sur l'existence de la seule valeur pécuniaire. En effet, certains éléments du commerce juridique, pouvant d'ailleurs faire l'objet d'une cession à titre onéreux et transmissible à cause de mort, tels que l'image ou la voix, paraissent toutefois devoir être exclus du patrimoine, car ils sont rattachés à la personne. Désormais, seuls certains objets de propriété sont patrimoniaux. Le refus qu'a pu provoquer, au début du XX<sup>e</sup> siècle, la perspective d'une insertion de la personnalité parmi les objets de propriété se comprend donc si l'on observe qu'il a eu lieu en un temps où les biens étaient essentiellement, sinon exclusivement envisagés comme des entités patrimoniales<sup>25</sup>. Quant au critère de la cessibilité, les auteurs les plus récents ont proposé la cessibilité comme critère de la patrimonialité<sup>26</sup>. Selon eux, le bien n'intègre le

<sup>21</sup> Une « *summa divisio* » vise à catégoriser différentes notions à un degré au-dessus duquel n'existerait plus aucune autre classification. Elle classe, mais englobe également tous les éléments de l'ensemble ainsi ordonné. La vocation d'une *summa divisio* consiste à trier, regrouper et, parfois, hiérarchiser les divers éléments d'un ensemble, afin d'appliquer à chacun un régime propre. Voir T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, Thèse, Paris Est, 2016.

<sup>22</sup> P. BOUATHONG, *Les universalités de droit : essai d'une théorie générale*, thèse, Paris I, 2020.

<sup>23</sup> AUBRY et RAU proposent de confondre bien et valeur. Le patrimoine transforme le bien en valeur, il le remplace. Il y a alors cette idée selon laquelle le bien se réduit à la valeur. Les critères d'utilité et d'extériorité disparaissent alors au profit d'un critère unique : la valeur pécuniaire. Le patrimoine devrait comprendre toutes les choses ayant une telle valeur. La distinction entre l'inné et l'extérieur disparaît alors et il n'y a plus lieu de prendre en compte les « biens innés », c'est-à-dire les choses qui sont à la fois extérieures et innées. V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, op. cit.* Le critère d'extériorité existait chez leur inspirateur et d'ailleurs repris dans la première édition des auteurs strasbourgeois : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., Lagier, 1839 ; et celui de l'utilité était présent dans les éditions

ultérieures de leur ouvrage : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, éd. Cosse 1843 et 1857, t. II, §168.

<sup>24</sup> FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2003. ; A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2014 ; J. DUBARRY & J.W. FLUMES, « Patrimoine + publicité = responsabilité limitée », *RLDC*, 2011.

<sup>25</sup> TH. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.* 2007. Dans le même sens et du même auteur : *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992. ; v. également A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> Patrimoine, n<sup>o</sup> 20 : « on voit ainsi que ce n'est pas parce qu'un élément du corps ou le corps tout entier fait l'objet de transactions mercantiles que pour autant il devient un bien patrimonial. » ; R. LIBCHABER, *Répert. Civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> Bien, n<sup>o</sup> 79 et s. ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF 2013 ; J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits patrimoniaux de la personnalité », *RTD Com.*, n<sup>o</sup> 01, 2012 ; J. M. BRUGUIÈRE, « Droits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD Civ.*, n<sup>o</sup> 01, 2016.

<sup>26</sup> J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ, 2012 ; N. JULLIAN, *Les cessions de patrimoine*, thèse, Rennes I, 2016. D'autres auteurs retiennent la même idée, quoiqu'ils parlent d'accessibilité à l'échange : A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe

patrimoine que s'il peut être cédé par son propriétaire<sup>27</sup>. Innovante, cette thèse se distingue de celle de la pécuniarité en ce qu'elle permet d'intégrer dans le patrimoine tous les objets pouvant, ne serait-ce que potentiellement, circuler juridiquement à titre gratuit ou onéreux. En d'autres termes, ce dernier critère est bien plus satisfaisant puisqu'il permet d'expliquer la circulation de biens qui, autrefois, répugnaient à l'échange ou aux dons. On peut déjà se demander s'il faut considérer l'image, le nom ou la voix d'une personne comme des droits patrimoniaux. Il en est ainsi également des cellules, du sang, des cheveux<sup>28</sup>. Au regard de la fonction du patrimoine, une réponse négative s'impose, car aucun de ces éléments ne peut servir à la garantie du créancier qui souhaite obtenir paiement<sup>29</sup>. Par ailleurs, dans l'optique d'une multiplication des patrimoines, envisager la patrimonialité sous l'angle de l'accessibilité à l'échange est peu convaincant, parce que, l'idée d'une pluralité de patrimoine a pour conséquence première la division du gage des créanciers et, partant, la création de plusieurs catégories de créanciers. Or, il est difficilement concevable de dire que des biens sont accessibles à l'échange pour certains, mais pas pour d'autres.

Secondement, et c'est la conséquence des critiques précédentes, ce sont les nuances de la patrimonialité qui sont devenues incertaines. L'apparition de nouveaux biens ou l'admission de la commercialisation de choses autrefois considérées comme des éléments de la personne inviteraient alors à redéfinir les frontières du patrimonial. C'est ce que vise la réflexion qui se veut bien critique. Il faut pouvoir trouver les moyens de limiter la confusion grandissante dans cette distinction qui n'est pas totalement dénuée d'intérêt.

---

avoir », *RTD Civ.*, n° 2, 1994 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, n° 03, 1997.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Muriel FABRE-MAGNAN exclut ces biens du patrimoine en considérant que cette « accessibilité à l'échange » doit être non seulement matérielle, mais également juridique. En d'autres termes, le droit objectif doit admettre leur entrée dans le commerce juridique pour que naisse un lien de propriété d'une part, une appartenance patrimoniale d'autre part : M. FABRE-MAGNAN, art. préc.

<sup>29</sup> En ce sens, W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.*, n°30, 2012.

En effet, du maintien ou de l'extinction de la distinction dépend la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Si avec les mutations en cours, on en arrive à parler d'un droit de la personne sur son propre corps<sup>30</sup>, on doit aussi commencer par se demander ce qui reste de la dignité de la personne humaine. Or, le corps humain est ordinairement montré comme étant un aspect de la personne juridique et le principe de dignité comme le mécanisme qui permet à la fois la protection de l'intégrité physique de la personne et la limitation des droits de cette dernière sur son propre corps<sup>31</sup>. La question fondamentale qu'il est urgent de poser est alors de savoir si la *summa divisio* des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux peut encore être considérée comme la *summa divisio* des droits subjectifs.

L'avenir de la *summa division* des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux fait débat aujourd'hui plus qu'hier. En témoignent les études critiques qui y sont consacrées en doctrine<sup>32</sup>. L'opinion dominante relève un recul de cette grande division des droits subjectifs. Certains, sur le fondement des droits et actions attachés à la personne, prônent une réorganisation de l'ensemble des droits subjectifs. Englobant, en effet, les droits extrapatrimoniaux qu'ils réunissent au sein du patrimoine, les droits et actions attachés à la personne apparaîtraient à l'origine comme des droits patrimoniaux non attachés à la personne<sup>33</sup>. Les contours du patrimoine ont fait l'objet de nombreux débats et certaines questions demeurent aujourd'hui sans réponse concernant les biens et les dettes qui y sont inclus. Certains estiment alors qu'il est de nouveau plus propice de se servir du patrimoine comme modèle de l'universalité de droit<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, 2023.

<sup>31</sup> S. ETOA, « Corps humain et liberté », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 15, 2017.

<sup>32</sup> Voir notamment les impressionnants travaux de F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.*, n° 04, 1982 ; T. LAKSSIMI, *op. cit.*

<sup>33</sup> V. DAUDET, *Les droits et actions attachés à la personne*, th. Université Montpellier I, 457 p.

<sup>34</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, 580 p.

Puis, c'est une nouvelle classification des droits subjectifs que suggèrent d'autres auteurs<sup>35</sup>.

Au demeurant, il y a une forte imbrication des critères de distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux. Est-ce cependant pour autant qu'il faille l'abandonner ? Cette question est posée dans la mesure où la division joue toujours un rôle important dans le maintien des frontières entre ces deux catégories de droits. Une option devient impérative, face à cette incertitude constatée de la *summa division*. Elle consiste soit en une redéfinition des critères de la distinction, soit en l'abandon de celle-ci au profit d'une autre. En d'autres termes, il faudra choisir parmi la diversité des options qui sont suggérées.

En dépit des propositions intéressantes faites dans le sens de l'adoption d'une nouvelle *summa divisio*, l'on préconise plutôt le maintien de la distinction classique avec le constat qui appelle nécessairement des réglages, tantôt de la patrimonialisation croissante des droits extrapatrimoniaux (I), tantôt de l'extrapatrimonialisation qui elle semble encore mesurée des droits patrimoniaux (II).

### I. La patrimonialisation croissante des droits extrapatrimoniaux

La légitimité de la catégorie des droits extrapatrimoniaux est remise en cause, davantage aujourd'hui qu'hier. Depuis leur apparition, les droits extrapatrimoniaux ont toujours été l'objet de controverses et de critiques. Ils ont su perdurer, en raison d'une valeur explicative certaine, mais surtout d'une nécessité de protection de l'individu dans ses éléments les plus personnels<sup>36</sup>. Si à l'origine, les droits extrapatrimoniaux étaient sollicités pour protéger la personnalité sous ses

manifestations les plus tangibles<sup>37</sup>, dans une conscience plus aigüe de dignité de la personne humaine, ils le sont à présent pour défendre des valeurs purement économiques, dans la revendication d'un monopole d'exploitation sur ces valeurs<sup>38</sup>. Cette prise de conscience de la crise des droits de la personnalité<sup>39</sup> conduit à constater une tendance quasiment générale à la patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux (A). Le cas échéant, c'est le critère de la pécuniarité qui devient alors déterminant dans ces changements observés (B).

#### A. Une tendance quasiment générale

Contrairement aux droits de l'homme, les droits de la personnalité sont invoqués dans les rapports entre particuliers et mettent en cause directement la personne de leur titulaire. Ils sont en principe intransmissibles, imprescriptibles, insaisissables, même si certains droits patrimoniaux, à l'instar des dettes alimentaires, sont hors du commerce, bien qu'ils puissent parfois faire l'objet de certaines conventions telles que le don. Cette conventionnalité qui n'était que très exceptionnellement remise en cause tend à devenir un principe général. Partant du constat que certains droits se patrimonialisent plus notablement que d'autres, à l'instar du droit portant sur la voix, on admet que cette patrimonialisation est presque générale. Pour s'en convaincre, l'on s'appuie sur les deux grands domaines dans lesquels sont situés les droits de la personnalité.

##### 1. Les droits rattachés à l'intégrité physique

En raison des progrès de la science, le statut du corps humain et de ses éléments constitue aujourd'hui un enjeu

<sup>35</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », RTD civ., n° 4, 1982.

<sup>36</sup> V. DAUDET, *op. cit.*, n° 522, p. 328.

<sup>37</sup> Certains auteurs n'ont pas hésité à identifier les droits extrapatrimoniaux aux droits de la personnalité : v. H. E. PERREAU, « Des droits de la personnalité », RTD Civ., 1909 ; R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939 ; A. DECOCQ, *op. cit.* ; P.

KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », RTD Civ., 1971.

<sup>38</sup> G. LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », Revue de droit de McGill, vol. 42, 1997.

<sup>39</sup> « De façon générale, s'il y a une crise, c'est toujours que l'ancien est travaillé par du nouveau auquel on ne sait pas ou on ne veut pas faire place ». L. SEVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Paris, Odile Jacob, 1994.

important. En effet, le corps humain tend à devenir un réservoir de pièces détachées, de matières premières utilisables à des fins multiples<sup>40</sup>. Ceci requerrait que l'on en fasse une préoccupation majeure, pour freiner les conséquences qui en découleraient. Le mécanisme trouvé à cet effet, à savoir la consécration du droit à l'intégrité physique dans les droits africains notamment, a fini de montrer ses limites. L'une des variantes de ce droit fondamental, l'indisponibilité du corps humain, a longtemps permis d'affirmer l'extrapatrimonialité du corps humain<sup>41</sup>. Il était de principe, jusqu'à une période relativement récente maintenant, que toutes les choses ne sont pas susceptibles d'appropriation. Il faut encore que la chose ait une certaine valeur pour qu'elle intéresse le droit. Les autres choses, comme le corps humain, par exemple, qui dispose d'une valeur, mais dont celle-ci ne peut pas faire l'objet d'une représentation économique dans notre société, n'accèdent pas à la qualité de bien<sup>42</sup>. Même si, de l'avis de certains encore, ce principe, pris dans sa globalité, s'applique assez fermement<sup>43</sup>, il n'en demeure pas que l'application est aujourd'hui à géométrie variable. L'indisponibilité du corps humain signifie en effet que le corps humain ne peut faire l'objet d'aucune convention, même à titre gratuit. En revanche, le principe connaît, selon les systèmes juridiques, soit quelques exceptions pour les droits africains, soit de nombreuses exceptions pour les droits européens. C'est en

cela qu'une partie de la doctrine européenne se refuse d'affirmer « le principe d'indisponibilité du corps avec exceptions pour voir plutôt un principe de disponibilité sous conditions »<sup>44</sup> alors même qu'une telle admission reviendrait à conférer à la personne un pouvoir juridiquement protégé de marchander la cession ou l'usage de son corps ou de ses éléments et produits<sup>45</sup>. On en déduit que le principe de la non-patrimonialité du corps humain ne s'impose pas avec la même force à tous ses éléments et produits. Il en est ainsi d'une part, des produits et éléments du corps humain tels que le lait maternel<sup>46</sup>, les cheveux, les ongles, des poils, des excréments du corps (sueur, salive, larmes, excréments) considérés comme des simples choses parce qu'ils ne posent, en pratique, que peu de problèmes éthiques ; d'autre part et du fait des progrès des techniques médicales permettant les utilisations, les transformations, la destruction et la séparation de ces éléments du corps de la personne<sup>47</sup>. On peut par exemple, prélever et réimplanter des éléments du corps de la personne, on peut se servir des cellules sexuelles (sperme et ovules), on peut intervenir sur les gènes, ou encore on peut mettre à disposition une partie de son corps (l'utérus des mères porteuses par exemple), etc. on retient alors que même des éléments plus importants constituant la

<sup>40</sup> N. LENOIR, « Aux frontières de la vie ; pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale », Rapport, La doc. fr., 1991 ; O. MERGER, Rapport de stage, Laboratoire d'Éthique, de droit de la santé et de la santé publique, Paris XII, 2004 ; J.-F. MATTEI, « la vie en question : pour une éthique biomédicale », La doc. Fr., 1994.

<sup>41</sup> M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », RTD Civ. 1992 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », LPA, 1994, p. 26 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz réédition, 2005 ; G. CORNU, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005 ; S. M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, thèse, Paris I, 2015. En revanche, pour d'autres, le corps humain, quoique rattaché à la personne, est bien une chose : B. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ? », Revue Droits, t. 13, 1991, p. 111 ; P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 115, p. 101 et s.

<sup>42</sup> Voir en ce sens, notamment : V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, thèse, Aix-Marseille 3, 2004 ; C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », RRJ, 1999.

<sup>43</sup> T. ATANGANA-MALONGUE, *op. cit.*, n° 265, p. 207.

<sup>44</sup> A. BERTRANT-MIRKOVIC, *Droit civil : personnes, famille*, 3<sup>e</sup> éd. STUDYRAM, Coll. « Panorama du droit », 2010.

<sup>45</sup> Voir dans ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 196 et s.

<sup>46</sup> Concernant particulièrement le lait, nonobstant le droit qu'à la femme d'en disposer librement, sa cession ne doit pas se faire au détriment du bébé qui en est le premier destinataire, ce qui peut justifier qu'il ne soit pas totalement assimilé, dans son régime juridique, aux cheveux par exemple. T. ATANGANA-MALONGUE, *op. cit.*, n° 265, p. 207.

<sup>47</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 1<sup>re</sup> éd. (7<sup>e</sup> tirage), PUF, 2021. T. ATANGANA-MALONGUE, *op. cit.*, n° 265, p. 207.



personne peuvent entrer dans le commerce dès qu'ils se détachent de la personne<sup>48</sup>.

Un constat se dégage ainsi : celui de l'accroissement de l'utilité des éléments et produits du corps humain. Aussi, leur recueil et leur utilisation sont soumis au droit commun, en ce sens qu'ils peuvent faire l'objet de conventions aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux<sup>49</sup>. On en arrive alors à se demander s'il est acceptable que se constitue autour d'eux un marché et que ces éléments traditionnellement « hors commerce »<sup>50</sup>, du fait de leur lien avec la personne, deviennent des objets ordinaires du commerce juridique. Si, aux termes de l'article 16-5 du Code civil, « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles », il est de plus en plus aisé de noter que ce principe ne tient plus qu'à un fil. Certes, la réification apparaît encore dans ce cas à l'état de risque, mais l'attraction du marché est grande,

ainsi que la pression de droits étrangers statuant en sens contraire<sup>51</sup>. Si les législateurs, par les lois bioéthiques, interdisent toute patrimonialisation des organes et du sang, des rémunérations indirectes portant sur eux et le fait même que l'on puisse en disposer à titre gratuit font naître des doutes sur l'absolu du caractère extrapatrimonial<sup>52</sup>. Le doute est renforcé par le développement de la traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes. Par exemple, en Afrique du Nord et de l'Ouest, les données montrent que les personnes impliquées dans ce type de criminalité entretiennent le plus souvent des liens étroits avec le secteur médical<sup>53</sup>. Ce phénomène, qui n'est pas juridiquement admis<sup>54</sup>, met en évidence l'intérêt économique que les acteurs qui y sont impliqués peuvent en retirer. C'est une manifestation concrète de la forte commercialisation des organes humains les plus vitaux. Ce qu'il est surtout à craindre, c'est que le phénomène devienne de plus en plus incontrôlable par le Droit qui n'aura, à moyen ou à long

<sup>48</sup> Voir au sujet du nom, G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ, t. 274, 1997 ; M. VIVANT, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges A. COLOMER*, LGDJ, 1993 ; de la voix et de l'image de la personne, Ph. DUBOIS, *Le physique de la personne*, Economica, 1986 ; E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », D., Chron. 161, 1984 ; D. ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », D., Chron.129, 1985 ; M. SERNA, « La voix et le contrat : le contrat sur la voix », CCC 1999, Chron. 9 ; P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 115, p. 102.

<sup>49</sup> T. ATANGANA-MALONGUE, *op. cit.*

<sup>50</sup> En Droit français, cette limite intéresse en tout premier lieu le corps humain, les éléments qui peuvent s'en détacher (organes, cellules, etc.), ainsi que les éléments composant la personnalité des individus (leur nom, leur honneur, leur vie privée, leur image, leur voix, etc.) : ils sont traditionnellement considérés comme devant être laissés en dehors des tractations économiques et comme ne pouvant pas être traités comme des marchandises ordinaires. Cela ne remet pas en cause le fait que les éléments du corps humain, une fois détachés, puissent faire l'objet d'actes de disposition, voire d'échanges à titre onéreux. Voir J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4.8, p. 216.

<sup>51</sup> Tel est le cas du « droit à l'autonomie personnelle » développé par la Cour EDH sur inspiration de la jurisprudence américaine. Ce droit consisterait à protéger, de façon générale et positive, un droit pour la personne d'effectuer certains choix pour elle-même. Comme en droit américain, la porte d'entrée en a été, non pas une notion abstraite de liberté inexistante dans le texte même de la Convention EDH (même si la Cour européenne a affirmé que la liberté « est de l'essence même de

la Convention » C.R. c. *Royaume-Uni et S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, ou encore *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, mais de l'article 8 de cette Convention protégeant le droit au respect de la vie privée (Selon cet article 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Ce droit n'est ainsi plus, comme en droit français, un droit défensif au respect de son intimité (son image, ses informations personnelles, etc.), mais devient un droit positif permettant de revendiquer un soutien du droit en ce qui concerne les choix de vie faits pour soi-même. M. FABRE MAGNAN, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>52</sup> V. DAUDET, *op. cit.*, n° 533, p. 333.

<sup>53</sup> INTERPOL, *Traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes en Afrique du Nord et de l'Ouest*, Rapport établi dans le cadre du projet ENACT (Enhancing Africa's response to transnational organized crime), juillet 2021, p. 13.

<sup>54</sup> Le terrain paraît fertile dans ces parties du monde du qu'en Afrique du Nord et de l'Ouest, la législation de très peu de pays impose des conditions en matière de dons d'organes et de tissus provenant de donneurs vivants (à l'instar du consentement écrit et de l'approbation d'un comité d'éthique). Dans certains pays il n'y a aucune directive concernant la poursuite des faits de traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes, ni aucun organisme spécialisé en la matière. Au contraire, cette forme de criminalité relève de la législation interne en matière de lutte contre la traite des êtres humains à toutes fins, y compris le prélèvement d'organes. INTERPOL, *Traite des êtres humains aux fins de prélèvement d'organes en Afrique du Nord et de l'Ouest*, *ibid.*, p. 12.

terme, d'autres alternatives que de l'admettre en l'encadrant plutôt qu'en l'interdisant.

Le constat existe davantage que le droit ne semble même plus résister dans le maintien de l'extrapatrimonialité des droits de la personnalité, lorsque l'on bascule des droits rattachés à l'intégrité physique vers les droits rattachés à l'intégrité morale de la personne.

## 2. Les droits rattachés à l'intégrité morale

La commercialité comme l'insaisissabilité d'un droit ou d'un bien est soumise à la politique législative d'un système juridique donné<sup>55</sup>. Partant, si la saisissabilité qu'il faut qualifier d'absolue, permet de déterminer la patrimonialité d'un droit ou d'un bien, l'insaisissabilité ou l'extrapatrimonialité requiert une intervention législative<sup>56</sup>. Un principe en est tiré, à savoir qu'il n'y a « pas d'insaisissabilité sans loi »<sup>57</sup>. On comprend alors pourquoi, de longue date, certaines personnes, notamment parce qu'elles étaient connues, voulaient céder à d'autres le droit d'utiliser leur nom, leur voix, leur image, etc. Certains

professionnels libéraux, entendant également vendre la confiance inspirée chez leurs clients ou patients par leurs compétences, se sont heurtés au fait que le droit maintenait un principe de non-patrimonialité<sup>58</sup>. Il en était ainsi, car ces éléments, en tant que composantes de la personne, ne pouvaient tomber dans le domaine des choses et devenir des objets de commerce. Or, ce n'est plus le cas aujourd'hui où il existe de multiples régimes en fonction des éléments considérés. Une tendance se dégage, à savoir que nombreux d'entre eux intègrent de plus en plus le commerce juridique. L'usage d'un nom peut ainsi être cédé à une entreprise<sup>59</sup>, ainsi que celui d'éléments de la vie privée<sup>60</sup>. De plus, l'image d'une personne peut désormais faire l'objet d'un contrat de cession de droit commun<sup>61</sup>. Enfin, dernière évolution marquante, un professionnel libéral peut « céder » sa clientèle et faire en sorte que la confiance placée en lui se reporte sur son successeur<sup>62</sup>. Cette évolution a été progressivement opérée dans la jurisprudence de la Cour de cassation française. Dans un arrêt du 7 février 1990, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel pour avoir validé la cession de clientèle d'un chirurgien-dentiste. Après avoir affirmé que « lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue

<sup>55</sup> La commercialité résulte donc d'une reconnaissance par les règles d'un système juridique, ce qui implique que certaines choses peuvent être dans le commerce juridique de tel système tout en étant exclues de tel autre. La réglementation relative au cannabis en est aujourd'hui la meilleure illustration. En effet, vingt-trois États des États-Unis ont légalisé l'usage médical de la marijuana à travers les *State Medical Marijuana Laws*. À titre d'exemple, la Californie (Bill. N°SB420, Chap. 875, 2003), le Connecticut (Bill. N°5389, 2012), le Massachusetts (*Session Laws* 2012, Chap. 369), le Nevada (*NMMA, Quest.* 9, 2000) sont autant d'États qui admettent de manière contrôlée la commercialisation et l'usage médical de cette drogue. À l'inverse, le droit français maintient l'interdiction de commercialiser de telles substances et ne leur reconnaît donc pas de valeur. P. BOUATHONG, *op. cit.*, note 424, p. 101.

<sup>56</sup> L'article L.112-2, 1° du Code des procédures civiles d'exécution français s'ouvre ainsi : « Ne peuvent être saisis, 1° Les biens que la loi déclare insaisissables ».

<sup>57</sup> N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ-LEXTESEN, 2016.

<sup>58</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 1.13, p. 34-35. Au nombre des arguments au soutien de ce refus de cession de la clientèle civile il était avancé que, d'une part, il existe un lien de confiance personnel entre le professionnel qui exerce une activité libérale et son client (ce qui fait de cette relation particulière une chose hors du commerce au sens de l'ancien article 1128

du Code civil), d'autre part, admettre la cession de clientèles civiles reviendrait à admettre qu'il soit également porté atteinte à la liberté individuelle en ce que cette opération est de nature à priver les clients de la possibilité de confier leurs intérêts au professionnel de leur choix. Voir A. BAMDE, « La cession de clientèle civile », en ligne sur <http://aurelienbamde.com/2017/02/26/la-cession-de-clientele-civile/>, publié le 26.02.2017 à 23h43, consulté le 26.06.2024 à 18h53.

<sup>59</sup> Cass. Com., 12 mars 1985, *Bordas, D.* 1985, p. 471, note J. Ghestin, JCP G 1985, II, 20400, concl. Montagnier, note G. Bonet ; 1<sup>er</sup> déc. 1987, JCP G 1988, II, 21081, note E. Agostini, GAJC, n° 23, p. 172.

<sup>60</sup> Une thèse a montré qu'à côté de la dimension extrapatrimoniale de la vie privée classiquement admise, l'attribut possède également une dimension patrimoniale. La vie privée est aujourd'hui largement exploitée par son titulaire et il existe, en réalité, un second droit portant l'attribut, droit de nature patrimoniale s'ajoutant au droit extrapatrimonial. E. MECHIN, *Le droit patrimonial à la vie privée, RDLF*, 2015, thèse n° 01 (Thèse soutenue le 26 novembre 2014 à l'Université Jean Moulin Lyon 3).

<sup>61</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 déc. 2008, *JCP G* 2009, II, 10025, note G. Loiseau, *RTD civ.* 2009, p. 342, obs. T. Revet.

<sup>62</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, *D.* 2001, p. 2400, note Y. Auguet, *JCP G* 2001, II, 10452, note F. Vialla, et I, 301, n° 16, obs. J. Rochfeld.

d'objet, l'engagement du cocontractant est nul, faute de cause », la première chambre civile affirme que « les malades jouissant d'une liberté absolue de choix de leur médecin ou dentiste, leur » clientèle « , attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention »<sup>63</sup>. Pour la Haute juridiction, la convention conclue en l'espèce encourait dès lors la nullité. Mais, malgré l'interdiction qui frappait les cessions de clientèles civiles, la Cour de cassation a admis, en parallèle, qu'un professionnel exerçant une activité libérale puisse conclure une convention par laquelle il s'engage envers son successeur à lui présenter sa clientèle<sup>64</sup>. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 7 juin 1995, la Cour de cassation a décidé que « si la clientèle d'un médecin ou d'un chirurgien-dentiste n'est pas dans le commerce, le droit, pour ce médecin ou ce chirurgien-dentiste, de présenter un confrère à sa clientèle, constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé »<sup>65</sup>. Le chemin était ainsi balisé pour la reconnaissance de la licéité des cessions de clientèles civiles. C'est ce qu'a consacré l'arrêt du 7 novembre 2000 dans lequel la Cour de cassation a affirmé que « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu'à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu, en l'espèce, cette liberté de choix n'était pas respectée »<sup>66</sup>. Comme s'accordent à le dire les auteurs, cela revenait, en réalité, à admettre indirectement la licéité des cessions de

clientèles civiles<sup>67</sup>. Les arrêts ultérieurs de la Cour de cassation ont confirmé cette possibilité de céder les clientèles civiles<sup>68</sup>.

Ces mutations paraissent définitivement acquises, mais l'on ne peut toutefois s'abstenir d'en rechercher des explications. Il existe, en effet, des mouvements entre le patrimonial et l'extrapatrimonial<sup>69</sup>. La créance de réparation est, par exemple, saisissable alors qu'elle tend à remplacer une chose qui ne l'est pas, notamment lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel. Aussi, le corps humain est-il une source de biens patrimoniaux sans en être un. On s'en rend d'ailleurs compte avec la force de travail qui est la première valeur que le corps produit et qui est monnayable<sup>70</sup>. C'est donc un bien, mais il est insaisissable puisque l'esclavage est désormais interdit. En revanche, la contrepartie du travail, le salaire, est (au moins en partie) saisissable. Il en va de même pour l'image, le nom ou la voix, voire la clientèle civile qui, s'ils sont transmissibles aux héritiers, demeurent insaisissables. Leur équivalent monétaire, en revanche, les revenus qui sont tirés de leur exploitation, sont des sommes qui n'ont aucune raison d'être exclues du patrimoine. Rien ne s'y oppose techniquement à partir du moment où ces biens sont exclus du patrimoine en raison de leur rattachement à la personne. Une fois vendus, ces biens sont remplacés par des sommes et puisqu'ils sont dépourvus de ce rattachement, il n'y a plus aucune raison de les exclure du patrimoine. C'est en ce sens que les auteurs qui ont proposé de retenir la double nature des éléments du corps humain avaient une intuition qu'on

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, n°88-18.441.

<sup>64</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 1956.

<sup>65</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1995, n°93-17.099.

<sup>66</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 nov. 2000, n°98-17.731.

<sup>67</sup> A. BAMDE, « La cession de clientèle civile », *Loc. cit.*

<sup>68</sup> Voir par exemple Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2012, n°11-16.439 : « ...Mais attendu qu'après avoir retenu, selon une interprétation, exclusive de toute dénégation, que commandait la portée ambiguë de la clause stipulant le reversement au cessionnaire des sommes perçues de la part des anciens clients de la SCP Chapuis et Lemoyne de Vernon, que cette clause, en interdisant à M. Y... de percevoir, pour la durée de dix (10) ans, la contrepartie de son activité pour le compte des clients qui avaient choisi de le suivre dans son nouvel office, entraînait *cession de la clientèle*

(nous avons souligné) qui lui appartenait en partie, la cour d'appel, qui a relevé que la clause litigieuse, par la sanction de la privation de toute rémunération du travail accompli, soumettait le cédant à une pression sévère de nature, sinon à refuser de prêter son ministère, du moins à tenter de convaincre ce client à procéder au choix d'un autre notaire, et qui a ainsi constaté que la liberté de choix de cette clientèle n'était pas respectée, en a exactement déduit que ladite clause était nulle ; que le moyen, qui manque en fait en ses deuxième et quatrième branches, n'est pas fondé en ses trois autres branches ;... ».

<sup>69</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 130, p. 115.

<sup>70</sup> TH. REVET, *La force de travail – Étude juridique*, éd. Litec, 1992. A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Quadrige / PUF, 2011.

peut juger juste, dans l'approche des biens extrapatrimoniaux<sup>71</sup>. Ce raisonnement permet légitimement d'expliquer pourquoi certains biens sont cessibles (donc intégrés dans le commerce juridique) sans pour autant être saisissables par les créanciers. On pense ainsi au nom, à l'image, à la voix, aux informations sur la vie privée, mais également aux clientèles civiles<sup>72</sup> et au droit moral de l'auteur sur son œuvre. À propos du droit à la vie privée<sup>73</sup>, par exemple, on estime que la mesure de l'extrapatrimonialité réside dans l'indisponibilité de la vie privée et du droit extrapatrimonial protecteur. Alors, à partir du moment où la protection de la personnalité est assurée, la liberté individuelle peut reprendre le dessus, et l'ajout d'un second droit subjectif de nature patrimoniale demeure théoriquement possible<sup>74</sup>.

Ces mutations étendues des droits extrapatrimoniaux en droits patrimoniaux sont déterminées par la prédominance de la dimension économique qui apparaît diversement. La pécuniarité de ces droits est prédominante, voire déterminante.

## B. Une pécuniarité déterminante

Les éléments d'actif du patrimoine se ramènent tous, en qualité de biens, à l'idée commune d'une valeur pécuniaire, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles de se remplacer les uns par les autres<sup>75</sup>. Peut-on dire la même chose en ce qui concerne les droits extrapatrimoniaux, quand bien même ceux-ci peuvent prendre une valeur pécuniaire ? La réponse

peut, sans être péremptoire, être affirmative. Il est, en effet, constant que les droits de la personnalité ont, pour la plupart, un caractère immatériel. Lorsque l'on fait alors le parallèle avec la définition du bien, on découvre que les limites rencontrées par la présentation du bien comme le reflet juridique d'une chose matérielle et plus généralement l'association entre le bien et le monde physique de la matière ressurgissent<sup>76</sup>. Par référence alors à la fiction juridique ayant conduit à la définition du bien par le monde des personnes et de l'économie, on peut identifier une composante économique, à savoir l'élément valeur (1). Cette valeur économique identifiée doit pouvoir rendre possible la réservation (2) du droit (extrapatrimonial) qui en est la composante juridique.

### 1. L'identification d'une valeur économique

Par principe, un rapport d'antagonisme existe entre les valeurs morales qui sous-tendent, par nature, les droits de la personnalité et les préoccupations économiques. Or, de façon réaliste, ce sont ces dernières qui déterminent le régime de ces droits. De la sorte, tout élément que les personnes regardent avec désir et intérêt, qu'elles considèrent comme utile, qu'elles envisagent comme une valeur<sup>77</sup>, a vocation à être qualifié de bien. La valeur apte à constituer un bien doit non seulement exister, mais elle doit également s'accompagner d'une aptitude à circuler, à être l'objet d'échange. Un accent particulier est mis sur l'accessibilité à l'échange, c'est-à-dire sur la capacité de l'élément de valeur à circuler<sup>78</sup>. Cette capacité peut même

<sup>71</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 130, p. 116.

<sup>72</sup> V. dans une certaine mesure, J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°4.18, p. 292 et s.

<sup>73</sup> Pour certains, la vie privée ne se confond pas avec la personne de son titulaire et peut être vue comme une chose incorporelle. Il s'agit plus précisément d'un ensemble d'informations personnelles « produites » par ce dernier, ou « affectées » à sa protection par la jurisprudence. E. MECHIN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>74</sup> E. MECHIN, *ibid.*

<sup>75</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, §575, p. 235.

<sup>76</sup> L'importance accrue prise par les valeurs incorporelles tout au long du XXe siècle, du fait de la sophistication et de la dématérialisation des

sociétés, montre que les nouvelles richesses que le droit doit désormais régir, de plus en plus nombreuses et conséquentes, ne tiennent plus seulement en des choses matérielles. Il faut aujourd'hui pouvoir échanger des droits sociaux, actions et parts de sociétés ; être autorisé à se servir de l'image d'une personne permettant, par exemple de rallier un grand lectorat (intérêt de l'échange ne résidant pas dans l'acquisition du support physique) ; être admis à utiliser des informations ou à se réserver les bénéfices découlant d'une œuvre ou d'une invention, etc. Voir J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4.11, p. 221.

<sup>77</sup> J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mél. A. BRETON-F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277.

<sup>78</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4.12, p. 224.

être décomposée en une accessibilité matérielle - l'élément de valeur doit pouvoir se détacher de la personne et ne pas lui être lié par une exclusivité qui le rende intransmissible à autrui (on vise notamment le corps humain) - et en une accessibilité juridique<sup>79</sup>, au sens où la circulation de cet élément doit être admise par le droit, ce qui ne fut pas le cas pendant longtemps, des clientèles civiles par exemple<sup>80</sup>. La valeur économique des droits extrapatrimoniaux se retrouvera alors premièrement dans la possibilité de transiger sur ces droits ou plutôt sur certains d'eux seulement. À l'égard de ces droits, le droit admet l'octroi d'une valeur, autrement dit leur patrimonialité, mais il fait obstacle à leur circulation juridique. Ils ne peuvent pas faire l'objet d'une cession, encore moins d'un acte juridique permettant la circulation, comme une saisie, alors que le principe général est en sens contraire<sup>81</sup>. Ils seraient touchés par une extra-commercialité<sup>82</sup>.

En second lieu, cette valeur économique apparaît dans les sanctions du non-respect de ces droits, qu'il s'agisse des droits attachés à l'intégrité physique ou des droits attachés à l'intégrité morale. La violation du droit à l'intégrité physique fait naître une responsabilité, notamment par le jeu de la responsabilité civile au profit des victimes de dommages corporels<sup>83</sup>. Celle-ci emporte obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat, soit de

la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui<sup>84</sup>. Le législateur gabonais est, de ce point de vue, assez explicite puisqu'aux termes de l'article 92 du Code civil, « toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin ; les tribunaux peuvent, en outre, lui accorder des dommages-intérêts ». Plus particulièrement encore, une loi camerounaise du 22 décembre 2003 relative à la transfusion sanguine prévoit que le donneur peut obtenir réparation du préjudice subi des suites d'un prélèvement<sup>85</sup>. Il va sans dire que le corps humain, ses éléments et produits, peuvent, dans cette hypothèse, prendre une valeur monétaire en cas de dommage en raison du principe de l'indemnisation<sup>86</sup>. Dans ce sens, les droits africains rappellent que le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages-intérêts<sup>87</sup>. Sur le plan moral, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au respect de l'image, comme le droit au respect de la confidentialité, sont civilement sanctionnés. Les règles de droit commun de la responsabilité délictuelle permettent toujours d'assurer la protection de la vie privée de la personne<sup>88</sup>.

Quoique pertinente, la détermination d'une valeur économique dans des droits extrapatrimoniaux est critiquable. Il en résulte par exemple que, la sanction de l'appropriation de la valeur économique d'un attribut de la

<sup>79</sup> M. FABRE MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ., n° 03, 1997, p. 583, n° 11 et s., p. 591 et s.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 591 et s. Les clientèles civiles des professionnels libéraux – médecins ou avocats par exemple – ont été regardées, jusqu'aux années 2000, comme ne devant pas recevoir de valeur parce que, ce faisant, on aurait chiffré la confiance de clients ou de patients envers des professionnels (pour beaucoup d'auteurs, néanmoins, elles n'étaient pas même un bien). Or, cette évaluation paraissait immorale (Cass. req., 12 mai 1885, DP 1886, 1, p. 175).

<sup>81</sup> Selon l'article 537 du Code civil, chacun peut disposer librement de ses biens. T. REVET, obs. sous Cass. com., 24 septembre 2003, RTD civ. 2004, p. 117.

<sup>82</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4.8, p. 218.

<sup>83</sup> Voir entre autres, les articles 1382 et 1383, C. civ. ; article 125, CO malien ; article 118, COCC sénégalais.

<sup>84</sup> Article 113, CO malien.

<sup>85</sup> Article 5, al. 3, loi 2003.

<sup>86</sup> M. EBO EBO, « Réparation des préjudices corporels des accidents de la circulation routière : avancées du Code CIMA », *Hebdo Information*, octobre 1999 ; M. DUPONT, C. ESPER et C. PAIRE, *Droit hospitalier*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004 ; A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale : Droits des malades*, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, 2002 ; G. MEMETEAU, *Cours de droit médical, Les études hospitalières*, 2001 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2001 ; E. SAVATIER, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, thèse, Lyon 3, 1998 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021.

<sup>87</sup> Article 124, CO malien ; article 133, COCC sénégalais.

<sup>88</sup> La mise en œuvre de cette responsabilité est soumise à la trilogie classique : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Ce qui suppose de prouver une atteinte au droit à la vie privée, fautive et dommageable. T. ATANGANA-MALONGUE, *op. cit.*, n° 439, p. 329.

personnalité, fondée sur le droit extrapatrimonial, ne peut se faire sans un risque de dénaturation de celui-ci, en déguisant la lésion d'un intérêt patrimonial sous prétexte d'une atteinte à la personnalité. Or, au-delà de l'artifice, c'est la conception même du droit extrapatrimonial de la personnalité, dans ses fondements juridiques et philosophiques, qui est directement remise en cause. Les considérations morales liées à la défense de la personnalité sont, en effet, radicalement inconciliables avec la nature économique des intérêts en jeu. Moins que la gêne que l'on peut éprouver à travestir la véritable nature de l'intérêt défendu, c'est la crainte de détourner le droit de la personnalité de ses assises et de réduire la valorisation de la dignité humaine à des questions d'argent qui devrait conduire à refuser de fonder sur ce droit la réparation d'un préjudice purement économique. En s'y risquant, il ne faut pas douter que les considérations marchandes présideront également, tôt ou tard, à la détermination du régime du droit de la personnalité. Le droit patrimonial de la personnalité existera en dépit de tout, mais au prix de la dilution progressive du droit extrapatrimonial. Une illustration de cette dilution se trouve dans les actions visant à réparer le dommage moral qui doit appartenir à la victime seule<sup>89</sup>. Pour certains, ce droit serait rangé dans la catégorie des droits patrimoniaux ayant un caractère moral prédominant<sup>90</sup>. La Cour de cassation française l'a bien précisé en affirmant qu'il existe des droits et actions dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial<sup>91</sup>. Cependant, comme d'autres, l'on est tenté d'objecter qu'il

s'agit d'une action extrapatrimoniale pour atteinte à la personnalité dont le droit à la réparation d'un préjudice moral naît dans le patrimoine de la victime<sup>92</sup>. La controverse existe aussi s'agissant du cas de l'action en réparation pour atteinte à l'intégrité physique. L'idée première est qu'il s'agit là d'une réparation n'impliquant aucune appréciation morale, comparable à un dommage causé aux biens. Le cas échéant, le dédommagement du préjudice corporel serait ainsi dominé par des considérations pécuniaires. C'est ce qui fait dire que le dédommagement devrait pouvoir être mis en œuvre par la voie oblique<sup>93</sup>. Mais, une fois encore, il faut être réservé, car, l'atteinte à l'intégrité physique ne reste généralement pas sans laisser des conséquences d'ordre moral que la victime cherche parfois à protéger.

## 2. La possibilité de réservation du droit

La découverte d'une valeur économique dans les droits extrapatrimoniaux implique-t-elle aussi, comme cela fût admis par fiction juridique, pour les biens incorporels ordinaires, une possibilité de réservation de ceux-ci ? Il est de principe que pour qu'un élément représentant une valeur devienne un bien, une seconde condition tient à la reconnaissance d'un lien juridique entre cet élément et une personne<sup>94</sup>. Le droit doit accepter de donner à un titulaire le pouvoir de réserver cette valeur et, éventuellement, de la commercialiser<sup>95</sup>. Il le fait par l'intermédiaire d'un titre ou d'un droit qu'il reconnaît sur la chose ou la valeur. La réservation a une importance qui ne devrait pas faire l'objet

<sup>89</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janv. 1988, *D.* 1989, p. 1, note P.-Y. Gautier.

<sup>90</sup> Pour une classification proposant les droits et actions d'ordre familial ou de l'état, les droits et actions unilatéraux ou à titre gratuit du débiteur et les droits et actions relatifs à certains actes caractérisés d'*intuitu personae*, V. S. W. Oh, *Action oblique en droits français et coréen*, thèse, Paris I, 2002. Cette classification et l'augmentation du nombre de catégories ne nous paraissent cependant pas apporter un éclairage supplémentaire sur la notion de droits et actions attachés à la personne. On peut noter que Bosc ne voit aucune utilité dans ce troisième critère, alors que d'autres y décèlent la véritable clé de la distinction.

<sup>91</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1963, *Bull. civ.* I, n° 295 ; *D.* 1964, p. 713, note F. Lamand ; *JCP* 1965, éd. G, II, 14087, note R. Savatier.

<sup>92</sup> Ch. mixte, 30 avr. 1976, *D.* 1977, p. 185, note M. Contamine-Raynaud ; *RTD civ.* 1976, p. 556, obs. G. Durry.

<sup>93</sup> En ce sens, visant une absence d'appréciation morale du débiteur : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations, deuxième partie*, 2<sup>e</sup> éd., avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT ET G. GABOLDE, LGDJ, 1954 ; H., L., J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1997 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1989 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 3, *Régime général*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1997 ; L. DULEY, *De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, thèse, Dijon, 1935, p. 205 ; CA Vienne, 13 juill. 1934, *D.H.* 1934, I, p. 19.

<sup>94</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4/14, p. 228.

<sup>95</sup> *Idem.*

de grandes discussions. Trois raisons essentielles peuvent servir à reconnaître à une personne renommée un monopole sur l'exploitation de la valeur de sa personnalité<sup>96</sup>. Premièrement, il n'est pas déraisonnable de considérer que la personne qui a donné une valeur commerciale à son image ou à son nom, ou encore celui qui a constitué une clientèle civile importante par l'activité l'ayant rendu notoire ou célèbre devrait pouvoir en recueillir ouvertement et personnellement le profit<sup>97</sup>. On ne peut radicalement objecter que la célébrité dont il se prévaut n'est pas la conséquence des efforts qu'il a fournis sur une période de temps plus ou moins étendue, peu importe que ces efforts soient intellectuels ou physiques. Deuxièmement, la reconnaissance d'une exclusivité de la personne sur l'utilisation publicitaire et commerciale de sa personnalité est nécessaire pour en optimiser le pouvoir attractif et augmenter ainsi le bénéfice susceptible d'être retiré par chacun de ceux qui acquièrent le droit de l'exploiter à des fins intéressantes. Le moyen d'assurer la pérennité de cette attractivité et d'accroître le bénéfice serait alors de permettre la réservation de cette valeur au profit de celui qui l'a acquise. Enfin, la reconnaissance d'un droit de la personne renommée de contrôler l'exploitation de sa notoriété<sup>98</sup> n'est pas sans incidence sur la protection des consommateurs dans la mesure où, à défaut, ceux-ci pourraient être induits en erreur par des publicités utilisant l'image ou le nom d'une célébrité pour promouvoir des produits ou des services que celle-ci n'aurait en réalité jamais accepté de cautionner.

Si l'admission de la valeur économique des droits extrapatrimoniaux admet de plus en plus de discussions, il en serait autrement de l'admission de la réservation de cette valeur au regard de son attachement à la personne. On peut

y déceler un élément d'immoralité dans l'entérinement par le droit de cette valeur. La question se pose alors de savoir s'il serait concevable de procéder de la même manière que les biens ordinaires. La particularité de ces droits, leur intimité avec la personne qui en réclame la protection, réfère plutôt à une approche du bien selon laquelle celui-ci serait constitué par la seule valeur et non par le droit entérinant cette dernière. Le cas échéant, il n'y aurait plus lieu d'assimiler droit et bien et de conditionner la reconnaissance de ce droit à une appropriation ou à une réservation.

Au-delà des évolutions, l'idée persiste et ne doit pas être mise de côté que le droit extrapatrimonial est fondamentalement inadapté pour pourvoir l'exploitation mercantile de la personnalité. D'une part, il ne peut, par nature, ni être cédé ni être concédé. Il en résulte notamment que, en cas de conflit entre le licencié autorisé à exploiter la notoriété d'un attribut de la personnalité et un tiers cherchant lui-même à en tirer profit, le premier est aujourd'hui sans qualité pour faire cesser l'utilisation d'un nom ou d'une image qui, par hypothèse, n'est pas sien. Aussi, est-il admis dans la catégorie des biens des éléments de valeur qui n'ont pas vocation à circuler et autour desquels ne se constitue pas de marché, tels certains droits sociaux ou des droits sur une succession. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est évocatrice à cet effet. Selon cette juridiction, la notion de bien ne se limite pas à la propriété des biens corporels<sup>99</sup> mais embrasse toute valeur patrimoniale, tout intérêt économique substantiel<sup>100</sup>, corporel ou incorporel<sup>101</sup>. En conséquence,

<sup>96</sup> G. LOISEAU, loc. cit., p. 330-331.

<sup>97</sup> E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.*, Chron. 161, 1984.

<sup>98</sup> Il est constaté par la doctrine française, l'émergence d'une catégorie des droits de la notoriété, aux côtés de la catégorie des droits de la personnalité, dont le régime se développe, dans la proximité des droits réels spéciaux reconnus par le juge, et dans la filiation des propriétés incorporelles protégées par le Code de la propriété intellectuelle. J.-M. Bruguière, « Droits patrimoniaux » de la personnalité : plaidoyer en

faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD Civ.*, n° 01, 2016.

<sup>100</sup> CEDH, 18 juin 2002, *Oneriyildiz c/ Turquie*, GACEDH, n° 64, p. 690, obs. J.-P. Marguénaud, *RTDH* 2003, p. 261, obs. C. Laurent, et 30 nov.2004, *RTD civ.* 2005, p. 422, obs. T. Revet, *AJDA* 2005, p. 550, obs. J.-F. Flauss.

<sup>101</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4/13, p. 226.

ont pu être qualifiés de biens une clientèle<sup>102</sup>, des droits sociaux<sup>103</sup>, des droits sur des œuvres de l'esprit<sup>104</sup> (sans aucune distinction, ce qui peut surprendre, entre les attributs patrimoniaux et extrapatrimoniaux) plus généralement tous droits et intérêts constituant des actifs comme des créances<sup>105</sup> ou des intérêts économiques liés à une activité économique donnée. Aussi, des sûretés<sup>106</sup> ou des droits sur une succession<sup>107</sup> représenteraient-ils un intérêt économique. Il s'en infère que l'idée de valeur se trouve traduite par celle d'intérêt économique substantiel et c'est ce dernier qui constitue le bien et se trouve protégé en tant que tel, sans plus de préoccupations pour la matière<sup>108</sup>.

Il faut finalement admettre, avec certains, que ces droits que d'autres qualifient de droits dérivés de la personnalité<sup>109</sup> sont des droits patrimoniaux, leur objet immédiat étant de procurer à leur titulaire un enrichissement pécuniaire. Comme tels, ils sont évaluables en argent, même si c'est à titre forfaitaire, et figurent dans le patrimoine. L'une des conséquences immédiates à en tirer, c'est que le droit dérivé de la personnalité peut recevoir la qualification de monopole d'exploitation. Cette qualification ne permet cependant pas

d'aller jusqu'à permettre également l'admission ni de la propriété générale, encore moins celle de la propriété intellectuelle. En effet, la propriété intellectuelle se fonde sur un acte de création intellectuelle<sup>110</sup>. Elle n'inclut que des créations originales ou nouvelles<sup>111</sup>, et ne devrait donc pas s'étendre aux biens qui ne procèdent pas à proprement parler d'un acte créatif. Il est vrai que, plus généralement, la propriété intellectuelle est entendue comme portant sur tous les droits qui procèdent à des degrés variables d'une activité de l'intelligence et se caractérisent par une exclusivité<sup>112</sup>. Envisagée comme telle, elle pourrait donc intégrer, les droits dérivés de la personnalité, à la condition que ces derniers ne soient pas toujours liés à une activité intellectuelle de celui qui en est titulaire.

Le mouvement observé au niveau des droits extrapatrimoniaux se manifestent en sens inverse, avec les droits patrimoniaux qui, à leur tour, tendent à s'extrapatrimonialiser, mais de façon mesurée dans ce cas.

## II. L'extrapatrimonialisation mesurée des droits patrimoniaux

personnalité ou encore du premier degré de celle-ci. Le droit dérivé de la personnalité est, quant à lui, le droit des personnes renommées de contrôler l'exploitation commerciale de leur personnalité, c'est-à-dire le droit d'exploiter personnellement ou de concéder l'exploitation, à des fins commerciales ou publicitaires, de la valeur attractive des éléments évoquant la personnalité, tels que le nom, l'image ou la voix, ainsi que de s'opposer à toute commercialisation non consentie qui en serait faite. Ce droit est dit « dérivé » car, à la différence du droit « primaire », sa reconnaissance suppose que la personnalité ait acquis une valeur patrimoniale par l'effet de la notoriété du sujet, de sorte que l'on peut considérer qu'il procède, ainsi, d'une dérivation de la personnalité ou d'un second degré de celle-ci. G. LOISEAU, *loc. cit.*, p. 333.

<sup>110</sup> A. LUCAS ET H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1<sup>re</sup> éd., Litec, 1994.

<sup>111</sup> Tels que la propriété littéraire et artistique, les brevets d'invention, les dessins et modèles...

<sup>112</sup> H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, S » éd., Dalloz, 1978 ; COLIN ET CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1, refondu par W. de la Morandière, Librairie Dalloz, 1957 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX ET M. FABRE-MAGNAN, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994.

<sup>102</sup> CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle c/ Pays-Bas*, req. N° 8543/79, 8674/79, 8685/79.

<sup>103</sup> CEDH, 8 juill. 1986, *Lithgow et autres c/ Rouyame-Uni*, JCP E 1987, II, 14894 note F.-C. Jeantet.

<sup>104</sup> CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, JCP G 2008, I, 158, n° 1, obs. C. Caron.

<sup>105</sup> CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, D. 1996, p. 329, note D. Fiorina (créances d'origine contractuelle) ; CEDH, 29 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, série A, n° 332 (créances d'origine délictuelle).

<sup>106</sup> CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dossier c/ Pays-Bas*, op. cit.

<sup>107</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c/ France*, GACEDH, n° 52, p. 552.

<sup>108</sup> F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », ADP, t. 43, 1999.

<sup>109</sup> Une distinction est opérée entre « droit primaire » et « droit dérivé » de la personnalité. Le droit primaire de la personnalité peut être défini comme le droit fondamental de toute personne de contrôler l'accès des tiers à sa propre personnalité à travers les signes qui la caractérisent, tels que le nom, l'image ou la voix, en s'opposant, le cas échéant, à leur emploi par autrui. Ce droit est dit « primaire » dans la mesure où il est reconnu à tous les êtres humains en considération de l'humanité et de la dignité de chacun et s'attache ainsi sans discrimination à la personnalité *per se*. Il relève donc en quelque sorte de la primarité de la



La nécessité de tenir compte du phénomène personnel dans les conflits d'intérêts du monde juridique est, consciemment ou inconsciemment, présente dans tous les esprits<sup>113</sup>. Ainsi, comme dans un « jeu d'échelle musicale », tandis que des droits extrapatrimoniaux se patrimonialisent, des droits patrimoniaux quant à eux tendent à acquérir un caractère extrapatrimonial. L'extrapatrimonial était d'ailleurs déjà envisagé comme une espèce spéciale du bien qui en constitue le genre<sup>114</sup>. Dans le prolongement de cette vision des choses, l'hypothèse existe qu'une partie des droits patrimoniaux est en train de se transformer sous l'influence grandissante des prérogatives extrapatrimoniales des individus<sup>115</sup>. Ce faisant, on découvre des droits patrimoniaux de la personnalité<sup>116</sup> (A). L'existence de ceux-ci est confortée par le fait qu'ils empruntent le régime des droits extrapatrimoniaux (B).

#### A. La découverte de droits patrimoniaux de la personnalité

Les droits patrimoniaux à caractère personnel sont tous les droits évaluable en argent, même s'ils ne sont pas soumis aux règles qui marquent la pleine patrimonialité. Ils sont les droits évaluable en argent dont l'objet ou les besoins et intérêts qu'ils protègent sont le fait de leur titulaire<sup>117</sup>. Il s'agit, selon certains, d'une « espèce de droits voisine, mais néanmoins originale », « une catégorie nouvelle »<sup>118</sup>, ce qui

est discutable<sup>119</sup>. Cette extrapatrimonialisation peut être envisagée d'un point de vue évolutif, s'inscrivant principalement dans le cadre du XX<sup>ème</sup> siècle, mais peut également être envisagée dans une perspective statique. La sécrétion nuancée de ces droits (1) cache cependant mal leur véritable nature, car une incertitude est constatée (2).

#### 1. La sécrétion nuancée

Il y a un lien d'intimité profond entre certains droits ou biens, si bien qu'il est difficile de les dissocier de la personne qui en est titulaire. La sécrétion de ces droits patrimoniaux à dimensions extrapatrimoniales tient soit de l'affectation, soit de la création du bien patrimonial. Mais, peu importe la source de leur existence, leur caractère patrimonial ne laisse, en principe, pas place à de grandes discussions. D'ordinaire, certains biens qui paraissent également tout à fait ordinaires ne répondent pas totalement aux mécanismes de circulation juridique du droit commun. Leur propriétaire ne peut pas toujours en user et en disposer comme il l'entend, contrairement au principe de libre disposition par chacun de ses biens, posé par l'article 537 du Code civil qui renvoie à la libre cessibilité et à la libre saisissabilité. Ceci est justifié par le fait qu'ils sont transcendés par leur destination<sup>120</sup>. En dehors des biens destinés au service d'une valeur d'intérêt général qui s'éloignent un peu de la préoccupation actuelle,

<sup>113</sup> A. DECOCQ, *op. cit.*, n° 583, p. 426.

<sup>114</sup> Dans ce domaine, les idées des Professeurs ZENATI et REVET sont innovantes. Reposant sur une analyse de la personnalité juridique comme bien objet de propriété, il s'agit ici de distinguer la personne de son corps, puis de distinguer encore le corps de ses éléments : Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 2006. Aussi, une auteure a-t-elle écrit que « déjà, AUBRY et RAU notaient dans leur traité que les biens innés ne font pas partie du patrimoine visé aux anciens articles 2092 et 2093 du Code civil. C'était déjà reconnaître que des biens peuvent exister en dehors du patrimoine » (nous soulignons) : B. KAN-BALIVET, « Le patrimoine fiduciaire », in *Personne et patrimoine en Droit – Variation sur une connexion*, éd. Bruylant 2014.

<sup>115</sup> J. AUDIER, Les droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, Aix-Marseille III, LGDJ, 1979, p. 303.

<sup>116</sup> Expression employée par : L. BERARD, Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de

communauté, thèse, Paris, 1902 ; R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939, n° 213 ; M. CACHIA, « Les droits patrimoniaux à caractère personnel dans le régime de communauté », RTD civ., 1950 ; P. BLONDEL, La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, Dijon, LGDJ, 1969.

<sup>117</sup> J. AUDIER, *op. cit.*, p. 482.

<sup>118</sup> Ibid., p. 480.

<sup>119</sup> Deux raisons sous-tendent la discussion : d'une part et par principe, le régime doit être homogène pour tous les droits s'y inscrivant. Or, on note une divergence entre ces différents droits. D'autre part, il ne s'agit d'une catégorie nouvelle que par opposition aux catégories existantes, J. AUDIER, *op. cit.*, p. 481.

<sup>120</sup> B. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, 2008.

on rencontre les biens qui entretiennent un lien avec la personne qui les détient, mais encore ceux qui participent à la dignité de cette dernière. Ce sont en effet des éléments ordinaires qui devraient pouvoir circuler selon les règles du droit commun et se couler dans la *summa* division traditionnelle qui les oppose à la personne<sup>121</sup>. Pourtant, leur attachement à la personne ou à sa famille les dote d'un régime particulier. Ce sont des biens *a priori* personnels, mais dont le lien avec la personne de leur propriétaire influence le régime. Ces biens se personnifient au sens où leur participation à l'identité, à la dignité ou au respect de la vie privée et familiale de la personne implique qu'ils en deviennent indissociables<sup>122</sup>. Ceci participe de la nécessité de conserver l'« utilité personnelle » de ces biens.

En outre, à l'instar de ces biens « personnels », certains parmi les plus « économiques » sont étroitement liés à la personne de leur propriétaire, de sorte que la distinction des biens et des personnes se fausse quelque peu et qu'il est difficile de les traiter comme des biens ordinaires. Néanmoins, et à la différence des biens personnels, les biens dont il est question ici ont un rôle tout à fait particulier en ce qu'ils conditionnent le respect de la personne et son insertion sociale immédiate dans la société dans laquelle elle vit. C'est en quoi cette catégorie renferme des biens qui pourraient être qualifiés « de dignité ». Rentrent dans cette catégorie, les pensions et créances à caractère alimentaire, ainsi qu'une fraction du salaire et une partie des sommes en banque, considérées et

protégées comme des « restes à vivre ». Ainsi en est-il, également, des biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail de la personne et de sa famille, des objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des malades. Plus récents encore, les droits sur l'immeuble d'habitation, qu'ils prennent la forme d'un droit de propriété, d'un droit au bail, d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation, ainsi que les meubles meublants. Alors que l'immeuble servant de logement était considéré comme un bien purement économique, il est aujourd'hui regardé comme la condition de la dignité de la personne et de sa famille, de leur insertion sociale, ainsi que du plein épanouissement de leur vie privée et familiale<sup>123</sup>.

Par ailleurs, par le mécanisme de la création, les œuvres artistiques et littéraires, par leur accessibilité à l'échange, sont des biens patrimoniaux, mais leur caractère particulier entraîne l'application de règles spécifiques<sup>124</sup>. Aussi, les parts sociales revêtent-elles une certaine dimension extrapatrimoniale, qui conduit de la même manière à mettre en œuvre un régime original. Avant même le régime, le problème se pose de la nature de ces droits sur laquelle il règne une incertitude.

## 2. La nature incertaine

La confusion jugée infondée par certains<sup>125</sup>, entre le patrimonial et les biens d'un côté, et entre la personne et

retrait du commerce où elles avaient pu être placées : Ce droit moral de retrait n'a pas jusqu'à ce jour été théorisé. Ce sont ces deux points, l'appréhension des choses empreintes de subjectivité par le régime des biens, et leur spécificité au sein de ce régime, que nous avons entrepris d'étudier ».

<sup>123</sup> C'est le résultat de la jonction entre protection de la vie privée et logement, initiée par la Cour EDH et sa conception offensive du domicile en tant que lieu du « bien-être personnel » (Not. CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, GACEDH, p. 496), ainsi que le Conseil constitutionnel, énonçant l'« objectif à valeur constitutionnelle » que chacun dispose d'un « logement décent » (Cons. Const., déc. n° 95-359 DC, 19 janv. 1995, *D. 1995*, p. 283, chr. H. Pauliat.

<sup>124</sup> A. SERIAUX, « Biens patrimoniaux à dimensions extrapatrimoniales », *Rép. civ. Dalloz*, v° Patrimoine, 2010, n° 28, p. 8.

<sup>125</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 120, p. 106.

<sup>121</sup> C'est le cas des biens et souvenirs de famille. J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 4.25, p. 246-247.

<sup>122</sup> C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, thèse, Paris 1, 2008 : « Les choses empreintes de subjectivité sont des choses dont le droit prend en compte le caractère empreint de subjectivité pour fixer le régime. Ces choses, empreintes de subjectivité individuelle, comme le corps humain, ses éléments et produits, le nom, l'image, la voix, la force de travail, les œuvres de l'esprit de l'individu, ou de subjectivité familiale, comme les sépultures et les souvenirs de famille, sont juridiquement des choses. Elles sont donc appréhendées par le droit des choses, et non le droit des personnes ; et en tant qu'elles sont appropriées et dans la circulation entre les personnes, elles sont appréhendées par le droit des biens. Au sein de ce régime de droit des biens, néanmoins, elles bénéficient d'un régime particulier, caractérisé par l'octroi à la personne de la subjectivité de laquelle elles sont empreintes d'un droit moral de

l'extrapatrimonial de l'autre, invite à redéfinir la distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux. D'autres se sont ainsi intéressés à la question des « biens extrapatrimoniaux » comme catégorie de biens en dehors du patrimoine<sup>126</sup>. Mais, même appréhendés ainsi, ces biens ne renseignent pas clairement sur leur véritable nature. Si l'on convient qu'il s'agit de biens, on serait tenté de retenir qu'ils sont susceptibles d'appropriation. Le cas échéant, il n'y aurait aucun obstacle à leur cession, à leur transmission, voire à leur saisie par les tiers. Mais, l'aspect extrapatrimonial qui s'y ajoute ferait échec à cette considération. À l'analyse, ce sont des droits qui sont appelés à demeurer instables entre les deux catégories. Pendant qu'ils seront à l'état de repos, c'est-à-dire dans le contexte normal de leur utilisation, on les considérera comme des droits extrapatrimoniaux. Mais, lorsque des incidents surviendraient quant à leur exploitation, ou lorsqu'ils viendraient à subir d'atteintes, leur nature première, autrement dit leur caractère pécuniaire réparateur, à travers les retombées économiques qui découleraient de la réparation à laquelle seront appelés les auteurs desdites atteintes.

Cette instabilité, promise et constatée depuis un certain temps déjà, permet-elle pour autant de penser à l'abandon de la *summa divisio* et d'adopter une nouvelle classification des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux ? C'est la solution, certes pas dénuée d'intérêt, mais radicale, que préconisent certains<sup>127</sup>. En effet, la division ou classification est, en droit, un instrument principalement technique qui fait entrer les réalités dans des cadres destinés à en préciser les contours et à rendre plus aisée et plus sûre l'adaptation de la discipline juridique à la vie<sup>128</sup>. Si donc une division préexistante ne remplit plus ces critères, ne faut-il pas songer à la remplacer par une nouvelle qui en faciliterait la compréhension ? Or, il est relevé que la classification des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux n'indique pas le régime juridique du droit dont la loi n'a pas précisé la nature ou les caractères<sup>129</sup>. En outre, « les droits attachés à la personne » sont venus interférer dans la compréhension actuelle de la distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux<sup>130</sup>, soulignant à leur tour la fragilité et peut-être l'inutilité de cette distinction<sup>131</sup> qui ne s'avère que descriptive. Par exemple, si le droit reste sous le pouvoir exclusif du titulaire, ce n'est pas parce qu'il est extrapatrimonial (le versant patrimonial étant

<sup>126</sup> Ces alternatives rappellent bien les problématiques liées au patrimoine même qui, situé entre l'être et l'avoir, entre l'objet et le sujet, semble relever d'une nature ambivalente. La présentation de ces différents mouvements doctrinaux est faite par A. ZABALZA, « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. Traités, 2013. Dans le sens de cette étude, v. également, A. SERIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994 : « le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu'a le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial » ; FR. ZÉNATI et TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, n° 03, 1997.

<sup>127</sup> D'autres auteurs ont, quand même, mis en avant l'insuffisance des catégories existantes et proposent en conséquence une gradation de la patrimonialité. Voir, entre autres, P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.*, 1966 ; J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux : à caractère personnel*, thèse, Aix-en-Provence 1979.

<sup>128</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, éd. Sirey, 1914.

<sup>129</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.*

<sup>130</sup> *Idem*. Cette auteure souligne qu'il « y a des droits patrimoniaux dont l'exercice est lié à l'existence d'un intérêt moral comme "les droits exclusivement attachés à la personne" au sens de l'article 1166 du Code civil ».

<sup>131</sup> On pourrait considérer que ne sont patrimoniaux que les droits sur lesquels les tiers ont un pouvoir d'action. On aurait d'ailleurs, en matière de relations entre créancier et débiteur, une identification du patrimoine au gage, conformément à l'acception classique. Mais cela signifierait que les droits attachés à la personne tels qu'en dispose notamment l'article 1166 du Code civil ne sont pas patrimoniaux, contrairement à l'intention du législateur et à l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine. D'autre part, à partir de quel moment pourrait-on décider que tel droit est tombé dans le patrimoine de son titulaire ? Et où se trouvait-il avant ? L'extrapatrimonial serait ainsi dans l'air, sans contenant, mais attaché à la personne du titulaire. Cette attache à la personne peut cependant être comprise comme en dispose l'acception patrimoniale. V. DAUDET, *op. cit.*, note 1298, p. 335.

lui-même concerné), mais parce qu'il est attaché à sa personne. La conséquence en est que tout est « remis en question ; tout perd son originalité propre pour se dissoudre dans l'imprécision »<sup>132</sup>. Ce constat est accentué par l'identité du régime des droits patrimoniaux de la personnalité avec celui des droits extrapatrimoniaux. En d'autres termes, il s'agit d'un régime d'emprunt.

## B. L'emprunt du régime des droit extrapatrimoniaux

On peut aisément admettre qu'il existe, aujourd'hui, à la frontière de la personne et du patrimoine, des attributs de la première qui, bien que susceptibles d'une appréciation en argent, ne sont pas inclus dans le second<sup>133</sup>. Parmi les biens, on distingue, en effet, les « biens personnes ou innés » et les « biens extérieurs ou acquis ». Les biens innés se confondent avec l'existence même de la personne titulaire de droits sur eux<sup>134</sup>. De la sorte, le régime applicable aux droits extrapatrimoniaux et aux droits patrimoniaux exclusivement attachés à la personne est rigoureusement le même<sup>135</sup>. Une similarité dans les solutions applicables à l'ensemble des droits concernés conduit à remettre en cause la pertinence de la distinction. On retient que si le régime de protection des droits patrimoniaux de la personnalité est affirmé (1), leur transmissibilité reste incertaine (2).

<sup>132</sup> B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 1947.

<sup>133</sup> P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *op. cit.*, p. 185 et s., n°26.

<sup>134</sup> K. F. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, I, §168, p. 356, trad. par. V. LASSÈRE, in *La doctrine du patrimoine de Zachariae*, mémoire de DEA, Paris II, 1995.

<sup>135</sup> *Ibid.*, n° 535, p. 337.

<sup>136</sup> *Ibid.*, n° 541, p. 340-341.

<sup>137</sup> V. égal. en ce sens : J. AUDIER, Les droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse Aix-Marseille III, LGDJ, 1979 : « Le caractère personnel de ces droits patrimoniaux fondé sur les qualités personnelles de leur titulaire est protégé de la façon que l'on a pu juger dans les développements précédents. On ne peut parler de régime juridique commun. Cela est impossible puisque le caractère personnel du droit répond aux qualités personnelles nécessaires pour l'exercer. Il connaît une protection variable dans sa force et sa nature, comme lui-même

## 1. Un régime de protection affirmé

L'extrapatrimonialité est utilisée afin de garantir certains objectifs, notamment de protection. En cela, les droits extrapatrimoniaux ne sont pas une véritable catégorie juridique au sens technique<sup>136</sup>. L'objectif traditionnellement prêté à la catégorisation, visant à appliquer un régime uniforme aux biens relevant de la catégorie, ne peut en effet être atteint<sup>137</sup>. La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial est ainsi censée conduire à l'application de règles juridiques précises et protectrices : inaliénabilité, intransmissibilité, insaisissabilité, imprescriptibilité. Cela dit, la classification extrapatrimoniale ne viserait pas seulement l'application d'un régime uniforme, mais constitue bien plus un moyen de protéger certaines prérogatives juridiques de l'individu apparaissant trop liées à sa personnalité et à son être pour subir les conséquences traditionnellement prêtées aux droits patrimoniaux<sup>138</sup>. Refusant la commercialisation de ces valeurs, rejetant leur appréhension ou leur mise en œuvre par les tiers et notamment les créanciers, la doctrine a alors opté pour une solution radicale consistant à extraire l'ensemble de ces valeurs du patrimoine de l'individu. C'est en cela que ceux qui jugent inopportune ou inutile la catégorie des droits extrapatrimoniaux font fausse route. Par exemple, on décèle un intérêt aux droits extrapatrimoniaux en ce que ces droits sont soustraits au pouvoir du liquidateur.

varie dans sa force et sa nature. Mais on a pu constater la profonde unité téléologique des règles existantes qui forment ainsi un ensemble cohérent, un régime dominant. » Ce choix de régimes convenant globalement aux biens concernés pourrait cependant s'effacer devant la recherche de critères précis déterminant à chaque fois quelles sont les règles applicables à chaque bien. Les droits sujets à l'incessibilité pourraient par exemple être définis selon une formulation objective. Les critères alors dégagés ne se confondraient pas avec ceux des droits et actions attachés à la personne, mais les croiseraient.

<sup>138</sup> V. R. NERSON, *op. cit.*, et précisément la préface de P. ROUBIER : « la valeur de la personne humaine est en train de prendre une revanche éclatante contre un système d'économie trop exclusivement fondé sur le patrimoine et la possession des richesses, qui a eu le grave tort de perdre de vue que les richesses sont faites pour l'homme et non l'homme pour les richesses », p. 8. V. égal. L. COLLET, La notion de droit extrapatrimonial, thèse, Paris II, 1992.

Les actions en réparation des dommages moraux résultant d'une atteinte à la personnalité du titulaire (vie privée, nom, image...) doivent rester sous le pouvoir exclusif du titulaire<sup>139</sup>, de même que l'ensemble des droits et actions extrapatrimoniaux<sup>140</sup>.

Le régime de protection des droits patrimoniaux ayant un caractère personnel est alors un régime d'emprunt qui confère la même force à ces droits. Parce que les droits extrapatrimoniaux sont inaliénables, insaisissables, les droits patrimoniaux à caractère personnel seront également inaliénables, insaisissables.

L'on ne doit, cependant, pas se limiter à l'affirmation de la finalité protectrice de l'extrapatrimonialisation des droits patrimoniaux. Il faut encore savoir par quel moyen cette fonction protectrice peut être atteinte. Ces objectifs sont-ils remplis par la distinction du titre et de la finance ? La réponse affirmative s'impose dans la mesure où, sans recourir à la notion d'extrapatrimonialité, la simple reconnaissance d'un titre attaché à la personne du titulaire permet de laisser à celui-ci le pouvoir discrétionnaire de mettre ou non en œuvre son droit<sup>141</sup>. Le titulaire est alors protégé contre les tiers. Aussi, comme pour les droits extrapatrimoniaux, cette protection ne s'étend pas au-delà de sa mise en œuvre quant aux conséquences pécuniaires (ou plus généralement juridiques) en résultant. L'assimilation des actuels droits extrapatrimoniaux aux droits patrimoniaux attachés à la personne ne pose donc aucun problème si la protection recherchée est assurée grâce à la notion de titre<sup>142</sup>. Cette protection assurée, la transmissibilité des droits patrimoniaux de la personnalité devient incertaine.

## 2. Une transmissibilité incertaine

Si les droits patrimoniaux à caractère personnel empruntent le régime des droits extrapatrimoniaux, la logique voudrait que, comme ces derniers, ils soient frappés de la règle de l'intransmissibilité. Le propre des droits extrapatrimoniaux, c'est qu'ils ne peuvent par nature circuler librement, sauf autorisation expresse de la loi. Le droit est, en effet, un pouvoir d'agir de la personne, un pouvoir, une puissance d'agir de la personne. C'est, tant qu'il dure, une partie de la personne même, ou, mieux peut-être, une modalité de la personne. Le pouvoir d'agir d'une personne ne peut pas, à proprement parler, lui survivre, ni se séparer d'elle et passer dans une autre personne. Si on écarte les voiles du langage et qu'on accepte de regarder à nu les réalités, il n'y aurait pas de droits transmissibles et pas non plus de transmission de droits. C'est à ce régime qu'empruntent les droits attachés aux biens personnels et aux biens de dignité, du fait de leur rattachement à la personne qui les détient. Quelle utilité aurait pour une personne un bien qui entretient une certaine intimité particulière avec une autre ? L'utilité que cette dernière retire du bien peut-elle être partagée avec une autre ? Dans le cadre des relations de couples, le législateur a bien fait œuvre utile en disposant qu'au divorce, chaque époux conserve ses biens personnels ou plutôt intimes. De même, les alliances, les souvenirs de famille, les photos serviraient-ils pareillement d'autres familles que celles qui en étaient dépositaires ? Davantage, en ce qui concerne les biens de la dignité, les droits qu'ils confèrent à leur titulaire ne sont destinés qu'à satisfaire les besoins de ce dernier seul. À quelle fin doit-on envisager leur transmission ? Quel intérêt tirerait une personne « normale » qui récupère les objets qui étaient indispensables à une personne handicapée

<sup>139</sup> J. RAVANAS, « La défense des attributs de la personnalité d'un débiteur en liquidation judiciaire », D., n° 2, 2001. C'est pourquoi des condamnations non pécuniaires sont également demandées par les victimes, ces condamnations échappant alors au dessaisissement.

<sup>140</sup> C'est justement ce respect de l'autonomie des personnes humaines qui a conduit à la formulation de la théorie des droits de la personnalité. A. DECOCQ, *op. cit.*, n° 3, p. 4. « Réserve à la personne un véritable pouvoir de contrôle sur l'usage qui peut être fait de sa personnalité, les droits de la personnalité ont en commun l'entière liberté d'action de leur

titulaire à l'intérieur de la sphère protégée : qu'il s'agisse de consentir ou de poursuivre une atteinte à la personnalité, cette décision résultera toujours d'une appréciation éminemment subjective de la nature de l'acte et des limites que l'individu entend fixer au respect de sa personnalité. Le jugement qu'elle suppose doit donc lui être exclusivement réservé ». G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, thèse, Paris I, LGDJ, 1997.

<sup>141</sup> V. DAUDET, *op. cit.*, n° 543, p. 342.

<sup>142</sup> *Idem.*

ou destinée aux soins d'un malade ? Il va sans dire que, même si la loi venait à admettre la transmissibilité des droits patrimoniaux revêtant ce caractère personnel, la réalisation pratique se heurterait à des limites réelles. L'appropriation par une personne d'une chose suppose toujours que celle-ci y trouve une utilité. Manifestement, dans le cas des droits patrimoniaux qui suivent le régime juridique des droits extrapatrimoniaux, on note une incertitude sur l'utilité que peut retirer une personne qui s'en approprierait.

Par ailleurs, le respect de la dignité de l'autre devrait retenir le titulaire d'un droit du genre à entreprendre de le transmettre à celle-ci. Une fois encore, quel avantage une personne handicapée peut-elle prétendre apporter à une personne qui ne l'est pas, en entreprenant de lui transmettre les objets qui ne sont indispensables qu'à elle seule ? La même interrogation intéresse le malade qui veut transmettre ou céder les objets destinés à ses soins.

Finalement, ne peut-on pas retenir que, à l'instar des droits extrapatrimoniaux, parce qu'ils sont rattachés matériellement, juridiquement et symboliquement à la personne juridique, les droits patrimoniaux à caractère personnel ne sont jamais, ou plutôt ne sont pas toujours transmis<sup>143</sup>. Il n'y aurait donc que disparition du lien de titularité d'un côté et naissance d'une nouvelle titularité de l'autre<sup>144</sup>. Cependant, l'incertitude surgit de la précision nuancée selon laquelle le principe n'est pas, d'une part, celui de l'intransmissibilité, non seulement de la catégorie des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, mais de l'ensemble des droits et actions attachés à la personne et d'autre part, celui de la transmissibilité absolue, des règles spécifiques pouvant

s'appliquer<sup>145</sup>. L'attache à la personne n'entraîne en tout cas pas, de manière dogmatique, l'intransmissibilité des droits qu'elle concerne. Ainsi, si elle paraît impossible du vivant de la personne, la transmissibilité des droits patrimoniaux qui lui sont rattachés devient une évidence. Il est même démontré que la transmissibilité à cause de mort est incontestablement la règle pour les droits extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux à caractère personnel<sup>146</sup>.

## Conclusion

A la question de savoir si la fin de « la summa divisio des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux » est pour bientôt, la réponse négative s'impose. Pas que les constats faits du brouillage des frontières entre ces deux catégories soient à négliger. Par exemple, à l'enseignement de Jean Carbonnier selon lequel le droit du patrimoine est l'ensemble que forme le droit des biens avec celui des obligations - en contraste avec les matières extrapatrimoniales (personnes, incapacités, famille)<sup>147</sup> - il a été avancé que cette dichotomie, si chère au Code civil français, mais aussi à celui des États de l'Afrique Noire francophone, anciennement sous la domination française, doit accueillir des nuances que l'apparition de nouveaux biens et surtout de nouvelles considérations a exigé aux catégories juridiques fixées. Le constat d'une convergence entre ces deux sphères, personnelle et réelle, a inspiré la réflexion dans le sens de la recherche du critère qui partage le patrimonial de l'extrapatrimonial<sup>148</sup>. Ce sont, surtout, les droits attachés à la personne qui interfèrent dans la compréhension actuelle de la distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux<sup>149</sup>. Ils révèlent ainsi la fragilité et peut-être l'inutilité de cette distinction<sup>150</sup>

<sup>143</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, n° 482, p. 382.

<sup>144</sup> *Idem.*

<sup>145</sup> P. BLONDEL, *op. cit.*, p. 95, p. 176.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 177. Voir également I. ZRIBI, *Le sort posthume de la personne humaine en droit privé*, thèse, Paris I, 2005 [non publié]. L'auteur souligne le grand nombre de droits, d'actions et d'obligations attachés à la personne (qu'il assimile aux droits patrimoniaux à caractère personnel) et ne s'éteignant pas au décès.

<sup>147</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, t. 2, PUF 2004.

<sup>148</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, p. 472.

<sup>149</sup> En ce sens, V. F. HAGE-CHAHINE, *loc. cit.*, p. 708, qui souligne qu'il « y a des droits patrimoniaux dont l'exercice est lié à l'existence d'un intérêt moral comme "les droits exclusivement attachés à la personne" au sens de l'article 1166 du Code civil ».

<sup>150</sup> On pourrait considérer que ne sont patrimoniaux que les droits sur lesquels les tiers ont un pouvoir d'action. On aurait d'ailleurs, en matière de relations entre créancier et débiteur, une identification du patrimoine au gage, conformément à l'acception classique. Mais cela signifierait que

qui ne s'avère que descriptive, car, si le droit reste sous le pouvoir exclusif du titulaire, ce n'est pas parce qu'il est extrapatrimonial (le versant patrimonial étant lui-même concerné), mais parce qu'il est attaché à sa personne. Tout est ainsi remis en question, tout perd son originalité propre pour se dissoudre dans l'imprécision<sup>151</sup>. Il est quand même constant qu'aussi bien la patrimonialisation des droits extrapatrimoniaux que l'extrapatrimonialisation des droits patrimoniaux sont aussi fondés que nécessaires. Pas non plus que les « essais de nouvelles classifications des droits privés » soient dénués de tout intérêt. Mais, les limites qui en ont été ressorties invitent à plus de prudence. Ils ne permettraient, en effet, pas d'identifier le critère qui en détermine les contours<sup>152</sup>. Ne serait-il pas judicieux de maintenir la distinction, puis de trouver des formules appropriées pour situer les différents droits dans l'une ou l'autre des catégories. La réponse aux questions suivantes devrait pouvoir y conduire. Premièrement, il faut chercher à savoir à partir de quel moment on pourrait décider que tel droit est tombé dans le patrimoine de son titulaire ou qu'il en est exclu. Cela suppose que la question préalable de savoir où se trouvait ce droit est réglée. Ne peut-on pas, par exemple, envisager, à l'intérieur de chaque catégorie, des droits primaires et des droits dérivés. Le cas échéant, le droit sera dit « primaire » chaque fois qu'il sera reconnu à tous les êtres humains en considération de l'humanité et de la dignité en chacun et s'attachera ainsi sans discrimination à la personnalité *per se*<sup>153</sup>. Il relèverait alors en quelque sorte de la primauté de la personnalité ou encore du premier degré de celle-ci. Quant au droit « dérivé », à la différence du droit « primaire », sa reconnaissance supposerait que la personnalité a acquis une valeur patrimoniale par l'effet de la notoriété du sujet, de sorte que l'on peut considérer qu'il procède, ainsi, d'une dérivation de la personnalité ou d'un second degré de celle-

ci<sup>154</sup>. On serait finalement dans le schéma qui invite à considérer ces droits comme dotés d'une double nature, à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale<sup>155</sup>, avec pour régime juridique dominant celui qu'impose le droit primaire.

---

les droits attachés à la personne tels qu'en dispose notamment l'article 1166 du Code civil français ne sont pas patrimoniaux, contrairement à l'intention du législateur et à l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine.

<sup>151</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947.

<sup>152</sup> P. BOUATHONG, *op. cit.*, p. 109.

<sup>153</sup> G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 333.

<sup>154</sup> *Idem.*

<sup>155</sup> E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161 et s. Dans une certaine mesure, v. également G. LOISEAU qui propose de retenir l'existence de « droits dérivés », in *Le nom objet du contrat*, LGDJ, 1997 ; du même auteur, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47.

## LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT SOCIAL POUR INSUFFISANCE D'ACTIF EN DROIT OHADA

Simon De Gaulle NJONGA MOUKALA  
Chargé de cours à l'université de Douala

### Résumé

Le chef d'entreprise qui, par sa faute, occasionne la défaillance économique de son entreprise, engage sa responsabilité. Sur quel fondement une telle responsabilité peut-elle être recherchée ? L'action en comblement du passif prévue à l'article 183 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif vise à engager la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux. Calquée de la responsabilité civile de droit commun, la responsabilité pour insuffisance d'actif est engagée par la réunion du tryptique : faute de gestion, préjudice et lien de causalité. En cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux. Le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable lui permettant de décider de celui ou de ceux des dirigeants qui supporteront le passif ainsi que du montant supporté. Toutefois, celui-ci ne peut être supérieur au montant de l'insuffisance d'actif. La procédure collective peut même être étendue au dirigeant qui n'a pas acquitté le passif créé par sa faute. Il s'agit donc d'une responsabilité spéciale, dérogatoire de la responsabilité civile de droit commun.

### Introduction

Visée par l'article 183 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, la responsabilité pour insuffisance d'actif participe de l'idée générale selon laquelle il convient de sanctionner les dirigeants sociaux, de droit comme de fait, qui ont contribué, par leurs actions ou leur inaction, à la création ou à l'aggravation de la situation de la société. Il ressort clairement de ce texte que lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs, ou même d'office, que les dettes<sup>1</sup> de la personne morale sont supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre

eux. La responsabilité du dirigeant social sera alors mise en jeu par le biais de l'action en comblement du passif qui se prescrit par trois ans et qui repose sur une triple condition : la faute de gestion, le préjudice ou l'insuffisance d'actif et le lien de causalité entre la faute de gestion et le dommage.

La faute de gestion, même si elle n'est pas clairement définie, peut consister en une erreur de gestion, une violation des règles légales ou statutaires de gestion. La Cour de cassation française relève, à défaut de définition légale, que l'appréciation de la faute de gestion relève du pouvoir souverain des juges du fond et qu'en ce qui la concerne, elle n'opère qu'un simple contrôle de qualification<sup>2</sup>. Précisément, la faute de gestion est susceptible de revêtir deux aspects : un

<sup>1</sup> Sur la notion de dette : Ch. BOERIO, *La dette*, thèse, Paris 1, 2023.

<sup>2</sup> Cass. com. 13 nov 2007, *Gaz. Pal.*, 24 janv 2008, n°24, p. 68, note Th. MONTERAN; Cass. com., 17 mars 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, P46, n°9, note A. MARTIN-SERF.



aspect positif et un aspect négatif<sup>3</sup>. La faute positive de gestion est constituée en cas de défaut de comptabilité, de conclusion ou de continuation de contrats désavantageux, de la poursuite d'une exploitation déficitaire. La faute négative de gestion, en revanche, désigne le fait de n'avoir pas pris à un certain moment une décision déterminée. C'est le cas notamment de la non-désignation d'un organe prévu par les statuts ou la loi tel le commissaire aux comptes, de l'omission de déclaration de la perte de la moitié du capital social.

L'insuffisance d'actif représente la fraction de créances qui n'a pas été remboursée sur le patrimoine de la société. Elle est établie par le tribunal et doit exister dès l'ouverture de la procédure collective. Autrement dit, l'insuffisance d'actif existe lorsque le passif est supérieur à l'actif disponible<sup>4</sup>. Cependant, il convient de préciser que la responsabilité du dirigeant social pour insuffisance d'actif est distincte de la responsabilité civile de droit commun, en dépit de l'identité de leurs conditions de mise en œuvre : l'exigence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. En effet, originale par sa nature singulière et ses finalités multiples, elle divise notamment en ce qu'elle s'accommode très mal des canons de la responsabilité civile et de l'approche classique de la réparation du préjudice<sup>5</sup>. Quelle est donc la nature d'une telle responsabilité ? La responsabilité pour insuffisance d'actif relève-t-elle d'un régime spécial dérogatoire du droit commun de la responsabilité civile ?

L'intérêt d'un tel questionnement vise en réalité à démontrer que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est exclusive de la responsabilité de droit commun, la jurisprudence en interdit d'ailleurs le cumul<sup>6</sup>. Même si elle n'en fonctionne pas moins comme une « action en responsabilité », il est indéniable qu'il s'agit d'une

<sup>3</sup> P.-G. POUGOUE et Y.R. KALIEU ELONGO, *op.cit.*, p. 97, n°290.

<sup>4</sup> A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2, p. 237.

<sup>5</sup> I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *Bulletin Joly Sociétés*, octobre 2018, p. 600.

responsabilité atypique dotée d'une double fonction réparatrice et sanctionnatrice<sup>7</sup> : elle consistera à réparer le préjudice subi par les créanciers et à sanctionner le dirigeant fautif. Il est alors, de toute évidence, possible de considérer que l'originalité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif réside dans l'existence de conditions strictes (I) et des effets dynamiques (II).

## I. Une responsabilité spéciale aux conditions strictes

Le dirigeant d'une personne morale faisant l'objet d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens laissant apparaître une insuffisance d'actifs peut voir sa responsabilité engagée. La mise en œuvre d'une telle responsabilité requiert l'existence des conditions de fond (A) et de forme (B).

### A. Les exigences d'ordre substantiel

La mise en jeu de la responsabilité des dirigeants sociaux pour insuffisance d'actifs nécessite la réunion de trois conditions essentielles : une faute de gestion (1), un préjudice (2) et un lien de causalité (3).

#### 1. La caractérisation d'une faute de gestion

La faute de gestion ne fait l'objet d'aucune définition légale. Il est néanmoins possible de convenir qu'elle peut consister non seulement en une erreur de gestion ou en une imprudence, mais également en une violation de la loi ou des statuts. L'absence de définition légale laisse une marge de manœuvre considérable aux tribunaux dans l'appréciation de la notion de faute de gestion. La jurisprudence française considère qu'il s'agit de toute faute du dirigeant, qu'elle soit

<sup>6</sup> Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-12810 : *Bull.civ.* IV, n° 187.

<sup>7</sup> M. GERMAIN, « L'action en comblement du passif, entre droit commun et droit spécial », in *Le Code de commerce, 1807-2007*, 2007, Dalloz, p. 243.

légère, grave, lourde ou dolosive, qu'elle consiste en un fait positif ou en une abstention, à condition qu'elle soit commise dans le cadre de l'administration et de la gestion de la société<sup>8</sup>. La faute de gestion peut donc être une faute par action comme le défaut de comptabilité, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire<sup>9</sup>, la conclusion ou la poursuite de contrats désavantageux. Elle peut aussi être une faute d'abstention, comme le fait de ne pas déclarer l'état de cessation des paiements dans les délais<sup>10</sup>, la non-désignation d'un organe prévu par les statuts ou la loi tel le commissaire aux comptes, l'omission de la déclaration de la perte de la moitié du capital social, etc.

Il convient de préciser que ne sont susceptibles d'être retenues à l'encontre des dirigeants que les fautes antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective.<sup>11</sup> Il faut, en outre, établir que les fautes de gestion invoquées ont été commises par le dirigeant poursuivi<sup>12</sup>. Par conséquent, ne peuvent être imputées aux dirigeants les fautes de gestion dues à la mésentente entre les associés<sup>13</sup> ou aux administrateurs, les fautes tenant aux manœuvres du président du conseil d'administration et du directeur général les ayant mis dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions<sup>14</sup> ni à un administrateur, la tenue de la comptabilité incomplète dès lors que la tenue de la comptabilité ne lui incombe pas et qu'il n'est pas démontré qu'il s'y soit immiscé<sup>15</sup>. Bien qu'engageant la responsabilité des dirigeants à l'égard des

tiers, la faute de gestion n'a pas besoin d'être détachable de leurs fonctions<sup>16</sup>. Le dirigeant de la société en difficulté ne peut donc invoquer la faute séparable pour écarter sa responsabilité<sup>17</sup>.

## 2. La preuve d'un préjudice : l'insuffisance d'actif

Pour le Professeur SAWADOGO, « il y a insuffisance d'actif lorsqu'il n'y a pas d'actif du tout ou lorsque les frais de réalisation de l'actif excèdent les recettes attendues »<sup>18</sup>. C'est dire qu'il y a insuffisance de l'actif lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers. Le débiteur, et c'est souvent le cas, n'a alors plus d'actif ou n'a plus qu'un actif « quasiment inexistant »<sup>19</sup>. L'insuffisance d'actif doit exister dès l'ouverture de la procédure, et non pas résulter d'une continuation déficitaire de l'exploitation. L'importance de cette insuffisance est d'ailleurs différente selon qu'on en détermine le montant avant ou juste après le jugement d'ouverture de la procédure collective<sup>20</sup>. Il a ainsi été décidé que lorsque l'action en comblement du passif est engagée à la suite de la liquidation de la société, les dettes nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective n'entrent pas dans le passif pris en compte pour calculer le montant de l'insuffisance d'actif qui peut être mis à la charge des dirigeants<sup>21</sup>. L'insuffisance d'actif et son montant sont

<sup>8</sup> A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, op.cit. p. 236.

<sup>9</sup> Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-24.100

<sup>10</sup> Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-23.070, *Bull.* 2014, IV, n° 164 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-16.956, *Bull.* 2015, IV, n° 44.

<sup>11</sup> Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-21.471

<sup>12</sup> Cass. com., 16 avril 1996, *RJDA* 7/96, n° 97.

<sup>13</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2002, n° 99/24938, *RJDA* 6/02, n° 673.

<sup>14</sup> Cass. com., 14 mai 2002, n° 938, *RJDA* 8-9/02, n° 920.

<sup>15</sup> CA Paris, 29 mars 2002, n° 01/9596, *RJDA* 2/03, n° 172, 2<sup>ème</sup> esp.

<sup>16</sup> Cass. com., 28 avril 1998, *J.C.P.*, 1998, éd. E, 1258, note Y. GUYON.

<sup>17</sup> V. WESTER-OUISSSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute séparable des fonctions », *D. affaires*, 1999, p. 782.

<sup>18</sup> F.-M. SAWADOGO, Commentaire de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in ISSA SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2<sup>ème</sup> éd., Juriscope, p. 930.

<sup>19</sup> Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey (NIGER), jugement civil n° 258 du 28 juin 2006, Affaire YOUSOU BACHIR contre Ali DJIMBA, HIMA ASSOUMI, ABDOUL AZIZ KOMBARI et MOUSSA MOSSI (Inédit).

<sup>20</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés-redressement judiciaire-faillite*, 8<sup>ème</sup> éd., Economica, 2001, p. 428.

<sup>21</sup> Cass. com., 28 avril 1998, *RJDA* 8-9/98, n° 1000.

donc appréciés au jour où le tribunal statue sur la sanction<sup>22</sup>. L'insuffisance d'actif doit être indiscutable, son existence doit être certaine et prouvée par le demandeur. La Cour de cassation française n'avait ainsi retenu aucune condamnation contre le dirigeant au motif que l'insuffisance d'actif n'était pas certaine<sup>23</sup>. Il peut cependant arriver que la procédure collective soit clôturée pour extinction du passif, ce qui supposerait alors que le passif a été apuré et que les créanciers ont été désintéressés. Dès lors, en absence de préjudice, l'action en comblement du passif deviendrait sans objet, mieux, invraisemblable.

### 3. L'existence d'un lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif

La faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actifs. Le législateur Ohada n'envisage, en effet, la responsabilité du dirigeant « qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif »<sup>24</sup>. Il est indispensable de caractériser le lien de causalité pour chacune des fautes. Il faut que le lien soit fait avec l'insuffisance d'actif retenue et pas avec une autre dette qui n'y serait pas comprise<sup>25</sup>. Il a ainsi été décidé que la faute tenant à la déclaration tardive de la cessation des paiements ne pouvant exister avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours pour déclarer, elle ne peut contribuer à accroître qu'une insuffisance d'actif née postérieurement à l'expiration de ce délai<sup>26</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation française, pour retenir la responsabilité du dirigeant, Monsieur BONORA, relève que la déclaration de cessation des paiements du 21 septembre 2009 était tardive au regard de la date de cessation des paiements fixée par le jugement d'ouverture au 15 juillet

précédent. Elle retient ensuite que cette faute a contribué à accroître l'insuffisance d'actif résultant d'une augmentation considérable du passif pendant la période du 15 juillet au 21 juillet 2009.

La faute de gestion du dirigeant, bien qu'ayant contribué à l'insuffisance d'actif, peut ne pas être la cause exclusive du préjudice. La théorie de l'équivalence des conditions s'appliquera et permettra alors de surmonter la difficulté liée à la preuve du lien de causalité<sup>27</sup>. Dès lors, une faute légère imputable au dirigeant poursuivi pourra être retenue, alors même qu'elle ne serait pas la seule cause de l'insuffisance d'actif<sup>28</sup>. La causalité partielle est admise par la jurisprudence française : même si la ou les fautes du dirigeant poursuivi n'expliquent qu'en partie l'insuffisance d'actif, ce dirigeant peut être condamné<sup>29</sup>.

## B. Les exigences d'ordre processuel

Le régime procédural de l'action en comblement du passif est clairement précisé par l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, notamment en ce qui concerne l'exercice de l'action (1) et la procédure proprement dite (2).

### 1. L'exercice de l'action en comblement du passif

L'action en comblement du passif est exercée par le syndic représentant la masse des créanciers, le ministère public, deux contrôleurs ou par le tribunal agissant d'office<sup>30</sup>. Quoiqu'étant les victimes directes de l'insuffisance d'actif, les créanciers ne peuvent agir directement et individuellement.

<sup>22</sup> Cass. com., 30 janvier 1990, *Bull. civ.* IV, n° 30.

<sup>23</sup> Cass. com., 3 décembre 2003, n° 1744, *RJDA* 4/04, n° 458.

<sup>24</sup> Art. 183 AUPCAP (Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif).

<sup>25</sup> Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-21.471.

<sup>26</sup> Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-11.737.

<sup>27</sup> N. BLANC, T. LE GUEUT, A.-C. MARTIN et A.V. LE FUR, *Droit des affaires*, LGDJ, 2019, p. 511.

<sup>28</sup> DERRIDA, GODE et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1991, p. 1019.

<sup>29</sup> Cass. com., 17 fév. 1998 : *D. aff.* 1998, 475 ; *Bull. Joby*, 1998, 644, note DAIGRE.

<sup>30</sup> Art. 183 AUPCAP.

Cette solution est fondée si le préjudice subi par les créanciers a un caractère collectif. En revanche, l'action individuelle doit être déclarée recevable si le créancier a subi un dommage qui lui est propre<sup>31</sup>. Il convient de préciser que l'assignation du syndic ou celle des contrôleurs, ou la requête du ministère public, doit être signifiée à chaque dirigeant mis en cause huit jours au moins avant l'audience. Lorsque le tribunal se saisit d'office, le président les fait convoquer par signification d'huissier de justice ou notification, par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, à la diligence du greffier, dans les mêmes délais<sup>32</sup>.

L'action en comblement du passif revêt désormais un aspect quasi répressif au regard de la possible intervention du ministère public et de la faculté du tribunal de se saisir d'office. En effet, s'il s'agissait d'une simple réparation, on comprendrait mal que celle-ci soit ordonnée alors que les victimes ne l'ont pas réclamée. Cette faculté d'action du tribunal et du ministère public permet certainement de pallier l'impéritie éventuelle des organes de la procédure et les collusions entre le dirigeant et certains créanciers<sup>33</sup>.

L'action en comblement du passif est susceptible d'être exercée contre les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et aux personnes physiques, représentants permanents des personnes morales dirigeantes<sup>34</sup>. Les dirigeants de droit sont ceux qui sont désignés dans des conditions régulières et ont le pouvoir de diriger la société. C'est notamment le cas des gérants de SARL, des dirigeants d'une SAS<sup>35</sup>, le président par exemple, le directeur général ou même le directeur général délégué d'une société anonyme<sup>36</sup>.

Ils s'opposent aux dirigeants de fait<sup>37</sup> qui accomplissent en toute indépendance des actes positifs de gestion et de direction<sup>38</sup>.

Plus délicate est la problématique liée à la responsabilité du dirigeant bénévole pour insuffisance d'actif. Le législateur OHADA précise que le dirigeant non rémunéré ou bénévole peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il a commis une faute ayant entraîné l'insuffisance d'actif. On se serait peut-être attendu à une application moins rigoureuse de la loi comparativement au dirigeant qui reçoit un salaire, dans la mesure où on peut considérer qu'il s'agit d'un service rendu aux associés<sup>39</sup>. Le dirigeant bénévole doit-il être épargné des rigueurs de l'action en comblement du passif ? La Cour de cassation française s'est inscrite dans la même logique que le législateur OHADA dans l'affaire suivante : une SAS est placée en redressement puis en liquidation judiciaire. Le liquidateur recherche la responsabilité de son président pour insuffisance d'actifs. La cour d'appel d'Amiens le condamne à payer 500.000 euros au liquidateur au titre de sa contribution à l'insuffisance d'actif. La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi du dirigeant, en approuvant la cour d'appel d'avoir énoncé « que l'article 1992 alinéa 2 du Code civil selon lequel la responsabilité générale d'un mandataire est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, ne concerne pas la situation du dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire poursuivi en paiement de l'insuffisance d'actif de celle-ci sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, la responsabilité de ce dirigeant s'appréciant, sur le fondement de ce texte spécial, de la même manière, qu'il soit rémunéré ou non »<sup>40</sup>. La

<sup>31</sup> Art. 162 AUSCGIE (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique).

<sup>32</sup> Art. 183 al. 3 AUPCAP.

<sup>33</sup> GUYON (Y), *op. cit.*, p. 431.

<sup>34</sup> Art. 180 AUPCAP.

<sup>35</sup> Cass. com., 9 sept. 2020, n° 18-12.444.

<sup>36</sup> Cass. com., 5 mai 2021, n° 19-23.575.

<sup>37</sup> NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *J.C.P.*, 1980, éd. C.I., I, 8560.

<sup>38</sup> Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649.

<sup>39</sup> M. THIBERGE, « Sort de l'entreprise, des dirigeants et des tiers », *Actualités des procédures collectives civiles et commerciales*, LexisNexis, n° 4, février 2021, p. 7.

<sup>40</sup> Cass. com., 9 déc. 2020, 18-24.730, F-P+B : JurisData n° 2020-020178.

gratuité des fonctions n'est donc pas une cause d'irresponsabilité<sup>41</sup>.

## 2. Le régime procédural

La juridiction compétente pour connaître de l'action en comblement du passif est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale<sup>42</sup>. Cette solution est conforme au principe de l'unité de procédure et a pour conséquence que les dirigeants personnes physiques seront justiciables d'une juridiction commerciale. La juridiction territorialement compétente est celle dans le ressort de laquelle la société a son siège ou son principal établissement<sup>43</sup>. La juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise. Le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ses dirigeants<sup>44</sup>. Le juge statue en audience non publique après avoir entendu le rapport du juge-commissaire et les dirigeants<sup>45</sup>. La discrétion du procédé permet au dirigeant de présenter ses moyens de défense sans craindre de divulguer un renseignement qui pourrait nuire à la société ou à un tiers. La publication de la décision est effectuée à la diligence et sous la responsabilité du syndic<sup>46</sup>. Elle est faite au registre du commerce et du crédit mobilier en ce qui concerne les membres responsables du passif social ou les dirigeants d'une personne morale commerçante, et, s'ils sont commerçants, sous le numéro personnel des dirigeants<sup>47</sup>. Le syndic procède également, dans un délai de trente jours à

compter de la décision, à sa publication dans un journal d'annonces légales de l'État partie concerné<sup>48</sup>.

L'action en comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances<sup>49</sup>. A ainsi été déclarée prescrite, l'action formée contre le dirigeant de fait d'une société plus de trois ans après le jugement qui avait prononcé la liquidation judiciaire de la société, peu important qu'entre-temps le gérant de droit de la société ait été lui-même condamné au paiement d'une partie de l'insuffisance d'actif<sup>50</sup>. En cas d'annulation ou de résolution du concordat de la personne morale, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut être inférieur à un an<sup>51</sup>.

## II. Une responsabilité salvatrice aux effets dynamiques

La responsabilité pour insuffisance d'actif a une double fonction : la réparation du préjudice subi par la société (A) et la sanction du dirigeant fautif (B).

### A. La fonction réparatrice de la responsabilité pour insuffisance d'actif

La responsabilité pour insuffisance d'actif est tournée vers la réparation du tort causé à la collectivité plutôt que la

<sup>41</sup> Cass. com., 21 juil. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 204, p. 150.

<sup>42</sup> Art. 184 AUPCAP.

<sup>43</sup> Art 3-1 nouveau AUPCAP.

<sup>44</sup> Art. 185 AUPCAP.

<sup>45</sup> Art. 183 al. 4 AUPCAP.

<sup>46</sup> Art. 188 al. 2 AUPCAP.

<sup>47</sup> Art. 188 al. 3 AUPCAP.

<sup>48</sup> Art. 188 al. 4 AUPCAP.

<sup>49</sup> Art. 186 AUPCAP.

<sup>50</sup> Cass. com., 10 janv. 2006, n° 37 : *RJDA* 5/06, n° 567.

<sup>51</sup> Art. 186 al. 2 AUPCAP.

punition du fautif<sup>52</sup>. Son prononcé permet en effet de reconstituer l'actif manquant de l'entreprise économiquement défaillante. L'étendue du montant de la condamnation sera alors librement déterminée par le tribunal (1), même si dans certains cas le dirigeant fautif peut être exonéré de toute responsabilité (2).

### 1. L'étendue du montant de la réparation

Le montant de la condamnation est apprécié souverainement par les juges du fond, dans la limite de l'insuffisance d'actif, en tenant compte de la gravité des fautes et de leur incidence sur cette insuffisance d'actif sans que la Cour de cassation contrôle le caractère proportionné de ce montant<sup>53</sup>. La Cour de cassation se limite, en effet, à un contrôle de qualification<sup>54</sup>. Ainsi, confronté à une action en responsabilité, c'est bien le dirigeant qui s'engage dans un « chemin de croix » et lui seul porte le risque d'une condamnation qui n'a d'autre limite que le montant de l'insuffisance d'actif<sup>55</sup>. Le montant de la somme allouée est nécessairement limité à celui de l'insuffisance d'actif et il est versé au débiteur pour être mis au « pot commun ». L'action vise bien à réparer une défaillance, il y a une finalité économique directe<sup>56</sup>. Quoi qu'il en soit, la gravité des fautes retenues pèsera sur la balance. C'est en effet au regard des fautes commises par le dirigeant que le quantum de la sanction pécuniaire sera déterminé par le tribunal<sup>57</sup>, même si la situation personnelle du dirigeant ne

peut pas être ignorée, ainsi que ses facultés contributives<sup>58</sup>. On peut y voir soit une mesure d'indulgence envers les dirigeants, soit au contraire, le moyen donné au tribunal de prononcer des condamnations adaptées aux ressources des dirigeants<sup>59</sup>. En tout état de cause, le tribunal ne peut pas prononcer une condamnation d'un montant supérieur à celui de l'insuffisance d'actif. Dans une affaire, le dirigeant avait été condamné à payer 400 millions de francs pour un passif qui dépassait les deux milliards<sup>60</sup>.

Le législateur OHADA précise clairement que « les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux »<sup>61</sup>. Il en résulte que le dirigeant peut être condamné à combler la totalité de l'insuffisance d'actif, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie de celle-ci. Il a ainsi été décidé que le dirigeant peut être condamné à supporter les dettes sociales même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et si elle n'était à l'origine que d'une partie des dettes sociales<sup>62</sup>. Il n'est pas inutile de préciser que lorsque le dirigeant condamné au paiement d'une partie du passif social est, par ailleurs, créancier de la société, il ne peut pas compenser le montant de la condamnation avec celui de sa créance<sup>63</sup>, de même que la condamnation ne peut pas faire l'objet d'une transaction<sup>64</sup>.

<sup>52</sup> C. LEBEL, « La responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux (conditions, condamnations, sanctions) » : *Journal des sociétés*, 2018, p. 44.

<sup>53</sup> Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-26.684.

<sup>54</sup> Cass. com., 17 nov. 1992, n° 90-20.299 : *JurisData* n° 1992-002522.

<sup>55</sup> H. DE LAURISTON, « La notion de simple négligence : bouée de sauvetage du dirigeant poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai-juin 2021, p.21.

<sup>56</sup> B. GHANDOUR, « Défaillance économique et responsabilité civile du chef d'entreprise », *Revue des procédures collectives* ; n° 2, mars-avril 2023, p.4.

<sup>57</sup> T. FAVARO, « Anatomie d'une défaillance et sanction pécuniaire du dirigeant social », *Bulletin Joly Sociétés*, avril, 2024, p. 39.

<sup>58</sup> CA Versailles, 27 sept. 2001, n° 1/1834 : *RJDA* 2/02, n° 184.

<sup>59</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 433.

<sup>60</sup> Cass. com., 3 janv. 1995, *Bull. Joly*, 1995, 226, note A. COURET.

<sup>61</sup> Art. 183 al. 1 AUPCAP

<sup>62</sup> Cass. com., 17 févr. 1998 : *RJDA* 6/98, n° 776.

<sup>63</sup> Cass. com., 25 octobre 1977 : *Rev. Sociétés* 1978, p. 294, note D. RANDOUX.

<sup>64</sup> Cass. com., 5 nov. 2003, n° 1493 : *RJDA* 2/04, n° 207 ; Cass. com., 9 déc. 2020, n° 19-17.258.

Pour ce qui concerne la répartition de la contribution au passif social entre plusieurs dirigeants, le tribunal dispose d'une grande marge de manœuvre. Il a, en effet, la liberté de fixer le montant de la contribution des dirigeants. Ne seront donc pas prises en compte les conventions qui auraient pu être passées entre les dirigeants en vue de la répartition entre eux du passif mis à leur charge<sup>65</sup>. Il ne sera pas tenu compte également de l'existence ou de l'absence de rémunérations des dirigeants et il peut être décidé que les dettes sociales seront supportées par le gérant non rémunéré dans la même proportion que le gérant rémunéré<sup>66</sup>. Cependant, comment s'opère la répartition de la contribution au passif social en cas de silence du tribunal ? D'après la cour d'appel de Paris, lorsque le juge s'est abstenu de fixer la part de chacun des administrateurs dans la contribution au paiement des dettes sociales, celle-ci doit, en principe, être répartie par parts égales en application de l'article 1317 du Code civil<sup>67</sup>.

## 2. L'exonération de responsabilité du dirigeant fautif

Les causes d'exonération de la responsabilité du dirigeant fautif ne sont pas clairement précisées par le législateur OHADA, elles sont même quasi-inexistantes en droit OHADA. Le sort du dirigeant serait-il alors « scellé » en cas de faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif ? Le code de commerce français y apporte une réponse concrète en ces termes : « Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. »<sup>68</sup> Ainsi, si la faute reprochée au dirigeant relève de la simple négligence, alors sa responsabilité ne pourra pas être retenue, l'intention du législateur français étant que les fautes les plus légères ne puissent suffire à condamner un dirigeant de bonne foi à contribuer à l'insuffisance d'actif<sup>69</sup>.

Cependant, la simple négligence est aussi une notion compliquée à définir. La position récente de la Cour de cassation française en est la preuve. En principe, l'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal constitue une simple négligence dans la mesure où le dirigeant ignorait la situation de cessation des paiements. Or, dans une décision du 3 février 2021, la Cour de cassation considère dans cette hypothèse que la simple négligence ne se réduit pas à l'hypothèse dans laquelle le dirigeant a pu ignorer les circonstances ou la situation ayant entouré la commission de la faute de gestion. Ainsi, si l'on raisonne a contrario, il semble que la connaissance par le dirigeant de l'état de cessation des paiements dans lequel se trouve la société qu'il dirige n'est pas incompatible avec la qualification de simple négligence<sup>70</sup>. Pour être plus précis, dans sa décision du 3 février 2021, la Cour de cassation française a admis que :

- Une abstention assurément fautive, l'omission de déclarer l'état de cessation des paiements dans le délai de 45 jours,
  - Ayant perduré pendant au moins 18 mois,
  - En parfaite connaissance de cause de l'irrégularité de la situation
- Puisse être qualifiée de « simple négligence » susceptible d'exonérer la responsabilité du dirigeant<sup>71</sup>.

La « simple négligence » ne peut être considérée comme l'unique cause d'irresponsabilité du dirigeant social. En effet, des circonstances atténuantes peuvent être retenues par le tribunal pour exonérer le dirigeant de toute responsabilité. Peuvent constituer des circonstances atténuantes pour le dirigeant :

<sup>65</sup> CA Nîmes, 23 oct. 1974, *D.* 1975, som. P. 105.

<sup>66</sup> Cass. com., 9 oct. 1972, *Rev. Sociétés* 1973, p. 493.

<sup>67</sup> CA Paris, 4 févr. 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 278, note A. COURET.

<sup>68</sup> Art. L. 651-2

<sup>69</sup> H. DE LAURISTON, *op. cit.*, p. 1.

<sup>70</sup> J.-P. CHAZAL, C. LARGERON, M. COMPTE et CADRA, « Que recouvre la notion de faute de gestion », *Droit commercial*, 2021, p.1.

<sup>71</sup> Cass. com., 3 févr. 2021, n° 19-20.004, F-P : *JurisData* n° 2021-001371.

- Les malversations du président qui, en raison de leur rapidité et de leur caractère occulte, auraient pu échapper à l'attention d'administrateurs même très diligents<sup>72</sup> ;
- La « crainte révérencielle » que le dirigeant nourrissait à l'égard des propriétaires de l'affaire qu'il considérait plutôt comme ses employeurs<sup>73</sup> ;

Cependant, le dirigeant ne peut pas prétendre :

- Qu'une décision qui s'est révélée fatale pour l'équilibre financier de la société lui a été imposée par la majorité des membres du conseil d'administration<sup>74</sup> ;
- Avoir abandonné l'exercice effectif de ses fonctions à un autre dirigeant de droit ou de fait<sup>75</sup>.

## B. La fonction punitive de la responsabilité pour insuffisance d'actif

Le dirigeant, auteur d'une faute de gestion ayant entraîné l'insuffisance d'actifs, en supporte toutes les conséquences. Deux éventualités peuvent se présenter suite à la prononciation de la condamnation : soit le dirigeant paie la somme mise à sa charge et il est libéré, soit il ne paie pas et peut se voir étendre la procédure collective<sup>76</sup> (1) ou alors peut être mis en faillite (2) tel que le précise le législateur OHADA.

### 1. L'extension des procédures collectives

Le principe de l'extension du redressement ou de la liquidation judiciaire au dirigeant fautif est clairement précisé

par le législateur OHADA<sup>77</sup> et par la jurisprudence. Des critères d'extension peuvent alors être retenus :

**L'abus de la gestion sociale.** Le législateur OHADA prévoit l'extension des procédures collectives à « tout dirigeant » qui sera alors déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, sans être en cessation des paiements lui-même, lorsqu'il aura exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements. C'est le cas notamment lorsque le dirigeant spéculait sous le couvert de la société. Le dirigeant de fait peut également être mis en redressement judiciaire ou sous liquidation des biens lorsqu'il a disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres. Il s'agit en l'occurrence ici du délit d'abus de biens sociaux. C'est le cas par exemple lorsqu'un dirigeant de société anonyme ou de SARL se fait consentir des avances par la société, fait cautionner par elle ses dettes personnelles, encaisse personnellement des effets de commerce dont la société était bénéficiaire ou perçoit une rémunération excessive. Cependant, seul compte le caractère irrégulier de l'acte de disposition, peu importe que l'acte ait profité au dirigeant ou à l'entreprise qu'il dirige. Il convient de préciser que le délit d'abus de biens sociaux est sanctionné pénalement par le législateur OHADA. En effet, « sont punis d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 2.000.000 à 20.000.000 FCFA, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi ont fait, des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne

<sup>72</sup> CA Paris, 29 sept. 1977, *BRDA* 24/77, p.17.

<sup>73</sup> CA Aix, 31 oct. 1978 : Bull. Cour d'Aix 1978/4, p. 90.

<sup>74</sup> Cass. com., 8 janv. 2002, n° 52, *RJDA* 5/02, n° 536.

<sup>75</sup> Cass. com., 3 mars 1998, *RJDA* 7/98, n° 902, 2<sup>ème</sup> esp. ; CA Paris, 18 oct. 2005, n° 04/9543, *RJDA* 3/06, n° 311.

<sup>76</sup> Art 189 AUPCAP.

<sup>77</sup> Art 189 AUPCAP



morale dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »<sup>78</sup>

Le dirigeant peut également se voir étendre le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale lorsqu'il a poursuivi abusivement dans son intérêt personnel une exploitation qu'il savait déficitaire. Il constate que le passif s'aggrave, mais continue l'exploitation dans son intérêt.

**La confusion des patrimoines.** Rappelons utilement que les procédures collectives peuvent être étendues à « tout dirigeant », en l'occurrence à la société mère, dirigeante de fait dans le cadre d'un groupe de société. Les sociétés composant un groupe de sociétés sont juridiquement indépendantes et jouissent d'une certaine autonomie. La société mère, bien que possédant la majorité du capital de sa filiale, doit, par conséquent, veiller à la stricte séparation de leurs patrimoines respectifs. Ainsi, l'éventuelle procédure collective s'ouvrant contre la filiale sera sans influence sur la société mère. Cependant, la procédure collective engagée contre la filiale peut être étendue à la société mère, dirigeant de fait qui a méconnu l'autonomie patrimoniale de cette dernière. En effet, la confusion de sociétés est notamment caractérisée par un défaut de séparation des activités ou des avoirs, une communauté de comptes bancaires, une imbrication des contrats passés entre elles, un enchevêtrement des éléments du patrimoine<sup>79</sup> ; il résultera alors de cette confusion des patrimoines, un défaut de réalité de la société dépendante, en l'occurrence de la filiale<sup>80</sup>. Il convient également de préciser qu'en cas de confusion des

patrimoines de la société mère et des filiales, lorsqu'une d'entre elles cesse ses paiements et dépose son bilan, les tribunaux prononcent le redressement ou la liquidation judiciaire contre l'ensemble des sociétés dont les patrimoines ont été confondus avec le patrimoine commun<sup>81</sup>. La procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une société a ainsi été étendue à une autre société dans les cas suivants : les deux sociétés ne constituaient en fait qu'une seule et même personne morale<sup>82</sup>; En raison de la confusion des patrimoines des deux sociétés qui avaient emprunté à plusieurs reprises des sommes qui n'avaient pas été réparties entre leurs patrimoines respectifs, l'essentiel de leur capital social étant détenu par les mêmes personnes et un nantissement sur le fonds de commerce de l'une des sociétés ayant été consenti en garantie des opérations de construction effectuée par l'autre société ; L'exécution partielle de divers contrats conclus entre une SARL et une S.A qui détenait la moitié des comptes, et un état d'imbrication entre elles caractérisant la confusion de leurs patrimoines<sup>83</sup>. En clair, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'une filiale, elle peut s'étendre à la société mère-dirigeant de fait qui a confondu leurs patrimoines. L'objectif ici pour les créanciers est d'accroître leurs chances d'être remboursés<sup>84</sup>.

**La fictivité de la société.** Lorsqu'une procédure collective a été ouverte à l'encontre d'une société fictive, celle-ci peut être étendue à celui qui apparaît comme le véritable maître de l'affaire<sup>85</sup>, en l'occurrence ici le dirigeant de fait. Il est alors logique de sanctionner, par le biais de l'extension de la procédure collective, celui qui, sous le couvert d'une société, a dissimulé en réalité une exploitation personnelle<sup>86</sup>. La

<sup>78</sup> Art 9 de la loi n°2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA.

<sup>79</sup> Cass.com, 16 mai 1972, n°71-11-496 RTD.com 1973, p. 335.

<sup>80</sup> F. BARBIERI, « Confusion de patrimoine et fictivité des sociétés », *Petites affiches*, 25 oct. 1996, p. 9.

<sup>81</sup> A. OKO LEA, *La responsabilité des groupes à l'égard des créanciers de filiales*, mémoire de DEA, université de Douala, 2004, p. 47.

<sup>82</sup> Cass. com. 2 avril 1979 : *Bull. civ. IV*, n° 120.

<sup>83</sup> Cass. com 19 avril 1983, *BRDA* 13/83 p.11 ; Cass. com. 24 oct. 1995, *RJDA* 2/96 n°266.

<sup>84</sup> P. LE GUERN, « le risque de confusion du patrimoine entre deux sociétés » In [services-entreprises.info/2011/12/02/le-risque-de-confusion-du-patrimoine-entre-deux-societes](http://services-entreprises.info/2011/12/02/le-risque-de-confusion-du-patrimoine-entre-deux-societes).

<sup>85</sup> Req, 29 juin 1908, *D*, 1910, 1, 2, note PERCEROU.

<sup>86</sup> A-D. LEJEUNE, Le point sur l'extension de faillite, *op.cit.*, p. 1.

société fictive est celle qui n'a pas d'activité propre, dont les organes se confondent avec ceux du maître de l'affaire et qui agit comme simple exécutant des directives qui lui sont données par lui<sup>87</sup>. C'est donc dire que la fictivité d'une société est établie lorsque les personnes qui la composent, se présentant comme associés, ne sont en fait que des prête-noms ou de simples comparses<sup>88</sup> d'une seule personne physique ou morale, elle-même associée ou étrangère à la société<sup>89</sup>. Il peut alors arriver qu'une personne qui a un patrimoine crée fictivement une autre personne juridique de manière, le plus souvent, à apporter à cette autre personne des actifs de son patrimoine qu'elle va ainsi isoler de ses créanciers<sup>90</sup>. C'est ainsi que l'abus de droit entretient un lien très étroit avec la fictivité. En effet, la personne morale fictive est celle qui existe en apparence, mais qui ne correspond à aucune réalité. Elle n'est qu'une façade masquant l'absence de fonctionnement régulier de la structure sociale<sup>91</sup>. Il paraît alors indéniable que la fictivité de la société résulte en réalité de l'absence d'affectio societatis<sup>92</sup>, la volonté chez les intervenants de complaisance de procéder à la rencontre de volonté associative étant absente. L'affectio societatis est donc un critère de validité des structures sociales. En son absence, la nullité de la société peut être prononcée et la fictivité du groupement peut être reconnue<sup>93</sup>. Dans le cadre des groupes de sociétés, la société mère peut être mise en redressement ou en liquidation

judiciaire lorsqu'elle méconnaît la personnalité morale de ses filiales qu'elle gère comme si elles étaient de simples succursales<sup>94</sup>. L'extension des procédures collectives au sein du groupe peut donc d'abord s'effectuer sur la base de la fictivité, en l'occurrence :

- de sociétés fictives masquant l'activité commerciale d'un gérant commun<sup>95</sup>,
- de filiale fictive servant uniquement d'écran à la société mère<sup>96</sup>,
- de société fictive uniquement destinée à exclure le patrimoine immobilier du gage des créanciers de sa sœur<sup>97</sup>.

En tout état de cause, l'extension d'une procédure collective a pour conséquence que le dirigeant sera tenu du passif dans les mêmes conditions que l'associé solidaire. Il est soumis à toutes les conséquences d'une procédure collective : suspension des poursuites individuelles, dessaisissement ou assistance, etc... Il devra bien entendu acquitter le passif créé par sa faute, il peut même être mis en faillite.

## 2. La faillite personnelle

Sanction personnelle, la faillite personnelle tend à exclure certains dirigeants au comportement répréhensible du

<sup>87</sup> Cass. com. 28 nov. 1989, *rév. Soc.*, 1990, 240 - 27 oct. 1998, *Bull. civ.* IV. n° 265, p. 219.

<sup>88</sup> G. SAHUC, Société fictive, filiale de façade, confusion de sociétés : l'abus de droit, In [Sahuc.guillaume@wanadoo.fr](mailto:Sahuc.guillaume@wanadoo.fr).

<sup>89</sup> Cass. civ., 22 juin 1976, *D.* 1977, P.619 note DIENER.

<sup>90</sup> NUNGESESSER, « Les conditions d'ouverture d'une procédure collective », 4 juillet 2005, In 2<sup>nd</sup> semestre. Joueb.com / news / Les-conditions d'ouverture d'une procédure collective.

<sup>91</sup> H. PAERELS, *Le dépassement de la personnalité morale, contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, thèse, Lille II, 2008, p. 177, n° 146.

<sup>92</sup> I. TCHOUTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.522, juin 2011, p. 219, n°368.

<sup>93</sup> I. TCHOUTOURIAN, *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société*, thèse, Nancy 2007, p. 198.

<sup>94</sup> Ph. DELEBECQUE, « Groupes de sociétés et procédures collectives, confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe », *Rev. proc. coll.* 1998, 129.

<sup>95</sup> Cass. com. 8 févr. 1994, n° 91-15.844, *Bull-joly* 1994, p. 394.

<sup>96</sup> CA Paris, 3<sup>e</sup> ch.A, 28 sept.1993, Pierrel ès qualités c / Pudet et autres, *Bull-joly*. 1994, 68.

<sup>97</sup> CA. Paris, 3<sup>e</sup> ch.A, 16 nov. 1993, Sté Aurspar Finance et Cie c/M<sup>e</sup> Schmist ès qualités et autres, *BRDA* 1993 ? n° 23, P.12 ; CA. Paris 16 jan 1996, sté CFC France c/M<sup>e</sup> Lebosse – Peluchonneau, ès qual, *D.affaires* 1996, chr, p 30.

monde des affaires. Elle ne peut être prononcée que contre des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole. Elle vise également les personnes physiques dirigeantes de personnes morales ou représentants permanents des personnes morales dirigeantes<sup>98</sup>. Autrefois considérée comme une sanction exclusivement réservée aux commerçants, la faillite personnelle peut, à juste titre, être considérée désormais comme une sanction professionnelle visant tout opérateur économique<sup>99</sup>.

Le prononcé de la faillite personnelle n'est pas automatique. Elle est tantôt obligatoire, tantôt facultative. Le caractère obligatoire signifie que, si à tout moment de la procédure, le tribunal constate la commission de l'une des fautes prévues, il doit immédiatement prononcer la sanction<sup>100</sup>. L'article 196 de l'acte PAUPCAP détermine les cas de faillite obligatoire, en l'occurrence la soustraction de la comptabilité, le détournement ou la dissimulation d'une partie de l'actif de l'entreprise, l'usage abusif du crédit et des biens de la personne morale, l'exercice d'une activité civile, commerciale, artisanale ou agricole sous le couvert de l'entreprise, l'obtention d'un concordat par dol, la condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, la commission d'actes de mauvaise foi, d'imprudence inexcusable ou l'atteinte grave aux usages et règles du commerce. En revanche, pour les cas de faillite facultative, le tribunal, même s'il constate que les fautes prévues ont été commises, n'est pas tenu de prononcer la sanction. Ces cas relèvent plus de la négligence et de l'incompétence que de la malhonnêteté. Il s'agit précisément de l'absence de déclaration de la cessation des paiements de la personne

morale dans les trente jours, du non-acquittement du passif social mis à leur charge, de la commission de fautes graves ou d'incompétence manifeste<sup>101</sup>. La jurisprudence s'est longuement étendue sur le cas spécifique de l'absence de déclaration de la cessation des paiements dans les délais. Il a ainsi été décidé que la responsabilité de l'absence de déclaration de la cessation des paiements dans le délai incombe au débiteur même dans le cas où il n'a différé sa déclaration que sur les conseils d'un tiers<sup>102</sup>, comme dans le cas où il a été assigné pendant le délai en déclaration d'ouverture d'une procédure par le créancier<sup>103</sup>. Les tribunaux considèrent également que la sanction du dépôt tardif du bilan doit être appliquée sans qu'il y ait lieu de considérer les motifs qui ont conduit le dirigeant à différer la déclaration de la cessation des paiements ou l'absence de volonté de se soustraire à ses obligations<sup>104</sup>. Il n'y a donc pas lieu de prendre en compte :

- La réalité de l'accord permettant d'envisager le redressement de l'entreprise par l'adoption d'un plan de continuation<sup>105</sup> ;
- Le fait que le passif généré entre la date de cessation des paiements et le dépôt du bilan était modeste et que le dirigeant poursuivi a consenti des efforts financiers importants dans l'intérêt de la société<sup>106</sup> ;
- Le fait qu'une femme a accepté de devenir gérante d'une société sur la demande pressante de son mari<sup>107</sup>.

Le prononcé de la faillite personnelle emporte interdiction générale de diriger, gérer, administrer ou contrôler une

<sup>98</sup> Art. 194 AUPCAP.

<sup>99</sup> H. TSAGUE DONKENG, *Le traitement de l'insuffisance d'actif en droit des procédures collectives OHADA*, Mémoire de DEA, université de Yaoundé II, 2006, p. 59.

<sup>100</sup> P.G. POUGOUE et Y.R. KALIEU ELONGO, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, p. 104.

<sup>101</sup> Art. 198 AUPCAP.

<sup>102</sup> Cass. com., 30 nov. 1993, *RJDA* 4/94, n° 460.

<sup>103</sup> Cass. com., 19 janvier 1999, *RJDA* 4/99, n° 453.

<sup>104</sup> Cass. com., 14 avril 1999, *RJDA* 8-9/99, n° 979, 1<sup>ère</sup> esp.

<sup>105</sup> CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 5 janv. 2000, *Rev. proc. coll.* 2001. 277, n° 12.

<sup>106</sup> CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. C, 15 déc. 1999, *Rev. proc. coll.* 2001. 278, n° 12.

<sup>107</sup> CA DOUAI, 2<sup>ème</sup> ch. 9 sept. 1999, *Rev. proc. coll.* 2001. 278, n° 12.

entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale<sup>108</sup>. Le failli perd donc les droits attachés à la qualité de commerçant, l'accès aux différentes professions commerciales lui est désormais fermé pendant la durée de la sanction. Le failli est également interdit d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique. Il est donc réputé démissionnaire des fonctions publiques électives qu'il remplissait jusque-là<sup>109</sup>. L'exercice de toute fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle lui est aussi interdit. La juridiction compétente fixe la durée de la faillite personnelle qui ne peut être inférieure à 6 mois ni supérieure à 10 ans.

---

<sup>108</sup> Art. 203 AUPCAP.

<sup>109</sup> J.-M. et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 812.

## LES PRINCIPES COMPTABLES DE L'OHADA A L'ÈRE DE LA COMPTABILITÉ INFORMATISÉE

**Gnoari TANKOANO**

Docteur en droit privé de l'université Thomas SANKARA

### Résumé

Dans un environnement des affaires marqué par l'omniprésence des technologies de l'information et de communication, le législateur OHADA a fait l'option de renforcer et de moderniser son arsenal juridique face aux défis posés par l'usage des outils numériques dans la pratique comptable. En effet, certes, les principes classiques régissant l'élaboration, la tenue et la sécurité des comptes ainsi que les comportements des comptables restent d'application. Du reste, l'étude a dédié à ces principes des analyses appréciables. Cependant, les nouvelles règles permettent de hisser ces principes classiques à la hauteur des défis de la digitalisation de l'activité comptable. Elles concourent à l'impératif de fiabilité, de sécurité, d'authenticité et d'intégrité de l'information comptable, face aux risques d'altération aisée, de fugacité, de suppression et de modification d'une information automatisée. Toutefois, la couverture du droit OHADA à cette nouvelle réalité n'est que partielle et ne paraît pas approfondie. Pour une matière qui fait rarement l'objet d'études approfondies par les juristes, notre article, tout en révélant les innovations et les défis, jette les bases de réflexions. Cet exercice est essentiel au regard de la double technicité du sujet abordé, tenant, d'une part, à son objet, à savoir la comptabilité, et d'autre part, à la prise en compte des technologies de l'information et de la communication. En effet, non seulement, l'étude permet aux entités et praticiens d'avoir une meilleure compréhension des principes comptables modernes, mais aussi, elle offre aux contrôleurs des outils d'analyse de la conformité, et aux juges une compréhension et interprétation plus éclairées de cette discipline singulière. Les propositions qui en ressortent permettront au législateur de combler les incohérences et insuffisances juridiques afin de répondre plus efficacement aux défis de la digitalisation de la comptabilité.

### Introduction

Dans une société à la fois sous l'empire et l'emprise des nouvelles technologies de l'information et de la communication, aucun secteur d'activité n'a voulu rester en marge, en particulier celui des affaires. Du reste, ce terrain fut l'un des domaines de prédilection qui ont embrassé ces outils modernes de travail. De ce fait, l'exercice de la comptabilité qui se présente comme une activité de traitement d'information et de données comptables ne pouvait faire l'exception. La comptabilité peut être définie,

en effet, comme l'organisation technique de l'information économique d'une entité. L'information qui en est l'objet principal peut consister aussi bien en une donnée patrimoniale que non patrimoniale ; il en est ainsi de la Note annexe<sup>1</sup>. Les informations de nature économique constatent les différents flux de sorties et d'entrées dans le patrimoine d'une entité<sup>2</sup>, tandis que les informations non économiques jouent un rôle de description, d'explication et de justification des différents incidents de report comptable.

<sup>1</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *Comptabilité générale et système comptable de l'OHADA*, éditions Estem, 2002, p. 11.

<sup>2</sup> Il convient de préciser que, désormais, l'Acte uniforme du 26 janvier 2017 relatif au droit comptable et à l'information financière et système

comptable OHADA (SYSCOHADA), publié au Numéro spécial du 15 février 2017 du Journal Officiel de l'OHADA, ci-après (AUDCIF), préfère cette notion d'entité à celle d'entreprise.

Dans une approche pragmatique, l'activité comptable comporte deux dimensions<sup>3</sup>. Elle procède en effet, d'une part, de la saisie, de l'enregistrement, du classement, du traitement et de la réédition des comptes. D'autre part, l'activité comptable implique aussi, à certains niveaux, l'analyse et l'interprétation des résultats comptables de l'entité<sup>4</sup>. Du point de vue de son utilité pour l'entité, l'établissement d'une comptabilité se justifie par plusieurs considérations. D'un côté, il obéit au besoin de se conformer à des prescriptions financières ou économiques, des politiques publiques qui garantissent la fiabilité de l'information économique, sa comparabilité, sa qualité et sa compréhensibilité<sup>5</sup>. De l'autre, la comptabilité revêt une utilité dans l'appréciation de la capacité financière et l'exercice des contrôles internes à l'entité elle-même. Ainsi, de la même manière qu'elle joue un rôle d'information externe, la comptabilité se veut aussi indispensable aux autres acteurs internes : salariés, associés, actionnaires, membres, etc.<sup>6</sup>. Elle constitue un tableau de bord ou de gestion permettant à l'entité de prendre des décisions aussi bien de court terme (crédit) que de long terme (financement, investissement) en se fiant aux données comptables. Elle pourvoit également aux besoins des utilisateurs externes des états financiers, à savoir les clients, les fournisseurs, les prêteurs, les emprunteurs et surtout de l'État. La protection de ces différents enjeux requiert une comptabilité qui répond « à tout moment aux exigences de collecte, de tenue, de contrôle, de présentation et de communication des informations comptables se rapportant aux opérations de

l'entité »<sup>7</sup>. C'est ainsi que le besoin est vite apparu d'ériger certaines pratiques et usages en principes. Cette normalisation permet de modéliser et de normaliser les comportements des comptables qui sont l'un des acteurs majeurs de la pratique comptable. Sont considérés comme comptables tout d'abord ceux qui établissent et élaborent des comptes. La notion de comptable renvoie en outre à ceux qui doivent les contrôler, les vérifier ou les auditer. Sont également qualifiés comme tels, ceux qui doivent rendre des comptes ou, plus largement, qui répondent de l'entité. La normalisation comptable vise donc « à imposer aux entreprises l'obligation d'établir sur les mêmes bases leurs comptabilités, de façon à présenter des états comptables comparables »<sup>8</sup> et de définir « des postulats, des conventions, des méthodes et de procédures normalisées éventuellement par secteurs professionnels »<sup>9</sup>. À travers son champ d'application personnel et matériel, le droit comptable se définirait comme une « branche du droit privé qui régit les comptables et la comptabilité »<sup>10</sup>. La matière a été intégrée dans le droit des affaires à travers le traité OHADA en son article 2<sup>11</sup>. L'acte uniforme révisée et entrée en janvier 2018<sup>12</sup> dispose à l'alinéa 2 de l'article 5, que « le SYSCOHADA a pour objectif la collecte, la tenue, le contrôle, la présentation et la communication par les entités, d'informations financières établies dans les mêmes conditions de fiabilité, de compréhension et de comptabilité »<sup>13</sup>. La pratique comptable est gouvernée par des principes. Dans l'abstrait, ces principes peuvent être définis comme l'ensemble des « conceptions et des méthodes préalablement définies et

<sup>3</sup> Article 1<sup>er</sup> Acte uniforme du 26 janvier 2017 relatif au droit comptable et à l'information financière et système comptable OHADA (SYSCOHADA), publié au Numéro spécial du 15 février 2017 du Journal Officiel de l'OHADA, ci-après (AUDCIF).

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Voir l'article 4 de l'acte uniforme

<sup>6</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'acte uniforme

<sup>7</sup> Article 4 in fine de l'AUDCIF.

<sup>8</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>9</sup> Article 4 point 2.

<sup>10</sup> A. VIANDIER et Ch. DE LAUZAINGHEIN, *Droit comptable*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1993, p. 1. Ces auteurs posent par ailleurs certaines questions telles que l'autonomie du droit comptable avec la

comptabilité, la fiscalité, l'histoire, ses rapports avec les autres branches du droit telles que le droit civil, commercial ou des affaires.

<sup>11</sup> Acte uniforme adopté le 23 mars 2000 à Yaoundé. Cet Acte uniforme, portant sur le droit comptable et le plan comptable général commun de l'OHADA, est entré en vigueur : « pour les comptes personnels des entreprises » le 1<sup>er</sup> janvier 2001, et pour « les comptes consolidés et les comptes combinés » le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

<sup>12</sup> Acte uniforme du 26 janvier 2017 relatif au droit comptable et à l'information financière et système comptable OHADA (SYSCOHADA), publié au Numéro spécial du 15 février 2017 du Journal Officiel de l'OHADA

<sup>13</sup> Acte uniforme précité.

acceptées par tous »<sup>14</sup>. Ces normes déterminent les modalités de présentation des états financiers, les règles d'élaboration et de fonctionnement des comptes, l'enregistrement et l'organisation comptable.

Cependant, l'activité économique est un phénomène en perpétuelle métamorphose. Les conditions dans lesquelles l'activité et l'organisation comptables s'exercent ont grandement évolué, particulièrement avec l'avènement des techniques modernes telles que l'informatique. Dans le monde des affaires, comme du reste dans beaucoup d'autres secteurs, l'informatique et par-dessus la digitalisation a engendré une dématérialisation des activités et des pratiques<sup>15</sup>. Il a révolutionné les pratiques, la gestion et surtout l'organisation des activités des entités en général et dans leur comptabilité, en particulier. Étymologiquement, le mot informatique vient du condensé [des mots] « information et d'automatique »<sup>16</sup>. Il consiste dans « un ensemble de techniques de la collecte, du tri, de la mise en mémoire, du stockage, de la transmission et de l'utilisation des informations traitées automatiquement à l'aide de programmes (logiciels) mis en œuvre sur ordinateurs »<sup>17</sup>. Par déduction, la comptabilité informatisée pourrait ainsi se définir comme un ensemble de techniques consistant en la saisie, la collecte, le tri, la mise en mémoire, le stockage et l'utilisation des informations comptables, y compris la génération automatique des résultats. Elle facilite et améliore le métier comptable qui gagne en rapidité, efficacité, sécurité, précision, voire fiabilité, en plus de l'accessibilité et de la mobilité de l'information comptable. Une comptabilité de cette nature capitalise en outre les capacités de production d'informations détaillées pour des objectifs bien précis, à travers son système de gestion intégré, la capitalisation de la

ressource humaine, des dispositifs de stockage de quantité innombrable de données sur des supports ou outils moins encombrants tels que les clefs USB ou les serveurs, contrairement à une comptabilité faite exclusivement sur papier. Les instruments automatisés de traitement, de stockage, d'archivage et d'enregistrement de l'information comptable permettent à l'entité d'accomplir un certain nombre de tâches, telles que copier, coller ou couper, voire supprimer ou générer automatiquement, en une fraction de seconde, des résultats.

Toutefois, à l'instar des autres innovations, les risques liés à l'informatique sont fréquents. Il n'est plus contesté que l'informatique comporte et génère un ensemble de risques parfois inédits tels que la cybercriminalité et le piratage informatique. Plus spécialement, le traitement comptable de l'information est exposé à des risques qui sont propres à l'informatique tels que la fugacité de l'information, le risque d'altération, de modification, de transformation, de suppression, d'effacement et d'amputation faciles que ne connaît d'ailleurs pas, en tout cas pas dans les mêmes proportions, la méthode physique. Tous ces risques peuvent s'opérer sans laisser de traces<sup>18</sup>. La sensibilité du domaine invite donc à ne pas abandonner ces pratiques à la libre disposition du milieu des affaires et au bon gré des acteurs. C'est dans ce contexte que le droit OHADA s'est saisi des traitements comptables informatisés. L'examen des principes comptables à l'ère du numérique implique ainsi de réserver une place de choix à ces principes comptables de la comptabilité informatisée. En plus de l'intérêt pratique de la question qui réside dans le fait que la comptabilité se réalise de nos jours presque par voie informatique, l'intérêt de notre étude tient dans la nouveauté évidente de ce pan de la

<sup>14</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *Memento. Pratique. Comptable*, éd. Francis Lefebvre, 2018, p. 54.

<sup>15</sup> R. G. LANOU, « Réformer les règles de juridiction d'imposition pour le commerce électronique : un bref aperçu comparatif des problématiques en droits burkinabè et français », *Jurisdoctoria* n° 8, 2012, p. 1.

<sup>16</sup> Ph. LETOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 1

<sup>17</sup> Petit ROBERT, éd. 2007, voir : W. D. KABRE, *Droit des technologies de l'information et de la communication*, Cours, Université Thomas SANKARA, 2<sup>ème</sup> éd. 2020, p. 6.

<sup>18</sup> Pour ces risques réputés de l'internet en général et de l'informatique pour les données personnelles en particulier, voir : W. D. KABRE, W. D. KABRE, *Droit des technologies de l'information et de la communication*, Cours, Université Thomas SANKARA, 2<sup>ème</sup> éd. 2020, pp. 99 et s.

comptabilité. En effet, même si le droit comptable informatisé apparaît comme une adaptation du droit comptable classique, il n'en demeure pas moins que ce dernier reste un droit spécial. Plus concrètement, les principes du droit comptable informatisé viennent adapter ou compléter les principes classiques comptables qui restent d'application<sup>19</sup>. À l'ère du numérique, la mise en place d'une comptabilité informatisée doit ainsi préalablement observer les principes classiques du droit comptable (I). Mais, en raison de sa spécificité, elle doit surtout se soumettre aux nouvelles règles visant l'adaptation des principes comptables à l'environnement informatique (II).

### I. La sujétion aux principes classiques de la comptabilité

La comptabilité étant fondamentalement pratique, il est fastidieux de réussir un éventaire exhaustif des principes arborant son fonctionnement et son organisation civile. Mais on peut observer que certains de ces principes harmonisent la tenue et l'organisation des comptes, tandis que d'autres définissent les critères d'enregistrement et d'évaluation. Tous doivent cependant concourir à la condition et à la recherche d'information fiable et fidèle. Dans cette logique, on peut identifier des principes qui, d'une manière ou d'une autre, se rapportent aux comptes (A) et, d'autre part, des principes qui définissent l'opération d'enregistrement de l'information comptable (B).

#### A. Les principes se reportant aux comptes

Certains de ces principes sont relatifs à l'élaboration des comptes (1) et d'autres tiennent à leur tenue (2).

##### 1. Les principes d'élaboration des comptes

Les principes qui organisent les comptes modélisent leur élaboration. Il s'agit du principe de la partie double et du principe de la continuité de l'exploitation.

**La partie double.** Toute organisation comptable doit reposer sur un premier principe qui se présente à la fois comme un pilier et une hypothèse fondamentale : celle de la partie double. Apparue en Italie, elle a succédé à une autre forme d'organisation comptable, alors appelée comptabilité à partie ou en partie simple. Cette forme ancienne de présentation de la comptabilité se singularisait par le fait qu'une opération ne conduisait à l'enregistrement que d'un seul compte à la fois. La comptabilité en partie double, désormais en vigueur, est définie à l'alinéa 2 de l'article 17 de l'AUDCIF. À l'inverse de l'ancienne, elle suggère que l'enregistrement d'une opération se matérialise par une « écriture affectant au moins deux comptes, l'un étant débité et l'autre crédité »<sup>20</sup>. Pour une opération donnée, la somme inscrite au crédit doit être égale à celle inscrite au débit. Juridiquement, ce principe infère qu'une opération commerciale engendre une double casquette sur la tête d'une même personne. Dans cette opération, elle apparaît à la fois débitrice et créancière. Ainsi, le vendeur d'une marchandise a, certes, droit au prix, mais il est aussi débiteur de la marchandise qu'il doit livrer à l'acheteur. Au plan comptable, la comptabilité en partie double s'explique par le fait que chaque opération doit faire l'objet d'enregistrement aussi bien dans la caisse que dans le compte de l'entité contractante en relation d'affaire avec l'entité établissant les comptes. L'entité contractante peut être un fournisseur, un emprunteur, un client ou un prêteur. De la sorte, l'entité élaborant les comptes pourrait suivre l'évolution des dettes et des créances de l'entité tierce dans ses propres écritures comptables<sup>21</sup>. En analyse comptable, ce principe permet d'observer l'équilibre entre les dépenses et les recettes. Sous cet angle, la partie double joue un rôle de constat. Toujours dans les modalités d'élaboration des comptes, lorsque le comptable entend élaborer des comptes à la fin d'un

<sup>19</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 103.

<sup>20</sup> Article 17 alinéa 2.

<sup>21</sup> Voir : GOUADAIN, EL B. WADE, *op. cit.*, p. 42.



exercice, il doit veiller au respect du principe de la continuité de l'exploitation.

**La continuité de l'exploitation.** Le principe de la continuité est également connu sous l'appellation du principe de l'exploitation ou d'activité<sup>22</sup>. Il est l'objet de l'article 39 de l'acte uniforme qui dispose que « pour tenir compte de l'hypothèse de continuité de l'exploitation, l'entité est normalement considérée comme étant en activité, c'est-à-dire comme devant continuer dans un avenir raisonnablement prévisible ». Tout agent ayant à élaborer une comptabilité physique ou informatisée doit tenir compte, en prélude à son travail d'élaboration des comptes, de cette hypothèse fondamentale. Le préparateur doit ainsi s'assurer que l'entreprise est en activité ou est capable de le rester dans un avenir raisonnablement prévisible. La prise en compte préalable de ce principe détermine l'organisation et les modalités d'évaluation des biens de l'entreprise. Elle permet de faire des évaluations et des anticipations en analysant certains faits et éléments pertinents de la situation patrimoniale de l'entité<sup>23</sup>. Ces indicateurs peuvent en effet présager de la possibilité ou non pour l'entité de poursuivre ses activités. En effet, les comptes doivent être élaborés dans la supposition qu'ils sont établis afin d'assurer la continuité de l'exploitation des activités de l'entreprise « dans un avenir raisonnablement prévisible »<sup>24</sup>. L'application de ce principe suppose donc que « [l'entité] n'a ni l'intention ni la nécessité de mettre fin à ses activités, ni de réduire de façon importante la taille de son exploitation »<sup>25</sup>. L'entité est censée poursuivre ses activités dans l'exercice suivant aux conditions existantes au jour de la clôture de l'exercice précédent.

La posture du préparateur des comptes en serait autre, si l'hypothèse d'un risque de cessation d'activité, qu'il s'agisse des difficultés simplement sérieuses ou celles des difficultés qui compromettent irrémédiablement la survie de l'entité. L'article 36 dispose expressément, à cet égard, que « lorsqu'elle a manifesté l'intention ou quand elle se trouve dans l'obligation de se mettre en liquidation ou de réduire sensiblement l'étendue de ses activités, sa continuité n'est plus assurée et l'évaluation de ses biens doit être considérée »<sup>26</sup>. Une autre hypothèse n'exige pas que l'impossibilité de continuité concerne l'ensemble des activités de l'entité. La dérogation au principe de la continuité de l'exploitation est en effet également permise lorsqu'il s'agit « d'un bien ou d'un ensemble de biens autonomes » en raison de la dégradation « irréversible » des marchés ou de la technique<sup>27</sup>. En effet, lorsque l'entité entrevoit, non de continuer l'exploitation de ses activités, mais de réduire celle-ci ou encore lorsque les « indicateurs quantitatifs et qualitatifs »<sup>28</sup> préfigurent un arrêt de l'activité dans un délai prévisible, l'évaluation des biens doit être faite selon leur valeur liquidative aussi bien aux actifs qu'aux passifs ; il faudrait en outre songer au règlement des dettes et indemnités pour licenciement<sup>29</sup>. L'une des conséquences majeures du défaut de la continuité de l'exploitation est l'abandon des autres principes comptables. Il en est ainsi du principe du coût historique qui devrait décliner pour laisser place au principe de la valeur vénale ou actuelle des biens<sup>30</sup>. En cas de simple doute sur cette continuité, l'état annexé devrait rapporter les scénarios prévisibles, retenus et pris en compte quant à l'avenir de l'exploitation.

## 2. Les principes de tenue des comptes

<sup>22</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 55.

<sup>23</sup> A. VIANDIER et Ch. LAUZAINGHEIN, *Droit comptable*, Dalloz, 1993, p.1.

<sup>24</sup> Article 39 al. 1.

<sup>25</sup> Voir : Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *Introduction à la comptabilité*, Manuel, 2018/2019, p. 33.

<sup>26</sup> Article 39 de l'acte uniforme.

<sup>27</sup> Article 39 al 2.

<sup>28</sup> Ces indicateurs sont entre autres « [...] la situation financière : situation nette négative ou situation de trésorerie négative par exemple – des critères fondés sur l'exploitation : pertes de marchés importantes, sous-activité notable... ; [...] catastrophes naturelles ou changement de réglementation », Voir : Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *Introduction à la comptabilité*, Manuel, 2018/2019, p. 33.

<sup>29</sup> Voir : Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *Introduction à la comptabilité*, Manuel, 2018/2019, p. 33.

<sup>30</sup> Voir également l'alinéa 3 de l'article 42.

Il est encore possible de décomposer ces principes en deux sous-catégories : d'une part, les principes de tenue proprement dite des comptes et, d'autre part, les principes de sécurité des comptes.

**La tenue proprement dite.** La tenue des comptes est encadrée par les principes de la spécialité des exercices et du coût historique. En comptabilité, les activités des entités sont censées se dérouler pendant une année civile appelée exercice, c'est-à-dire une période de douze mois<sup>31</sup>. Exceptionnellement, cette période peut être soit inférieure à 12 mois, soit supérieure à 12 mois, respectivement s'il s'agit d'un premier exercice qui, débute, soit au cours du premier semestre de l'année, soit au cours du deuxième semestre<sup>32</sup>. C'est la raison pour laquelle le principe de la spécialité des exercices est appelé sous d'autres plumes principe de périodicité. Il est également à juste titre appréhendé sous le nom de principe d'indépendance ou de séparation des exercices. Ce principe implique alors que « le résultat de chaque exercice est indépendant de celui qui le précède et de celui qui le suit ; pour sa détermination, il convient de lui rattacher et de lui imputer tous les événements et toutes les opérations qui lui sont propres et ceux-là seulement »<sup>33</sup>. Pour ces implications techniques, l'application de ce principe commande que « tous les produits et toutes les charges doivent être imputé(e)s à l'exercice comptable au cours duquel ils ont pris naissance, peu importe la date de paiement ou d'encaissement de ces charges et produits »<sup>34</sup>. Le respect du principe commande, au plan technique, l'application de la comptabilité d'engagement. Celle-ci diffère de la comptabilité de trésorerie, où il est tenu compte des produits et des charges et non des dépenses et des recettes. L'acte uniforme permet cependant aux petites entités soumises au système minimal de trésorerie de tenir une comptabilité de

trésorerie. Il s'agit d'une dérogation aux conséquences du principe de la comptabilité d'engagement. Les entités pouvant valablement se passer de cette comptabilité d'engagement sont définies à l'article 13. Sont éligibles à ce régime aussi bien « les entités de négoce, les entités artisanales et assimilées que les entités de service »<sup>35</sup>, selon le chiffre d'affaires. Dans une comptabilité d'engagement, les produits et les charges sont comptabilisés dès l'instant où ils sont nés ou engagés, sans attendre l'année de leur encaissement effectif. Or, dans une comptabilité de trésorerie<sup>36</sup> ou de caisse, les opérations ne sont constatées qu'à la date (année, jour, mois, etc.) de paiement ou d'encaissement effectif. Par conséquent, l'application du principe de la spécialité serait fastidieuse à respecter, dans la mesure où l'encaissement ou le paiement effectif peut prendre plusieurs années ou être échelonné en plusieurs années.

L'application du principe de la spécialité des exercices pose également un problème concernant les événements postérieurs. Un certain nombre de règles spécifiques doit être respecté. Lorsqu'il s'agit d'événements ayant un lien direct et prépondérant avec l'exercice clos, sa prise en compte doit faire l'objet d'informations au niveau de l'état annexe afin de pourvoir à l'information des associés et des administrateurs. Pour les événements qui n'ont pas de lien direct et prépondérant, cette obligation d'information ne vaut que lorsqu'ils entraînent une remise en cause de la continuité de l'exploitation<sup>37</sup>. Le principe de la spécialité des exercices s'applique à toutes les charges ou à tous les produits pour chaque exercice, sauf exception<sup>38</sup>. Son observation vise à prévenir les pratiques peu recommandables, notamment les fraudes qui peuvent se traduire tantôt par des reports d'enregistrement. L'entité pourrait être tentée par ces types de fraude si elle a le

<sup>31</sup> L'article 7 al. 2 le dit : « L'exercice coïncide avec l'année », qui correspond à une période de 12 mois.

<sup>32</sup> Article 7 al. 3.

<sup>33</sup> Article 59 de l'Acte uniforme portant organisation pour l'harmonisation de la comptabilité des entreprises.

<sup>34</sup> G. R. LANOU, *Cours de Droit comptable*, Année universitaire 2022-2023, université Thomas SANKARA, inédit., p. 11.

<sup>35</sup> Voir l'article 13 de l'acte uniforme.

<sup>36</sup> Autorisée toutefois pour les petites entreprises et les comptabilités des professions libérales

<sup>37</sup> G. R. LANOU, *op. cit.* p. 11.

<sup>38</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 57.

pressentiment que la prise en compte d'une dette risque d'altérer l'image du résultat financier de l'entité. Tantôt, cette fraude pourrait se traduire par un enregistrement des dividendes fictifs ou ceux non encore réalisés, simplement probables ou encore latents, pouvant donner une image trompeuse de la situation économique et patrimoniale de l'entité<sup>39</sup>.

Quoique la tenue d'une comptabilité puisse s'étaler dans le temps pendant une durée plus ou moins longue, elle doit respecter le principe du coût historique.

Le coût historique désigne le coût initial de production ou d'acquisition d'un bien. Comme on peut le constater, les avantages du principe du coût historique résident dans ses facilités pratiques. Il est, en effet, généralement aisé de connaître le coût d'acquisition ou la valeur vénale d'un bien plutôt que les variations qui peuvent avoir lieu au fil du temps. Ces coûts initiaux sont inscrits sur les factures ou les contrats d'achat ou de vente du bien. Habituellement, ce principe est cité à côté de deux sous-principes que sont le principe de l'expression monétaire et du nominalisme monétaire<sup>40</sup>. Le principe du coût historique renvoie ainsi tout d'abord à la règle de l'expression monétaire de l'information comptable. La comptabilité ne doit enregistrer en principe que les opérations ayant un caractère financier et monétaire. Toute autre donnée ne pouvant faire l'objet d'une évaluation monétaire doit être consignée dans les notes annexes<sup>41</sup>. Le principe permet ainsi de présenter les informations comptables en une unité de mesure commune qui est la monnaie. Pour ce faire, l'activité comptable consiste précisément à enregistrer les coûts des biens et services que produit, achète ou vend l'entité. L'article 36 de l'acte uniforme cite notamment le coût réel d'acquisition pour les biens acquis auprès des tiers, la valeur d'apport, la valeur

actuelle pour les biens acquis sous forme de libéralité, et le coût réel de production concernant les biens produits par l'entité<sup>42</sup>. Les biens entrés dans les comptes de l'entité doivent conserver cette valeur, indépendamment de l'écoulement du temps ou des fluctuations ultérieures des prix des biens. Il permet de prévenir les incidences inflationnistes ou déflationnistes<sup>43</sup>.

Ensuite, le principe du coût historique fait appel au principe du nominalisme. Le nominalisme de l'unité monétaire<sup>44</sup> signifie que les états financiers doivent être conservés dans la monnaie initiale ou d'origine avec laquelle ils ont fait l'objet d'imputation. L'unité d'enregistrement des données comptables doit donc être un élément stable ou conserver la même valeur nominale au cours du temps, y compris à différentes époques. On peut, en outre, considérer que le principe du coût historique vise la protection des monnaies légales face à la concurrence des monnaies étrangères. Plus précisément, l'article 52 de l'acte uniforme prévoit que les créances et les dettes libellées en monnaies étrangères sont converties dans l'unité monétaire ayant cours légal dans l'État partie. Dans ce sens, on peut déduire que la comptabilité dans l'espace UMOA « doit être tenue dans la langue (ou une des langues) officielle(s) du pays et en Franc de la Coopération Financière en Afrique (FCFA ou XAF) »<sup>45</sup>; ce qui exclut la tenue d'une comptabilité dans les autres monnaies telles que le Dollar, l'Euro, le Yen, le Rouble, le Naira, etc. Pour ces monnaies étrangères, l'acte uniforme précise que les dettes et créances convenues dans ces monnaies doivent être converties, pour leur montant, dans l'unité monétaire ayant cours légal dans l'État partie. À cet égard, doivent donc être pris en compte le cours de change au jour de la conclusion de l'accord entre les parties

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>40</sup> D. GOUADAIN, El B. WADE, *Comptabilité générale et système comptable de l'OHADA*, éditions Estem, 2002, pp. 122 et s.

<sup>41</sup> Article 52 de l'acte uniforme.

<sup>42</sup> Article 36 de l'acte uniforme. L'article 37 précise davantage la détermination de ces différents coûts réels.

<sup>43</sup> Pour plus de développements : D. GOUADAIN, El B. WADE, *op. cit.*, p. 125.

<sup>44</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 56.

<sup>45</sup> Considérant n°4 de la décision COBAC D-2022/ O H/relative à la détention, l'utilisation, l'échange et la conversion des cryptomonnaies ou cryptoactifs par les établissements assujettis à la COBAC du 06 mai 2022

pour les transactions commerciales et la date de la mise à disposition des devises pour les opérations financières. Le principe permet ainsi de conserver la comptabilité dans les monnaies courantes sans tenir compte d'intrusion d'autres monnaies ou des variations des monnaies<sup>46</sup>. Il est ainsi appelé principe d'unicité monétaire. Dans l'espace OHADA, la décision de la Commission bancaire de l'Afrique centrale est à ce titre illustrative<sup>47</sup>. Elle considère que « les livres et les documents comptables sont établis en francs CFA émis par la Banque des États de l'Afrique centrale »<sup>48</sup>. Par conséquent, l'établissement des livres et documents en cryptomonnaies et cryptoactifs est défendu.

Le principe du coût historique<sup>49</sup>, permettant de garantir la stabilité des valeurs comptables enregistrées, a l'avantage de la simplicité et de l'objectivité. Non seulement, les informations d'une entité n'ont pas toujours une valeur économique, mais surtout, à ce jour, nombre de monnaies virtuelles sont en circulation soit dans les affaires, soit dans les spéculations financières. On peut ainsi citer, à ce propos, les bitcoins et les texacoins, Ethereum, Avalanche, Chainlink, Polygo, etc. Par ailleurs, dans l'espace OHADA, les monnaies nationales des pays membres côtoient à la fois les monnaies et les devises étrangères. Toutefois, les variations des cours de change sont considérées, selon leur nature, comme des gains ou des pertes de change qui doivent être constatés respectivement dans les produits financiers ou dans les charges financières de l'année comptable considérée<sup>50</sup>. Cependant, ce principe peut subir des entorses, soit de l'initiative propre à l'entité, soit du fait d'une autorisation ou d'une injonction des autorités publiques, soit enfin, en toute hypothèse, lorsqu'il y va de la recherche d'une meilleure information comptable. Dans ces cas, le principe du coût historique pourrait être substitué par, soit la

comptabilité à coût réel, soit la comptabilité à coût actuel<sup>51</sup>. Il convient de noter qu'au plan international, il est désormais de plus en plus question de la juste valeur en lieu et place du coût historique. La juste valeur « est le prix auquel un actif pourrait être échangé ou un passif réglé entre deux parties compétentes n'ayant aucun lien de dépendance et agissant en toute liberté. Elle se rapproche de la valeur de marché »<sup>52</sup>. Parvenir à élaborer les comptes est une chose, mais encore faut-il que ces comptes soient à l'abri de tout changement ou de toute modification arbitraire qui risquerait de compromettre la fiabilité, la sécurité juridique et les objectifs généralement assignés à l'information comptable.

**Les principes de sécurité des comptes.** Les comptes doivent être à l'abri de tout changement brusque qui rendrait l'information comptable peu fiable et instable. Il convient donc que les données comptables soient sécurisées. La sécurité des comptes obéit aux principes d'intangibilité du bilan et au principe de la permanence des méthodes. Encore appelé principe de correspondance du bilan d'ouverture au bilan de clôture, le principe d'intangibilité du bilan postule l'interdiction de la correction des comptes clos de l'exercice précédent<sup>53</sup>. Sans remettre en cause le principe de la spécialité des exercices, ce principe assure que les opérations comptables omises dans l'exercice précédent seront prises en compte dans l'exercice immédiatement suivant<sup>54</sup>. L'article 61 le dit : « les produits et charges concernant des exercices antérieurs qui n'ont pu être pris en compte avant la clôture desdits exercices, sont enregistrés, selon leur nature, comme des produits et charges de l'exercice en cours et participent à la formation du résultat d'exploitation financier, ou hors activités ordinaires, de cet exercice. Ils doivent faire l'objet d'une mention spéciale dans les notes annexes »<sup>55</sup>. Il s'oppose à une imputation directe, sur les capitaux propres,

<sup>46</sup> Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *op. cit.* p. 36.

<sup>47</sup> Décision COBAC D-2022/ O H/relative à la détention, l'utilisation, l'échange et la conversion des cryptomonnaies ou cryptoactifs par les établissements assujettis à la COBAC du 06 mai 2022.

<sup>48</sup> Considérant n°3.

<sup>49</sup> Article 36 de l'acte uniforme.

<sup>50</sup> Article 53 de l'acte uniforme.

<sup>51</sup> Pour de plus amples développements, voy. D. GOUADAIN, El B. WADE, *op. cit.*, p. 124.

<sup>52</sup> Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *op. cit.*, p. 36.

<sup>53</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 59.

<sup>54</sup> D. GOUADAIN, El B. WADE, *op. cit.*, p. 128.

<sup>55</sup> Article 61 de l'acte uniforme.

des incidences, à savoir des gains et des pertes, des changements, des méthodes et des omissions des produits et des charges, sans passer par le compte de résultat, dans l'année au cours de laquelle ces modifications ont été effectuées<sup>56</sup>. Cependant, certains changements consécutifs aux réformes de règles comptables ou ayant trait à une erreur fondamentale<sup>57</sup> sont permis<sup>58</sup>. Au principe d'intangibilité du bilan comme principe de sécurité des comptes, il convient d'ajouter le principe d'intangibilité des méthodes.

Également appelée règle de constance des méthodes<sup>59</sup>, la permanence des méthodes est prévue à l'article 40 de l'acte uniforme qui dispose que : « La cohérence des évaluations au cours des exercices successifs implique la permanence dans l'application des règles et des procédures les concernant ». La permanence ou la fixité<sup>60</sup> s'applique aux méthodes de présentation et d'évaluation. Elle implique « une nécessaire cohérence des informations comptables au cours des périodes successives »<sup>61</sup>. Un tel principe est capital dans la mesure où il confère aux travaux de comparaison, leur pertinence, aussi bien dans le temps que dans l'espace, au niveau microéconomique et macroéconomique<sup>62</sup>. Ainsi, les formes de documents comptables, les critères d'évaluation et les techniques d'inventaire doivent être identiques<sup>63</sup>, d'une année à une autre et d'une zone à une autre, lorsqu'ils ont lieu dans le même champ d'application spatial législatif. La cohérence dans l'espace est nécessaire lorsqu'elle entend comparer les résultats d'entités situées dans différentes zones. Pour qu'une telle comparaison soit optimale, il convient que les méthodes et procédures comptables soient semblables ou similaires de part et d'autre. Concernant la cohérence dans le temps, elle est exigée dans

la perspective de comparaison des résultats comptables d'une même entité pour des périodes différentes. Afin qu'une telle comparaison soit exacte et logique, il est nécessaire que les méthodes et les procédures soient identiques pour les périodes considérées<sup>64</sup>. Dans le cas contraire, une telle comparaison serait insignifiante, erronée ou tronquée. Ce principe est l'une des manifestations à la fois de la normalisation comptable et de la finalité de cette dernière.

L'on ne peut déroger à ce principe que dans des cas exceptionnels et suivant certaines conditions<sup>65</sup>. Plus précisément, les changements des méthodes ne sont valables qu'à titre exceptionnel soit, lorsqu'ils sont la conséquence d'un changement même dans la situation de l'entité pour des raisons juridiques, économiques ou financières, soit lorsqu'ils se produisent à la suite de « modifications ou de compléments apportés à la réglementation comptable »<sup>66</sup>. Dans leur modalité, ces changements peuvent consister en des changements de règles<sup>67</sup> et de méthodes comptables, des changements des modalités d'application des règles, la correction des erreurs qui s'effectuera selon qu'il s'agit d'erreurs simples ou fondamentales<sup>68</sup>. Les changements peuvent aussi être motivés par des raisons externes à l'entité. Il en ira ainsi des réformes de réglementation comptable ou des restructurations en contemplation des opportunités fiscales<sup>69</sup>.

Afin de conférer un caractère légal à ces changements, il est d'abord fait obligation à l'entité de mentionner ces incidents opérés dans l'état annexé<sup>70</sup>. Ensuite, il doit être fait mention des incidences de ces changements sur les états

<sup>56</sup> Voir notamment S. SERE, *op. cit.*, p. 815.

<sup>57</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 59.

<sup>58</sup> De même, en France, il n'interdit pas pour autant une imputation directe des capitaux propres. Voir : S. SERE, *op. cit.*, p. 815.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>60</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>61</sup> A. VIANDIER et Ch. DE LAUZAINGHEIN, *op. cit.*, p. 278.

<sup>62</sup> S. SERE, *op. cit.*, p. 843.

<sup>63</sup> D. GOUADAIN, El B. WADE, *op. cit.*, p. 128.

<sup>64</sup> Pour de plus amples développements : D. GOUADAIN, El B. WADE, *op. cit.*, p. 128.

<sup>65</sup> Article 40 de l'acte uniforme.

<sup>66</sup> Article 40 al. 2 tiret 2

<sup>67</sup> Article 10 al. 2.

<sup>68</sup> Pour plus d'information sur les tempéraments à ce principe, voyez A. VIANDIER et Ch. DE LAUZAINGHEIN, *op. cit.*, p. 279.

<sup>69</sup> Il semblerait qu'il n'existe même pas dans ce domaine fiscal, selon M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 57. La comparabilité des résultats dans le temps serait impertinente.

<sup>70</sup> Article 40 alinéa 3.

financiers<sup>71</sup>. Dans le fond, ces changements doivent être justifiés par la poursuite d'une meilleure information<sup>72</sup>. En cas de changement d'origine interne à l'entreprise, il doit être fait mention des explications justificatives<sup>73</sup>. À titre d'illustration, ces changements peuvent avoir lieu en vue d'intégrer les effets des progrès techniques comme l'introduction d'un système de traitement informatisé<sup>74</sup>.

De tout ce qui précède, il ressort que les comptes devant permettre l'information comptable ne sont pas établis en toute liberté par les entités. Il ressort qu'aussi bien en amont qu'en aval, certains principes modélisent l'organisation et l'élaboration des comptes : il s'agit des principes de la partie double et de la continuité de l'exploitation. Par ailleurs, afin qu'ils soient sécurisés, fiables et intègres, ils sont soumis aux principes de la permanence des méthodes et de l'intangibilité du bilan. Mais quelles sont les modalités et les critères concrets d'élaboration et d'enregistrement de ces comptes ?

## B. Les principes d'enregistrement

Les principes d'enregistrement concernent aussi bien les standards de comportement que doit observer le comptable (1), que les critères déterminants à prendre en compte dans l'enregistrement des données (2).

### 1. Standards de comportement

Pour l'établissement des comptes, le comptable doit observer aussi bien une attitude de prudence que de transparence.

**Le principe de prudence.** La perception du principe de prudence comme un standard de comportement se lit dans l'esprit de l'article 3 de l'acte uniforme qui dispose que : « La

comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la convention de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle et à la communication des informations qu'elle a traitées »<sup>75</sup>. Partisane du pessimisme, mais « non outrancier »<sup>76</sup> dans les prévisions comptables, la prudence recommande la prise en compte des charges simplement probables sans attendre leur réalisation effective. Ce principe est souvent accompagné d'un autre principe, celui du jugement, qui apparaît comme son corollaire<sup>77</sup>. L'article 6 al. 1 le dit, l'application du SYSCOHADA implique que « la convention de prudence, soit, en tout cas, observée à partir d'une appréciation raisonnable des événements et des opérations à enregistrer au titre de l'exercice »<sup>78</sup>. Le jugement permet en effet de repérer le risque, de mesurer son degré de nocivité et de décider de façon raisonnable. Le degré de risque étant cerné, la prudence requiert du comptable qu'il comptabilise même une probabilité ou un risque de perte dès les premiers signes de ses manifestations, sans attendre sa survenance effective.

Bien qu'incitant à la prudence, le principe doit cependant composer avec l'impératif de ne pas altérer l'image fidèle de la situation patrimoniale de l'entreprise. Également, il doit être manié selon les règles du bon père de famille : ni excès de pessimisme, ni excès d'optimisme. C'est la raison pour laquelle on parle de la réalisation d'un risque qui doit être au moins probable. On exclut donc en principe les pertes qui sont simplement latentes ou éventuelles, même si les frontières demeurent difficiles à cerner<sup>79</sup>. Par ailleurs, ce principe est d'application asymétrique dès lors qu'il ne permet pas la comptabilité des gains latents. L'article 54 in fine est à ce sujet sans ambages : « Les gains latents n'interviennent pas dans la formation du résultat. Les pertes probables entraînent la constitution d'une provision pour

<sup>71</sup> Article 40 *in fine*.

<sup>72</sup> A. VIANDIER et Ch. DE LAUZANGHEIN, *op. cit.*, p. 279.

<sup>73</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 129.

<sup>74</sup> Voir : S. SERE, *op. cit.*, p. 844.

<sup>75</sup> Article 3 de l'acte uniforme...

<sup>76</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p.

<sup>77</sup> *Ibid.* La prudence implique aussi un jugement raisonnable des situations d'incertitudes « susceptibles de grever le patrimoine et les résultats de l'entreprise ».

<sup>78</sup> Article 6 al. 1.

<sup>79</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.* p. 125.

pertes de change »<sup>80</sup>. Entre la valeur actuelle<sup>81</sup> et le coût actuel d'un bien, c'est l'indicateur ayant le montant le plus faible qui est conservé<sup>82</sup>, en vertu de ce principe de prudence. L'application de la prudence répond à plusieurs objectifs : éviter de transférer des risques dans l'exploitation future de l'entreprise afin de prévenir des dommages futurs. Ce principe répond également à un objectif de sécurité juridique, en défendant de créer des faux espoirs ou des confiances erronées, qui pourraient encourager les partenaires à contracter avec une entité, qui, en réalité, comporte beaucoup de risques liés aux charges non prises en compte. Elle empêche aussi la distribution des dividendes sur la base des bénéfices latents ou simplement probables, voire non encore réalisés. Son application conduit soit à une augmentation des charges, soit à une diminution des actifs. Cette application peut conduire à la mise en cause du principe de coût historique. En effet, lorsque la valeur actuelle d'un bien devient inférieure à sa valeur initiale, par application du principe de prudence, le comptable doit constater la moins-value. Alors même qu'une plus-value latente des actifs ne doit pas entraîner une remise en cause de ce principe<sup>83</sup>. La prudence est capitale, mais celle-ci ne doit pas être un stratagème pour dissimuler la réalité économique de l'entité. Il faut donc une certaine transparence.

**Le principe de la transparence.** Le second standard de comportement auquel doit se soumettre un comptable est le principe de la transparence<sup>84</sup>. C'est la substance de l'article 9 : « La régularité et la sincérité des informations regroupées dans les états financiers annuels de l'entité résultent d'une

description adéquate, loyale, claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice »<sup>85</sup>. Ce principe œuvre donc à donner à la fois au patrimoine, à la situation financière et au résultat, leur image fidèle ou leur « présentation non trompeuse, loyale et claire »<sup>86</sup>. Le comptable doit ainsi savoir-faire (conformité aux règles et procédures), savoir être (sincérité, bonne foi) et savoir apprécier<sup>87</sup>. Il implique une objectivité et une neutralité absolues du comptable. La transparence « implique alors la présentation et la communication claires des informations importantes, sans intention de dissimuler la réalité derrière l'apparence »<sup>88</sup>. Elle est le résultat de la fédération de trois règles.

En premier lieu, la transparence interdit la règle de non-compensation entre différents comptes. Ainsi, au cours d'un exercice, il ne peut y avoir de compensation entre différentes opérations d'un même compte. De même, est proscrite toute compensation entre les comptes des produits et ceux des charges. Enfin, est défendu tout solde entre les actifs et les passifs. Il va sans dire que de tels soldes sont permis à la fin de chaque période<sup>89</sup>. Le respect d'une telle règle est gage de clarté et d'exhaustivité de l'information comptable<sup>90</sup>. En deuxième lieu, la transparence requiert l'observation de la règle de sincérité qui commande l'application et l'interprétation de bonne foi des règles comptables<sup>91</sup>. L'article 6 al. 2 de l'acte uniforme dispose à cet égard que « l'entité se conforme aux règles et procédures en vigueur en les appliquant de bonne foi ». La sincérité suppose, selon certains auteurs, la « qualité de ce qui est vrai, naturel, non corrompu »<sup>92</sup>. L'existence ou l'absence de la sincérité peut être caractérisée aussi bien dans l'information, c'est-à-dire

<sup>80</sup> Il en est de même de l'article 58-2 in fine.

<sup>81</sup> Cette valeur est définie à l'alinéa 2 de l'article 42 de l'Acte uniforme.

<sup>82</sup> Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *op. cit.*, p. 36.

<sup>83</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 125.

<sup>84</sup> Article 9 alinéa 1

<sup>85</sup> Article 9 alinéa 1.

<sup>86</sup> S. SERE, « Acte uniforme du 14 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises », in *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, J. ISSA-SAYEG, P. G. POUGOUE, F. M. SAWADOGO, 2016, p. 822.

<sup>87</sup> Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *Introduction à la comptabilité*, Manuel, 2018/2019, p. 31.

<sup>88</sup> S. SERE, *op. cit.* p. 822.

<sup>89</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 131.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Pour de plus amples développements sur ce principe : A. VIANDIER et Ch. DE LAUZAINGHEIN, *op. cit.*, pp. 250 et s. Ces auteurs considèrent d'ailleurs la sincérité comme un principe.

<sup>92</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 131.

une sincérité objective, que dans le comportement du comptable, c'est-à-dire une sincérité subjective. L'observation d'une telle règle devrait permettre d'atteindre le résultat et la situation réelle de l'entité et éviter d'induire en erreur les utilisateurs. Toutes les informations et tous les renseignements nécessaires à la compréhension des résultats comptables doivent être fournis<sup>93</sup>. En troisième lieu, le principe de la transparence implique le respect de la régularité ; en d'autres termes, le respect des normes, principes, règles et procédures dans la tenue, la présentation, le contrôle et la communication des informations comptables<sup>94</sup>. Par règles, l'on entend évidemment les règles de comptabilité, de l'information comptable et financière issues des actes uniformes de l'OHADA. La régularité convoque en outre le respect de l'ensemble des règles pertinentes de droit positif, la réglementation professionnelle, en droit des affaires, la jurisprudence pertinente et la doctrine pertinente, etc. Tout comme les standards de comportement que le comptable se doit de respecter, certains critères sont déterminants dans l'enregistrement et l'élaboration des comptes.

## 2. Critères d'enregistrement

Les critères déterminants dans l'élaboration des comptes permettent de faire un tri ou une sélection des informations afin de répondre à la fois au besoin d'enregistrement exhaustif, mais aussi de la pertinence de l'information comptable. Dans cette logique, en vue de disposer d'une information comptable pertinente pour les besoins auxquels répond l'exigence d'une comptabilité, le comptable doit mettre en avant le principe de l'importance significative et celui de la prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique.

**L'importance significative.** Certes, la comptabilité a pour objectif l'information des utilisateurs des états financiers. Cependant, n'importe quelle information ne doit pas être prise en compte. D'ailleurs, trop d'informations tuent l'information. Le principe de l'importance significative renvoie ainsi au fait que le comptable doit prendre en compte les informations susceptibles d'influer sur les évaluations et les décisions<sup>95</sup> ; mais seulement ces informations et non celles qui ne sont pas significatives. C'est la raison pour laquelle il est autrement appelé « règle de l'importance relative »<sup>96</sup> ou « principe de matérialité »<sup>97</sup>. Une information ne peut être prise en compte qu'au regard de son importance dans l'utilisation de l'information comptable. A contrario, on fera l'application de la règle « de minimis non curat praeter ». L'unité de référence est le « seuil de signification »<sup>98</sup>. En vertu de ce principe, il est interdit de faire des omissions ou exactitudes qui, de façon cumulée ou non, auront pour conséquence d'influer ou de changer les décisions des destinataires raisonnables des états financiers.

Comme on peut le constater, le principe de l'importance significative fait appel aux qualités qu'une information comptable doit présenter. De ces qualités, on en distingue habituellement deux séries. D'une part, il y a une première série de qualités considérée comme principale. Il s'agit de la pertinence et de la fiabilité<sup>99</sup>. Une information comptable est considérée comme pertinente lorsqu'elle a non seulement une valeur prédictive, mais aussi rétrodictive ou rétrospective. La prédictivité implique la capacité qu'a l'information de déterminer les résultats et les opérations dans l'avenir. Quant au terme rétrodictivité, il s'entend de la qualité qu'a une information de pouvoir, soit, confirmer ou corroborer, soit infirmer ou corriger des prédictions antérieures<sup>100</sup>. La fiabilité en tant que seconde première grande qualité d'une information comptable renvoie à la

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 276 et s. À l'instar de la règle de la sincérité, la régularité est également considérée comme un principe par ces auteurs.

<sup>95</sup> A. VIANDIER et Ch. DE LAUZANGHEIN, *op. cit.*, p. 281.

<sup>96</sup> *Idem*

<sup>97</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 58.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>99</sup> Voir : Ch. DISLE, R. MAESO, M. MEAU, *Introduction à la comptabilité*, Manuel, 2018/2019, p. 22.

<sup>100</sup> *Ibid.*



possibilité de se fier à l'information. Dans ce sens, celle-ci doit être vérifiable, neutre et fidèle.

Au titre des qualités secondaires que doit avoir une information comptable, on peut noter sa comparabilité, son accessibilité, sa conception à moindre coût et enfin son intelligibilité. Ce principe est d'une importance capitale dans l'établissement des Notes annexes ou des comptes consolidés. Il s'agit donc d'un principe éminemment pratique. Dans cette logique, il s'explique « généralement par un allègement de l'information (regroupement de certains postes des états financiers, possibilité de ne pas fournir, dans l'état annexé, des informations n'atteignant pas le seuil d'importance significative...), mais il peut aussi avoir pour conséquence son alourdissement (obligation de donner, dans l'état annexé, toute information d'importance significative, même si elle n'est pas prévue par le Plan comptable...). »<sup>101</sup>. Le principe joue donc dans les deux sens. Toujours en vue d'avoir une information comptable adaptée ou répondant aux objectifs du droit de la comptabilité, le comptable doit faire prévaloir le principe de la prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique dans la sélection de l'information comptable.

**La prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique.** Ce principe est mieux désigné par l'expression principe de la prééminence, soit de la réalité économique sur l'apparence juridique, soit de l'avantage économique sur les considérations juridiques. Pragmatique, il préconise la primauté de la substance ou de la réalité sur la forme<sup>102</sup>. Ce principe vise à neutraliser les inconvénients de la dimension parfois théorique du droit. On sait que pour ses besoins, ce dernier fait usage des présomptions, voire des fictions qui peuvent contrarier la réalité et plus particulièrement la réalité économique<sup>103</sup>. Afin d'éviter ces malentendus, le déploiement du principe de la prééminence

de la réalité économique milite pour une autonomie de la comptabilité, voire du droit comptable, à l'égard des considérations juridiques. Il est d'ailleurs d'origine anglo-saxonne dont la pratique rompt avec la nature théorique du droit continental. Pour traduire ce postulat en principe, la norme n° 1 de l'IASC d'inspiration anglo-saxonne dispose que « les transactions et autres événements de la vie de l'entreprise doivent être enregistrés et présentés conformément à leur nature et à la réalité financière sans s'en tenir uniquement à leur apparence juridique »<sup>104</sup>. La prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique implique d'appréhender les opérations sous un regard économique ou financier et non purement juridique<sup>105</sup>. Elle invite à un dépassement de la régularité s'il en va de la recherche d'une image fidèle<sup>106</sup>.

En vertu de ce principe, peuvent être inscrits à l'actif du bilan de l'utilisateur, les biens détenus avec clause de réserve de propriété ou tenus en crédit-bail, ainsi que des effets remis à l'escompte et non encore échus. Il peut également trouver à s'appliquer dans divers autres cas de figure tels que les contrats de concession de service public, les charges de personnel intérimaire, etc.<sup>107</sup> La conséquence de ce principe est l'accroissement du bilan. À titre d'illustration, dans l'hypothèse d'une clause de réserve de propriété, le bien intègre l'actif du bénéficiaire, qui n'a pourtant pas pour l'instant la nue-propriété du bien. L'absence d'un de ces démembrements du droit de propriété n'entrave pas l'inscription sur les actifs de l'acheteur.

En conclusion, l'enregistrement des comptes commande la conformité à certains principes. Les uns encadrent les comportements des comptables. Il s'agit de l'observation, de la prudence et de la transparence. Les autres déterminent les critères d'enregistrement. Le principe de l'importance significative et la prééminence de la réalité économique sur

<sup>101</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 129.

<sup>102</sup> On l'appelle d'ailleurs principe de la prédominance de la substance sur l'apparence. Voir : M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>103</sup> D. GOUADAIN. El B. WADE, *op. cit.*, p. 130.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>106</sup> A. VIANDIER et Ch. DE LAUZAINGHEIN, *op. cit.*, p. 285.

<sup>107</sup> G. LANOU, *op. cit.*, p. 14.

L'apparence juridique apparaissent comme les principes de cet ordre.

En définitive, il ressort que les principes classiques de la comptabilité harmonisent et modélisent aussi bien la tenue, la sécurité et le fonctionnement des comptes, les standards de comportement et les critères d'enregistrement. La plupart de ces principes sont d'application, depuis fort longtemps et ne sont adaptés que dans un environnement analogique. Ils permettent d'atteindre les objectifs, les qualités et les garanties attendus d'une comptabilité de type classique. Or, ils semblent insuffisants lorsqu'il s'agit d'un environnement informatisé. C'est pourquoi l'Acte uniforme ajoute à ces principes classiques, des principes plus adaptés à cet environnement informatisé.

## II. La sujétion à de nouveaux principes de la comptabilité informatisée

Les éléments d'adaptation des principes comptables de la comptabilité informatisée concernent le système de traitement, les mentions minimales d'un enregistrement, le chemin de révision, la force probante des supports, l'accès à la documentation, la conservation des données et le contrôle. Pour mettre en œuvre une comptabilité informatisée, l'entreprise opte pour un système qui satisfera à ses attentes. En général, le système idéal est celui qui va lui permettre de répondre au besoin de gestion : en particulier, « la gestion des stocks, facturation, comptabilité analytique, statistiques, etc. »<sup>108</sup>. Par ailleurs, et bien évidemment, ce système doit permettre de disposer des données et d'informations comptables en harmonie avec les prescriptions légales et réglementaires<sup>109</sup>. On peut donc définir un système comptable informatisé comme une forme de pratique comptable qui consiste en la collecte et l'obtention d'informations comptables, leur traitement et enfin la restitution des données et des résultats<sup>110</sup> à travers un

procédé automatisé. Dès lors que le *modus operandi* est électronique, une telle comptabilité, en plus des exigences classiques, doit présenter les garanties de fiabilité, d'intégrité, d'authenticité des données comptables qui en résultent. Ces impératifs de régularité et de fiabilité doivent permettre d'atteindre, à terme, des enjeux majeurs tels que l'information financière, la force probante, les objectifs fiscaux et bien d'autres diverses attentes des utilisateurs des états financiers. C'est, sans doute, en raison de ces objectifs fondamentaux et impératifs que l'article 22 du nouvel Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière encadre les comptabilités établies sur un système informatique<sup>111</sup>. Ce besoin d'encadrement répond à des exigences à la fois de légalité et de sécurité. Ces exigences sont requises dans l'établissement d'une comptabilité informatisée (A) afin de permettre les contrôles légaux attendus (B).

### A. Les exigences dans l'établissement d'une comptabilité informatisée

Au regard des fonctions assignées à l'information comptable, la qualité des données établies ou issues d'un processus automatisé est un enjeu majeur pour le législateur OHADA. Une comptabilité informatisée est exposée au risque d'altération facile. Or, les fonctions d'une comptabilité sont diverses. L'une des fonctions consiste dans l'information de ceux qu'il conviendra de qualifier d'utilisateurs internes. Il s'agit de l'entité elle-même pour laquelle la qualité de la comptabilité apparaît comme un outil d'aide à la décision et à la gestion. L'on peut également citer les associés, actionnaires, membres, selon la nature juridique de la société. Ces différents acteurs peuvent exercer un contrôle à travers leurs droits d'alerte, de poser des questions écrites et d'expertise de gestion. À côté des quelques acteurs internes que l'on vient de citer, les utilisateurs des états financiers de synthèses peuvent aussi être des acteurs

<sup>108</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *Memento. Pratique. Comptable*, éd. Francis Lefebvre, 2018, p. 104.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information comptable, signé à Brazzaville le 26 janvier 2017.

externes. Il s'agit des partenaires de l'entité ou de toute personne morale ou physique en relation d'affaire avec l'entité. Il convient surtout de noter l'État, qui est un utilisateur privilégié à la fois pour ses besoins de contrôle fiscal, de sécurité et de régularité. Eu égard à ces diverses fonctions de la comptabilité, les enregistrements comptables informatisés doivent présenter certaines exigences de forme (1) et certains caractères de régularité et de sécurité (2).

### 1. Les exigences de forme d'un enregistrement informatisé

Les données à enregistrer doivent présenter certaines qualités. De même, afin d'atteindre l'objectif de régularité et notamment de sécurité attendue d'un enregistrement comptable informatisé, certaines procédures doivent être exécutées.

**Les qualités que doivent présenter les données à enregistrer.** Tout d'abord, les données à enregistrer, à savoir les pièces justificatives qui servent à l'établissement des états périodiques, peuvent exister sous deux formes. Une forme hybride ou une forme unique numérique. Le cas des pièces justificatives en forme hybride n'appelle pas de développements particuliers. La forme hybride renvoie à la condition que la pièce à enregistrer existe sur support papier, avant de pouvoir faire l'objet d'un enregistrement numérique. Autrement dit, dans cette hypothèse, le comptable ne peut enregistrer que les opérations ayant trace sur un support papier. Le deuxième cas de figure n'exige pas cette condition. La pièce peut être uniquement ou seulement numérique, à condition toutefois que certaines conditions soient réunies à l'égard d'une telle pièce. Elle doit être établie sur un support qui garantit la fiabilité, la conservation et la possibilité de restitution du contenu. Ces conditions ont, en

réalité, trait à la sécurité des données comptables informatisées, plus précisément à l'intégrité des données<sup>112</sup>. Afin que ces données puissent jouer leur but d'information, un certain nombre d'éléments doivent figurer sur chaque document. Il s'agit de l'origine de l'opération, de son contenu et de l'imputation comptable de cette donnée<sup>113</sup>. C'est d'ailleurs, une exigence constante dès lors que l'article 17 disposait déjà que « l'organisation comptable doit au moins respecter les conditions de régularité et de sécurité suivantes : ... l'identification de chacun des enregistrements précisant l'indication de son origine et de son imputation, le contenu de l'opération à laquelle il se rapporte, ainsi que les références de la pièce justificative qui l'appuie ». Au sujet de leur origine, généralement, les pièces comptables proviennent essentiellement de deux sources : une source interne et une source externe. Les documents qualifiés d'origine interne sont constitués des « factures fournisseur, bons de livraison, actes, bordereaux bancaires, etc... Tandis que les pièces comptables externes peuvent regrouper notamment la facture émise, le bordereau de livraison établi, la bande de caisse, le bulletin de salaire établi, etc. »<sup>114</sup>. Il convient de relever que ces documents revêtent les caractères d'un écrit électronique, c'est-à-dire essentiellement avoir un contenu intelligible et, pour leur force probante, être intègres et permettre d'identifier leur auteur. Cette identification résultera de l'existence d'une signature électronique ou de tout autre mécanisme permettant d'identifier les personnes dont ces documents émanent. Lorsqu'il s'agit d'une pièce résultant d'un acte sous-seing privé, cette pièce devrait non seulement réunir les conditions d'un écrit électronique valable, mais aussi revêtir une signature électronique.

En tout état de cause, « chaque donnée entrée dans le système de traitement par transmission d'un autre système de traitement, doit être appuyée d'une pièce justificative probante »<sup>115</sup>. Il peut s'agir ici d'une donnée reçue par

<sup>112</sup> Il convient de reporter au point dédié, *infra*, 1.

<sup>113</sup> Article 22 al. 1.

<sup>114</sup> Direction générale des impôts ( fr.) « Contrôles des comptabilités informatisées. 13 L-1-06 », *Bulletin officiel des impôts*, n° 12 du 24, 2006, p. 6.

<sup>115</sup> Article 22 *in fine*.

transmission (message, e-mail, transfert instantané, etc.). Les hypothèses courantes concernent les factures électroniques qu'émettent certaines entreprises publiques après payement d'une redevance. On peut citer les factures électroniques que génère automatiquement l'Office national de l'eau et de l'assainissement (ONEA) et la Société nationale burkinabè de l'électricité (SONABEL). On peut également citer les factures électroniques délivrées lors de l'achat des billets de voyage en ligne ou les factures électroniques délivrées par les services de mobile Banking. L'acte uniforme paraît exigeant dans ce cas de figure. Pour être enregistrée, la donnée transmise par ce biais doit être appuyée par une pièce justificative ayant la même foi qu'une preuve, autrement dit qui réunit les conditions de fiabilité, d'intégrité et d'un caractère définitif.

De manière spécifique, les documents comptables en copies numériques bénéficient d'un cadre juridique plus favorable. En effet, aussi bien en droit communautaire CEDEAO<sup>116</sup>, en droit burkinabè<sup>117</sup> qu'ivoirien<sup>118</sup>, ces copies sont considérées comme ayant la même force probante que les documents sur support papier, même si ces derniers n'existent plus. Elles doivent toutefois être fidèles et durables<sup>119</sup>. La disposition burkinabè présume aussitôt ces conditions lorsque la copie numérique reproduit fidèlement le document original au moyen d'un système de numérisation accrédité par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). D'autre part, les copies numériques et les données relatives au processus de numérisation du document original doivent être conservées suivant un procédé d'archivage électronique répondant aux conditions posées respectivement aux articles

29 et 30 de la loi de la LSTE. Dans le premier cas, le procédé consiste à recourir à un prestataire de services d'archivage électronique agréé par l'ARCEP<sup>120</sup> ; ledit prestataire doit, en outre, présenter des garanties d'impartialité et de fiabilité<sup>121</sup>. Dans le second cas, l'archivage électronique est effectué par le titulaire des documents lui-même, à condition que ce procédé d'archivage électronique personnel soit accrédité par l'ARCEP et respecte un certain nombre d'exigences prévues dans cette disposition<sup>122</sup>. Tout de même, lorsque ces conditions ne sont pas avérées, il demeure loisible à l'intéressé de les démontrer.

Faut-il le souligner, selon l'acte uniforme, l'organisation comptable doit respecter les principes de sécurité et de régularité pour que les écritures comptables produites soient authentiques. Les écritures d'une telle qualité peuvent servir à la constatation des obligations ou droits des entités partenaires, ou comme moyen « de preuve, d'information des tiers ou de gestion »<sup>123</sup>. Du reste, selon les articles 26 de la LSTE et 30 de l'acte additionnel CEDEAO, une facture électronique n'est recevable que lorsque non seulement elle permet d'identifier son auteur ou d'authentifier son origine, mais surtout qu'elle est intègre<sup>124</sup>. Une fois l'enregistrement réalisé sur la base des pièces justificatives, l'exécution de certaines procédures est requise.

### **Les procédures nécessaires dans l'enregistrement.**

Étant donné la fugacité et l'altération facile des données électroniques, le comptable d'un système informatisé doit procéder au verrouillage des enregistrements, afin de garantir

<sup>116</sup> Article 33 de l'acte additionnel, A/SA. 2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques dans l'espace CEDEAO « une copie ou toute autre reproduction d'acte passé par voie électronique a la même force probante que l'acte lui-même lorsqu'une telle copie est certifiée conforme par un organisme agréé par une autorité étatique ».

<sup>117</sup> Article 36 de la LSTE : « Lorsqu'un document sur support papier n'existe plus, les copies numériques de ce document ont la même valeur probante que ce document lorsqu'elles remplissent les conditions fixées par l'article 31 ci-dessus ».

<sup>118</sup> Article 25 Loi n°2013/546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques : « La copie ou la reproduction d'acte passé par voie électronique sur

support papier a la même force probante que l'acte lui-même, sous réserve de la preuve de l'intégrité du document copié ou reproduit ».

<sup>119</sup> Article 31 de la LSTE

<sup>120</sup> Article 29 de la loi du 10 novembre 2009

<sup>121</sup> Articles 82 à 88 et 89 à 97 de la loi précitée.

<sup>122</sup> Article 30 de la loi précitée.

<sup>123</sup> Article 14 *in fine*.

<sup>124</sup> Voir : W. D. KABRE, Cour de droit de commerce électronique, *op. cit.*, p. 49.

la stabilité, la durabilité et l'intégrité des données. De même, les états périodiques doivent être datés.

Les données une fois enregistrées doivent faire l'objet d'un verrouillage. Le verrouillage des enregistrements s'opère à travers la validation des données enregistrées et le figement de la chronologie des opérations. Ainsi, en premier lieu, concernant la validation des données enregistrées, l'alinéa 2 de l'article 22 dispose que « toute donnée enregistrée doit faire l'objet de validation afin de garantir le caractère définitif de l'enregistrement comptable correspondant »<sup>125</sup>. Selon cet alinéa 2 de l'article 22<sup>126</sup>, la validation garantit le caractère définitif de l'enregistrement comptable considéré. Elle doit s'opérer dans une période d'un mois au maximum, sinon au jour le jour. Il s'agit de récapituler les opérations dans le livre-journal. La validation confère aux écritures comptables un caractère probant et sincère, dès lors qu'elle garantit à l'enregistrement son « caractère définitif »<sup>127</sup>. Par conséquent, aucun logiciel comptable ne doit comporter une fonctionnalité permettant la modification ou la suppression de telles données après validation<sup>128</sup>, surtout sans traces. Cette procédure de validation confère à l'enregistrement son caractère d'« irréversibilité ». Il est capital que les enregistrements soient irréversibles, car selon l'alinéa 2 du même article 22, l'irréversibilité permet d'interdire « toute suppression, addition ou modification ultérieure d'enregistrement »<sup>129</sup>. Cependant, contrairement à sa lettre, qui pourrait laisser croire que les actes de suppression, addition ou modification ultérieure seraient totalement interdits, l'esprit de la disposition n'interdit exactement que toute suppression, addition ou modification ultérieure qui ne laisserait pas de trace. Autrement dit, toute suppression, insertion, correction ou rectification des données comptables, opérations qui sont parfaitement légitimes, doit laisser des traces. Elle doit être délébile ou traçable. Ainsi, pour une modification qui est toujours possible dès qu'une validation ne s'est pas encore

opérée, l'acte doit faire apparaître l'écriture initiale d'une part et d'autre part, la donnée modificatrice. De même, pour une suppression des données, il doit faire apparaître l'écriture initiale et son annulation ultérieure. Enfin, une insertion des données ne peut être opérée sans laisser de trace.

De ce qui précède, il ressort que les erreurs d'écriture, d'évaluation ou d'estimation peuvent être corrigées, à condition que ces corrections soient visibles. Pour une comptabilité informatisée, on peut penser que le document comptable se présenterait comme un document avec mode suivi de modification. La justification des motifs de la modification peut également être requise.

L'interdiction de suppression, de modification ou d'addition des données apparaît en quelque sorte comme la transposition de l'interdiction des blancs ou d'altération de la comptabilité annuelle. Cette prescription est prévue à l'article 20 de l'acte uniforme qui énonce que « les livres comptables et autres supports doivent être tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte ». Une fois les données validées, le comptable doit procéder au figement des enregistrements. Ainsi, en second lieu, en plus de la validation des enregistrements, une autre procédure de verrouillage que doit exécuter le comptable d'un système informatisé est de figer la chronologie des opérations. Les données entrées étant validées, il convient d'assurer, en effet, le figement pour conserver la chronologie des événements. Le figement des opérations permet aussi d'écartier toute possibilité d'insertion intercalaire ou d'addition ultérieure. Mais le figement des opérations ne peut être exécuté qu'après la mise en œuvre d'une procédure périodique dite de « clôture informatique », dans un délai maximum d'un trimestre et au plus tard la fin du trimestre qui suit immédiatement la fin de la période<sup>130</sup>. On peut activer cette opération « grâce à une fonction du logiciel, qui consiste à figer les différents éléments de l'écriture de façon telle que toute modification

<sup>125</sup> Article 22 al. 2

<sup>126</sup> Acte uniforme portant droit comptable et information financière.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Direction générale des impôts (fr.) « Contrôles des comptabilités informatisées. 13 L-1-06 », *Bulletin officiel des impôts*, n° 12, 2006, p. 7.

<sup>129</sup> Article 22 al. 2.

<sup>130</sup> Article 22 al. 3 de l'acte uniforme portant droit comptable et information financière.

ultérieure de l'un de ces éléments soit impossible »<sup>131</sup>. L'ensemble de ces procédures pour un exercice donné ne peut excéder le premier trimestre de l'exercice suivant.

Les états périodiques peuvent à ce stade être dressés, mais ils doivent être datés. Avant d'en venir à la datation des états périodiques, il convient de relever que la datation concerne tout enregistrement comptable. Ainsi, pour chaque exercice clôturé, les enregistrements comptables doivent être classés de manière chronologique<sup>132</sup>, en fonction de la date de la valeur comptable<sup>133</sup>. Il s'agit du principe d'engagement. Ce principe exige l'enregistrement d'une opération comptable dès le jour de sa naissance, sans attendre le jour de l'encaissement effectif de la somme correspondant à l'opération. Cependant, lorsque cette date correspond à une période déjà clôturée, l'opération doit être enregistrée au premier jour de l'exercice suivant non encore clôturé. Toutefois, il est requis que la date d'une telle opération soit mentionnée distinctement et non confondue avec celle des autres opérations plus récentes<sup>134</sup>.

Pour en venir à la datation des états périodiques qui concernent la clôture des exercices, selon l'article 22, alinéa 7, la comptabilité informatisée doit être conçue de sorte que « les états périodiques fournis par le système de traitement soient numérotés et datés »<sup>135</sup>. L'acte uniforme ne précise rien par rapport à ce qu'il convient d'entendre par « états périodiques ». Peut-être faut-il les assimiler aux états financiers de synthèse que l'acte uniforme dit « annuel »<sup>136</sup>. À propos desdits états financiers, selon l'acte uniforme, « un jeu complet d'états financiers annuels comprend le bilan, le compte de résultat, le tableau de flux des trésoreries ainsi que les notes annexes »<sup>137</sup>. Exceptionnellement, les entreprises

cotées en bourse ou qui postulent pour une demande de financement dans le cadre d'un appel public à l'épargne doivent élaborer et présenter des états financiers selon les normes internationales d'information financière (normes IFRS)<sup>138</sup>. La datation s'entend d'un procédé qui permet de dater « des ensembles, des données électroniques »<sup>139</sup>. En comptabilité, les différentes dates essentielles sont la date de réalisation et d'enregistrement de l'opération, celle d'établissement de la pièce justificative, la date de réception de cette dernière et la date de la valeur comptable<sup>140</sup>. Cette datation peut s'opérer selon une double modalité, soit par celui qui voudrait dater les données ou pièces comptables, soit par un tiers. Dans ce dernier cas, il s'agira de s'offrir les services d'un prestataire de service d'horodatage électronique qui, au Burkina Faso, doit être agréé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)<sup>141</sup>.

Étant donné cependant l'altération, la modification et la suppression faciles des données électroniques, y compris les dates électroniques, on peut se poser la question de savoir si de telles dates sous forme électronique sont fiables et à quelles conditions. L'acte uniforme est muet sur ce point. On est donc contraint de revenir au niveau des textes nationaux régissant la datation électronique. Au Burkina Faso, l'article 35 de la loi de 2009 dispose qu'« un procédé d'horodatage électronique ne confère date certaine que s'il est utilisé dans les conditions prévues à l'article 1382 du Code civil »<sup>142</sup>. L'article 1382 du Code civil auquel renvoie l'article 35 de la LSTE reconnaît une date certaine à tout acte sous seing privé y compris une pièce comptable si au moins une des trois conditions suivantes est caractérisée : soit l'acte est enregistré au fisc, soit l'un des signataires est décédé, soit

<sup>131</sup> Direction générale des impôts ( fr. ) « Contrôles des comptabilités informatisées. 13 L-1-06 », *Bulletin officiel des impôts*, n° 12, 2006, p. 7.

<sup>132</sup> Pour plus de détails sur cet enregistrement chronologique : article 16 alinéa 3, 4 et 5.

<sup>133</sup> Article 22 al. 4.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Article 22 al. 7.

<sup>136</sup> Article 7.

<sup>137</sup> Article 8 al. 1.

<sup>138</sup> Article 8 al. 4.

<sup>139</sup> Article 2, 24 de la LSTE.

<sup>140</sup> Commission des normes comptables, *AVIS CNC 174/1 - Les principes d'une comptabilité régulière*,

<sup>141</sup> Article 22 de la LSTE.

<sup>142</sup> LSTE.

enfin, la substance de l'acte est reprise dans un acte authentique<sup>143</sup>. Les enregistrements comptables ainsi présentés, validés, figés et datés, doivent présenter certains caractères afin de pourvoir au plan légal, au besoin d'information des utilisateurs, ainsi qu'à des contrôles de nature légale ou statutaire.

## 2. Les caractères de régularité des enregistrements informatisés

En raison des intérêts qu'elles présentent pour les différents acteurs, les données comptables ne sauraient jouer leur rôle d'information que lorsqu'elles présentent certains caractères à la fois d'intégrité et de fiabilité.

**L'intégrité des données transcrites.** L'intégrité vise aussi bien les données enregistrées que les pièces justificatives sur lesquelles elles s'appuient. Ainsi, au titre des pièces justificatives, la deuxième partie de l'alinéa 7 dispose que « chaque enregistrement doit s'appuyer sur une pièce justificative établie sur papier ou sur un support assurant la fiabilité, la conservation et la restitution en clair de son contenu pendant les délais requis »<sup>144</sup>. La fiabilité des pièces justificatives implique l'absence de modification, d'altération ou de falsification. D'autre part, concernant la fiabilité des données enregistrées, l'alinéa 5 de l'article 22 dispose qu'une comptabilité informatisée doit être élaborée de sorte que « l'intégrité des données enregistrées offre des conditions de garantie et de conservation conformes à la réglementation en vigueur. Il est notamment réputé intègre toute transcription indélébile des données qui entraîne une modification irréversible du support »<sup>145</sup>. L'exigence d'intégrité apparaît donc comme une exigence des données comptables informatisées. Cependant, cette condition d'intégrité étant

toujours difficile à démontrer, le législateur a posé une présomption, qui est largement admise dans la mesure où elle vaut pour « toute transcription indélébile des données qui entraîne une modification irréversible du support ». Il ressort que cette présomption légale d'intégrité exige néanmoins deux conditions : d'une part, le caractère indélébile de la transcription et, d'autre part, le caractère irréversible de la modification <sup>146</sup>. Dans les autres cas où la présomption ne s'appliquerait plus, il doit être prouvé que les données comptables enregistrées présentent toutes les conditions légales de garantie et de conservation. Le droit OHADA ne semble pas précis sur cette question pourtant cruciale. Mais il nous paraît que les conditions de garantie ont trait à la fiabilité des documents. Du reste, l'article 68 de l'acte uniforme, qui n'est, certes, directement, pas une suite logique de l'article 22, dispose que « la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour servir de preuve entre entités pour faits de commerce ou autres ». En droit français, l'analogie est justement faite avec les règles de la preuve. Il y est soutenu que « toute donnée comptable entrée dans le système de traitement est enregistrée, sous une forme directement intelligible, sur papier ou éventuellement sur tout support offrant toute garantie en matière de preuve »<sup>147</sup>. Ces conditions de garanties peuvent être satisfaites à travers la signature électronique ou numérique lorsque la pièce est entièrement électronique<sup>148</sup>.

Par ailleurs, concernant la signature électronique, deux précisions méritent d'être apportées sur ses caractéristiques et sa fiabilité. Relativement à ses caractéristiques, en droit burkinabè, est qualifié de signature électronique, tout procédé permettant l'identification de l'auteur du document et l'adhésion de ce dernier au contenu dudit document<sup>149</sup>. Toute pièce comptable revêtue d'un procédé ou procédant

<sup>143</sup> W. D. KABRE, *op. cit.*, p. 75.

<sup>144</sup> Article 22 al. 7.

<sup>145</sup> Acte uniforme cité plus haut.

<sup>146</sup> L'irréversibilité fait expressément l'objet d'un alinéa.

<sup>147</sup> PCG, article 911-4. Voir aussi : M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *Memento. Pratique. Comptable*, éd. Francis Lefebvre, 2018, p. 14.

<sup>148</sup> Dans le même sens, voir : Direction générale des impôts ( fr.) « Contrôles des comptabilités informatisées. 13 L-1-06 », *Bulletin officiel des impôts*, n° 12, 2006, p. 1.

<sup>149</sup> Article 2 point 26 de la loi du 10 novembre 2009. Il en est de même de l'article 34, 1) de l'Acte additionnel de la CEDEAO.

d'un mécanisme permettant de satisfaire à ces conditions doit être considérée comme assortie d'une signature électronique. Une pièce électronique est donc dite revêtue d'une signature électronique lorsqu'elle comporte des données permettant d'identifier son auteur<sup>150</sup> et son adhésion au contenu de la pièce. La nature (électronique ou non) et la forme (moyen, dispositif ou procédé, etc.) sont indifférentes. C'est l'application du principe de l'équivalence fonctionnelle au détriment de l'équivalence de nature. Ce principe postule qu'il convient « d'analyser les fonctions assignées aux exigences de forme afin de valider le procédé électronique équivalent permettant de satisfaire à ces fonctions ». Les choses sont plus définies par leur fonction ou leur utilité que par leur nature et leur modalité. Tous les chemins mènent à Rome, dit-on !

Si la condition de signature, y compris électronique, peut être facilement démontrée à travers l'application du principe d'équivalence fonctionnelle, il reste à examiner la condition de sa fiabilité. En raison des caractéristiques particulières de l'environnement électronique, ainsi que de ses risques, une telle condition est sans doute difficile à convaincre. Pour déverrouiller l'obstacle, la loi burkinabè recourt à la présomption. Ainsi, l'article 8 de la loi du 10 novembre 2009 dispose que « la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée établie grâce à un dispositif sécurisé de création électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat qualifié »<sup>151</sup>. Il ressort que la présomption, en plus d'être simple, n'est pas automatique. Elle suppose que trois conditions soient remplies. D'abord, il faut que la signature soit sécurisée, ensuite, elle doit reposer sur un dispositif sécurisé, enfin, elle doit être attestée par un

certificat électronique délivré par un prestataire de service de certification qualifié et comportant certaines mentions<sup>152</sup>. De ces exigences, la doctrine burkinabè tire deux observations selon que la signature est considérée comme qualifiée ou non<sup>153</sup>. D'une part, lorsqu'elle est qualifiée, aucune appréciation du juge sur la fiabilité n'est nécessaire, la fiabilité étant tenue pour avérée. D'autre part, en revanche, lorsque la signature n'est pas assortie d'un certificat qualifié, la fiabilité n'est pas acquise, elle doit être démontrée par l'intéressé et la marge de liberté d'appréciation du juge reste entière.

Il ressort que non seulement les pièces justificatives, mais aussi les données enregistrées doivent être intègres. Cependant, ces caractères ne suffisent pas, dans la mesure où les données comptables enregistrées doivent garder leur caractère de fiabilité.

La conservation ou l'archivage des données enregistrées doit également se faire dans des conditions qui préservent leur fiabilité. La conservation électronique, pour autant qu'elle respecte les conditions de garantie, de fiabilité et d'intégrité, dispense l'entité d'aménager une conservation sur papier<sup>154</sup>. En droit burkinabè, deux modalités de conservation sont autorisées. Une première consiste au recours à un tiers, qui doit présenter des garanties d'impartialité et de fiabilité<sup>155</sup> et être agréé par l'Autorisation de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). La seconde modalité est à l'initiative du titulaire des documents électroniques. Un tel archivage doit être accrédité par l'ARCEP, intègre et permettre l'identification de l'auteur<sup>156</sup>. Par ailleurs, il doit permettre d'identifier son auteur et présenter les garanties d'intégrité nécessaires dans son contenu, en vertu de plusieurs textes<sup>157</sup>. La loi ivoirienne

<sup>150</sup> W. D. KABRE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>151</sup> Loi précitée. Dans le même sens, article 21, al. 2 du Règlement UEMOA.

<sup>152</sup> Cette condition risque de poser un problème dans l'espace juridique burkinabè. Il n'existe pas, en effet, jusque-là de prestataire de service de certification électronique.

<sup>153</sup> W. D. KABRE, *op. cit.*, p. 75.

<sup>154</sup> R. GOUYET, « Les grands principes du contrôle fiscal des comptabilités informatisées », *Revue gestion-finances publiques*, n° 3, 2018, p. 83.

<sup>155</sup> Article 82 à 97 de la LSTE.

<sup>156</sup> Article 23 de l'Acte additionnel CEDEAO.

<sup>157</sup> Article 23 de l'acte additionnel de la CEDEAO, article 41 de la loi ivoirienne.



apparaît ainsi plus instructive sur ce point. Elle prévoit que « l'archivage électronique doit garantir la restitution des données conservées ou leur accessibilité dans un contexte technologique changeant » ; il s'agit notamment d'opérer, si besoin, la migration des données d'un support obsolète vers un autre système de traitement informatique<sup>158</sup>.

Pour son contenu, l'obligation de conservation requiert une conservation exhaustive et bien détaillée. Doivent ainsi être conservés, « les fichiers historiques des mouvements (commandes, livraisons, mouvements de stocks, factures, prix de revient, prix d'achats, montant des abonnements, prélèvements opérés, opérations sur titres, etc.). Les fichiers à caractère permanent ou référentiel (plan comptable, fichier clients, fournisseurs, tarifs, prêts, produits, emprunts, contrats, etc.) devront, à l'identique, être régulièrement stockés »<sup>159</sup>. En somme, il s'agit non seulement des fichiers contenant les livres, mais aussi des programmes et des systèmes permettant de lire ces fichiers, pendant cette période minimale de conservation. Concernant la durée de la conservation, celle-ci est fixée à dix ans pour tous les livres, documents et pièces justificatives y relatives<sup>160</sup>. À l'instar de toute autre donnée comptable informatisée, la question de la fiabilité de la conservation est cruciale. Elle pose particulièrement un problème lorsque l'entité a été amenée à changer de solution informatique, comptable, de système d'exploitation, ou de programmes, voire de prestataire de service de logiciel comptable. Il en sera de même en cas de mauvaises ou, d'ailleurs, de bonnes mises à jour. Ces incidents peuvent altérer tout ou partie des fonctionnalités antérieures du logiciel ; de même que les résultats générés automatiquement à partir de tels systèmes. L'inaltérabilité des données requière qu'il ne soit plus possible de modifier, d'effacer ou d'ajouter des écritures de manière accidentelle ou frauduleuse. Elle renvoie donc à leur caractère original. Dans ce contexte, l'inaltérabilité permet de garantir la continuité de la conservation. De ce fait, en cas de changement de solution informatique ou bien d'autres

incidents susceptibles d'altérer les données, il est recommandé à la fois un archivage préalable et un transfert des données vers d'autres solutions informatiques. L'inaltérabilité permet également d'assurer la pérennité et l'originalité des données.

De ce qui précède, l'on retient que les données doivent être enregistrées avec toutes les informations nécessaires, validées et figées. Les pièces justificatives qui leur servent de base doivent par ailleurs présenter les caractères d'intégrité et de fiabilité et être conservées dans les mêmes conditions de régularité et de sécurité. Mais encore, faut-il que la comptabilité qui en résulte ne compromette pas la procédure de contrôle nécessaire au respect de la conformité.

## B. Les exigences de contrôle

À l'instar de la comptabilité traditionnelle, la comptabilité informatisée joue un rôle important dans un État. Ainsi, elle doit être organisée dans le respect de la législation financière et fiscale. Pour ce faire, les procédures de contrôle et d'audit de l'État diligentées à l'encontre d'une entité ne doivent pas être compromises. Bien qu'informatisée, toute comptabilité doit permettre l'accès à l'ensemble de la documentation nécessaire à ces contrôles légalement permis ou autorisés. Par ailleurs, les informations conçues sous cette forme électronique doivent être portables.

### 1. L'accès à la documentation comptable

L'organisation d'une comptabilité informatisée ne doit pas être établie de sorte à empêcher les procédures légales et même statutaires de contrôle. Elle doit permettre l'accès à la documentation pour les besoins de contrôles. L'alinéa 6 de l'article 22, dispose à cet égard qu'elle doit être montée de sorte à « garantir toutes les possibilités d'un contrôle éventuel en permettant la reconstitution ou la restitution du

<sup>158</sup> D. W. KABRE, *op. cit.*, p. 50.

<sup>159</sup> R. GOUYET, « Les grands principes du contrôle fiscal des comptabilités informatisées », *GFP* n° 3-2018 / mai-juin 2018, p. 83.

<sup>160</sup> Article 24 de l'acte uniforme.

chemin de révision et en donnant droit d'accès à la documentation relative aux analyses, à la programmation et aux procédures des traitements en vue notamment de procéder aux tests nécessaires à l'exécution d'un tel contrôle »<sup>161</sup>. Par procédures de contrôle, on entend également des procédures d'audits, de certifications et de vérifications<sup>162</sup>. Toute comptabilité, y compris informatisée, doit pouvoir faire l'objet de contrôle tel que défini dans les actes uniformes, les statuts et les textes nationaux pour le contrôle fiscal. Pour ce faire, il doit être possible d'opérer « la reconstitution et la restitution du chemin de révision »<sup>163</sup>. Afin de donner une certaine liberté et facilité à la fois organisationnelle et technologique à l'entité, cette dernière bénéficie généralement d'une marge de manœuvre quant aux modalités de présentation de cette documentation. En effet, dans ses modalités, la présentation peut être faite sous « forme littérale, voire à l'aide de tableaux ou de graphismes »<sup>164</sup>.

Dans cette logique, pour opérer les tests requis dans l'exécution des contrôles, les contrôleurs doivent pouvoir accéder à la documentation relative aux analyses, à la programmation et aux procédures de traitement<sup>165</sup>. L'ensemble de la documentation que l'entité doit présenter doit permettre au contrôleur de comprendre le système d'information mis en place<sup>166</sup>. Afin d'atteindre cet objectif, la documentation doit comporter « la description générale de l'ensemble du système d'information, l'inventaire et la description des matériels utilisés, les descriptifs des fichiers et des programmes et de leurs articulations, mais également la description de la structure des données et de leur signification ainsi que les codes source des programmes »<sup>167</sup>. Sur l'étendue de cette obligation, elle concerne les données qui doivent faire l'objet de conservation. Par conséquent, une distinction doit être faite selon qu'il s'agit d'un logiciel

comptable spécifique ou d'un logiciel standard. En cas de logiciel spécifique, c'est-à-dire d'un logiciel comptable conçu sur commande, les droits de l'utilisateur sont évidemment significatifs, voire exclusifs à l'égard du prestataire. Le logiciel étant conçu avec les moyens financiers de l'entité utilisatrice, il est en effet normal que ses pouvoirs sur ce dernier soient exorbitants, voire exclusifs. Par conséquent, il est logique que l'entité soit amenée à fournir plus d'informations. À cet égard, le contrôleur pourrait lui exiger des informations telles que « le dossier de conception générale ; - le dossier des spécifications fonctionnelles ; - les dossiers technique, organisationnel et d'architecture ; - le dossier de maintenance ; - le dossier d'exploitation ; - le dossier utilisateur »<sup>168</sup>. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un logiciel standard, autrement dit d'un logiciel comptable conçu en série par un prestataire de logiciel comptable, l'entité est tenue aux mêmes obligations. Cependant, ses pouvoirs peuvent être réduits. L'explication tient sans doute au fait que le logiciel n'a pas été conçu avec les ressources financières de l'entité, mais plutôt avec les ressources financières du prestataire. Il est logique que ce dernier ne mette pas automatiquement et entièrement le logiciel, y compris l'ensemble des prérogatives, à la disposition de l'entité sans contrepartie. Il ruinerait son commerce. Cependant, il est recommandé aux parties à un contrat de fourniture de logiciel informatique, la rédaction des clauses en vue de définir les droits et obligations respectifs. L'entité pourrait à l'occasion s'aménager plus de droits par le biais desdites clauses. Il serait judicieux que de telles clauses soient aménagées. Leur aménagement permettrait à l'entité de garantir un accès plus important au code source pour être en conformité avec les impératifs de contrôle. À défaut, l'entité serait dans l'impossibilité de respecter son obligation légale ; ou alors elle engagerait sa responsabilité vis-à-vis du prestataire. En tous les cas, à l'égard de l'agent de contrôle,

<sup>161</sup> Article 22 6°).

<sup>162</sup> Pour plus de développements sur les contrôles fiscaux informatisés : R. GOUYET, « Les grands principes du contrôle fiscal des comptabilités informatisées », *Revue gestion-finances publiques*, n° 3, 2018, pp. 80 à 85.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Id.*

<sup>165</sup> Article 22 6°)

<sup>166</sup> R. GOUYET *op. cit.* p. 81.

<sup>167</sup> *Id.*, p 81.

<sup>168</sup> Direction générale des impôts ( fr.), *op. cit.*, p. 11.

elle doit au moins présenter la documentation utilisateur : « les principales fonctions et caractéristiques du logiciel »<sup>169</sup>. Le droit OHADA ne précise pas non plus la langue dans laquelle les documents doivent être présentés. Or, cette précision a toute son importance : les systèmes informatiques peuvent être rédigés en diverses langues étrangères (le plus souvent en chinois, en anglais, etc). Mais on peut considérer qu'en l'absence de disposition spéciale sur cette question, c'est la disposition de droit commun en la matière qui s'applique. À cet égard, l'article 17, alinéa premier, prescrit que la comptabilité doit être établie dans la langue officielle du pays sous peine d'irrégularité<sup>170</sup>.

Afin d'être plus utile au regard de l'objectif de contrôle, la documentation permettant le contrôle devrait aussi « retracer avec précision et complétude le descriptif des procédures automatiques et manuelles de contrôle interne, les dictionnaires des données mis en œuvre, le plan d'archivage et les durées de rétention, ainsi que la documentation utilisateur »<sup>171</sup>. En particulier, les codes sources des programmes peuvent servir à comprendre d'une part, la conformité du système de traitement automatisé avec les modalités pratiques de la gestion et des opérations de l'entreprise et d'autre part, surtout s'assurer de la fiabilité des algorithmes que l'entreprise utilise. Des obligations de garantie et de sécurité pourraient également être de mise.

Au plan strictement comptable, on rappellera qu'il existe deux types de contrôle. D'une part, le contrôle externe exercé par les commissaires au compte<sup>172</sup> dont les

conditions, les modalités de désignation ainsi que le mandat varient selon le type d'entité. L'article 70 de l'AUDCIF définit le rôle de ces commissaires au compte des acteurs, à savoir émettre les avis sur la sincérité et la régularité des états financiers. Ces avis peuvent être favorables ou défavorables ou réservés, dans ces derniers cas, la décision devrait être motivée en ces termes. D'autre part, la seconde modalité de contrôle est interne et peut être exercée par le conseil d'administration ou les actionnaires et associés. Il ne suffit pas que les données soient accessibles aux contrôleurs, encore faut-il qu'elles soient portables.

## 2. La portabilité des données comptables

En droit des technologies de l'information et de la communication, la portabilité des données implique « la possibilité [...], de les porter d'un système à un autre, de les partager entre plusieurs systèmes »<sup>173</sup>. En d'autres termes, la portabilité<sup>174</sup> suppose la possibilité pour l'entité de transférer ses données vers d'autres destinataires,<sup>175</sup> en l'occurrence les utilisateurs des états financiers tels que les contrôleurs. Faut-il le rappeler, les données comptables ont pour vocation d'être exploitées par divers utilisateurs. C'est l'exigence rappelée à l'article 15 in fine : « l'organisation comptable doit au moins respecter les conditions de régularités [telles que] ...la mise à la disposition des utilisateurs des documents requis dans les délais légaux fixés pour leur délivrance »<sup>176</sup>. C'est cette mise à disposition qui permet la portabilité. Elle apparaît comme une prolongation du droit d'accès. Elle a pour but de transmettre les données comptables de l'entité à

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> Article 17 de l'acte uniforme

<sup>171</sup> *Id.*

<sup>172</sup> Les commissaires au compte font partie de l'Ordre national des experts-comptables et comptables ( ONECCA) créé par la loi n°22/96/ADP du 10 juillet 1996 portant création d'un Ordre National des experts-comptables et des comptables agréés et réglementant les professions d'expert-comptable et de comptable agréés abrogée par la loi n°048-2005 du 20 décembre 2005 portant création d'un ordre national des experts-comptables et des comptables agréés et réglementant les professions d'expert-comptable, de comptable agréé et l'exercice du mandat de commissaire aux comptes.

<sup>173</sup> H. J. SIBONE, *La protection des données à caractère personnel dans les contrats de cession de données*, Mémoire master 2 Droit privé général et européen, Limoges, 2015, p. 60.

<sup>174</sup> Trois critères sont requis pour l'exercice du droit à la portabilité : les données doivent être personnelles, avoir été fournies par la personne concernée qui en a explicitement donné son consentement. V. Le règlement de l'Union européenne adopté le 27 avril 2016.

<sup>175</sup> Art. 20 du Règlement de l'Union européenne relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, adopté le 27 avril 2016.

<sup>176</sup> Article 15 *in fine*.

un destinataire de l'information comptable. Elle permet par ailleurs aux entités d'exporter leurs données d'un système de traitement informatisé à un autre et de pouvoir les exploiter dans d'autres systèmes informatiques<sup>177</sup>. Les informations qu'elle comporte doivent donc être restituables sur papier ou sous toute autre forme directement intelligible<sup>178</sup>. L'acte uniforme n'en dit pas plus. Mais, on peut considérer que la restitution sur papier suppose essentiellement que l'information soit susceptible d'impression. La possibilité de restitution du contenu implique une mise à jour constante des données électroniques. L'expression sous une forme directement intelligible pourrait, quant à elle, impliquer plusieurs conditions. D'abord, il faut que les données soient disposées ou conçues dans une forme chargeable. Ensuite, elles doivent se présenter dans un format interopérable afin d'éviter que leur copie ou transfert sur un autre support les rende illisibles ou impossibles à ouvrir. Un fichier comptable informatisé doit, comme tout standard électronique des données, se présenter comme « (...) tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »<sup>179</sup>. Un format est dit « interopérable lorsque le document peut être lu, imprimé, modifié par un tout autre logiciel que celui qui l'a créé »<sup>180</sup>. Par ailleurs, pour être portables, les données doivent être libres de « droit de propriété intellectuelle » ou être susceptibles d'être exploitées par « n'importe quel logiciel de navigation ou d'exploitation »<sup>181</sup>.

Enfin, les données ainsi chargées ne doivent pas être cryptées. Elles doivent présenter les conditions d'un écrit électronique. En droit burkinabè, l'écrit est défini comme

« une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible et accessible pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission »<sup>182</sup>. La doctrine identifie deux caractéristiques de l'écrit de façon générale : « l'intelligibilité et la possibilité de consultation ultérieure »<sup>183</sup>. Toutefois, la dernière condition n'est pas indispensable. En effet, il existe de véritables écrits qui ne sont pas durables ou stables. On peut notamment citer les messages flash. C'est donc dire que seule l'intelligibilité est déterminante<sup>184</sup>. Du reste, l'acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport des marchandises par route définit l'écrit<sup>185</sup> dans cette compréhension.

Cependant, non seulement il s'avère judicieux d'encadrer les pouvoirs de contrôle de l'administration, mais il paraît aussi indiqué que le contrôle ne soit pas entravé par des manœuvres ou imprudences de l'entité.

En droit comparé, des garanties de protection de l'entité soumise au contrôle d'une comptabilité informatisée ont été définies à cet égard<sup>186</sup>. Trois modalités s'offrent à l'administration afin que le contrôle reste dans les limites du respect des droits de l'entité. Le choix d'une de ces modalités relève de la prérogative de l'entité. Il incomberait alors à cette dernière de mettre à la disposition de l'administration des conditions et des cadres techniques qui permettront à l'agent de contrôle de réaliser les audits<sup>187</sup>. Dans ce cas de figure, l'administration aura accès au matériel comptable utilisé par l'entreprise. En deuxième lieu, l'entité peut mettre à la disposition de l'agent de contrôle les fichiers de données

<sup>177</sup> H. J. SIBONE, *La protection des données à caractère personnel dans les contrats de cession de données*, mémoire précité, p. 60.

<sup>178</sup> Article 22 al 1.

<sup>179</sup> Article 4 de la LCEN.

<sup>180</sup> W. D. KABRE, *Cours de droit de commerce électronique*, Cours Université Thomas SANKARA, 2017-2018, p. 13.

<sup>181</sup> W. D. KABRE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>182</sup> Article 17 de la loi du 10 novembre 2009.

<sup>183</sup> W. D. KABRE, *Droit des technologies de l'information et de la communication*, Nouvelles Éditions burkinabè (NEB), 2023, pp. 32 et s.

<sup>184</sup> *Id.*

<sup>185</sup>

<sup>186</sup> R. GOUYET, « Les grands principes du contrôle fiscal des comptabilités informatisées », *Revue gestion-finances Publiques*, n° 3, 2018, p. 84.

<sup>187</sup> *Ibid.*

devant faire l'objet de contrôle<sup>188</sup>. En somme, ce fichier doit non seulement contenir toutes les informations comptables, mais aussi, pour chacune des écritures comptables, au moins 18 informations dont la date de l'imputation et de validation de l'information comptable<sup>189</sup>. Le droit français accorde une importance toute particulière au contenu de ce fichier et prévoit des peines d'amende de 5000 euros ou une majoration à la charge du contribuable<sup>190</sup>. La troisième modalité consiste pour le contribuable, « sur son propre matériel et sous la tutelle de l'Administration fiscale, à répondre aux demandes de traitement de toutes natures émises par cette dernière »<sup>191</sup>. Pour ce faire, l'administration rédige un cahier de charges dont les questions ou préoccupations doivent être répondues par l'entité. Une copie doit donc être envoyée à l'administration dans un certain délai. Il revient à l'entité de choisir laquelle des trois modalités de contrôle lui est favorable, en fonction de ces systèmes de traitement ou des ressources financières, sans nullement être obligée d'accepter une modalité qui ne lui serait pas avantageuse.

## Conclusion

On peut reconnaître au droit OHADA le mérite d'avoir prévu des règles permettant de hisser les principes comptables classiques à la hauteur des défis de la digitalisation de l'activité comptable. En se modernisant ainsi, il renforce son arsenal juridique. Les préoccupations essentielles de cette réforme étaient de garantir la fiabilité, la sécurité, l'authenticité, l'intégrité de l'information comptable. En effet, les principes comptables classiques semblent en déphasage vis-à-vis des problèmes que suscitent les comptabilités informatisées. Ces garanties sont certes difficiles à atteindre, mais indispensables au regard des réalités de l'informatisation de la comptabilité. Cependant, la couverture du droit OHADA à cette nouvelle réalité n'est que partielle et ne paraît pas approfondie. Notre article a

ainsi le mérite de révéler ces innovations et de jeter les bases de réflexions pour cette discipline qui n'a pas encore fait l'objet d'investigation approfondie. Cette réflexion est essentielle en vue de répondre aux objectifs de la comptabilité, mais surtout de permettre à la fois aux contrôleurs de s'assurer de la conformité aux principes et aux juges et aux praticiens comptables d'avoir une compréhension plus éclairée. Elle permet également au législateur de combler les incohérences et insuffisances soulevées. Ces insuffisances relevées par l'étude iront encore croissant avec l'avènement de l'intelligence artificielle dont l'application est de plus en plus rependue en matière de la comptabilité. Ainsi, son potentiel énorme dans la saisie automatisée des écritures comptables, la catégorisation et la réconciliation bancaire, le travail administratif, les échanges avec les clients, la gestion électronique, l'analyse prédictive et l'audit font de l'intelligence artificielle un levier de croissance pour le métier et la pratique comptable. Des réflexions sur le plan de l'encadrement juridique dans l'espace OHADA n'y seront pas non plus de trop.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *Memento. Pratique. Comptable*, éd. Francis Lefebvre, 2018, p. 15.

<sup>190</sup> Voir : M. J. MORVAN, M. DOS SANTOS et A. M. LAVIGNE, *Memento. Pratique. Comptable*, éd. Francis Lefebvre, 2018, p. 16.

<sup>191</sup> R. GOUYET, *op. cit.*, p. 84.

## LE PACTA SUNT SERVANDA DANS LE DROIT DES OBLIGATIONS OHADA DE LEGE FERANDA

**Traouré Durve Mathieu Red GOUDJO**

Assistant à l'université Aube Nouvelle de Bobo-Dioulasso

### Résumé

Dans le système juridique civiliste, le droit OHADA se déploie avec ses marques propres caractérisées par des sources hétéroclites pour un même système. C'est dans ce système juridique que la présente étude, portant sur la question cruciale, essentielle, voire unique du pacta sunt servanda se déploie. Cette étude envisage d'explorer l'un des remèdes aux difficultés du respect de la parole donnée dans le dernier projet en date d'harmonisation du droit des obligations OHADA. Ce remède semble être plus proche des spécificités africaines et s'en inspire. La solidarité<sup>1</sup> propre au peuple africain, la fraternité et la camaraderie d'affaire nous orientent vers la renégociation en cas de difficulté d'exécution du contrat, pour que celui-ci, conservant son caractère sacré, soit respecté. Ce recours à la renégociation pour permettre le respect des engagements est justifié par une admission largement partagée de la sacralité du principe. Seulement, l'analyse purement économique de son admission paraît critiquable. La renégociation envisagée comme remède aux difficultés d'exécution du contrat devra donc se départir de sa connotation économique pour se mettre en conformité avec les réalités de l'Afrique.

### Introduction

« On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles », disait Loysel<sup>2</sup> au XVIIe siècle. Une fois la parole donnée et le contrat conclu, il est de son essence que les obligations qu'il contient soient exécutées<sup>3</sup>. Le substantif latin Pacta, pluriel de Pactum, désigne un accord, un pacte ou même un contrat. Le mot Sunt est le verbe être à la troisième personne du pluriel. Enfin, le mot Servanda, gérondif du verbe servo, signifie « faire

attention », « observer », « considérer. »<sup>4</sup> Cette expression affirme le principe selon lequel les parties doivent respecter les accords, les traités, les contrats, qu'elles ont conclus. En termes juridiques, l'expression Pacta Sunt Servanda signifie que le contrat, dès lors qu'il est valablement formé, fait loi entre les parties qui doivent exécuter loyalement leurs obligations dans les conditions prévues par celui-ci<sup>5</sup>. C'est-à-dire que le contrat liant les parties doit être respecté, sous peine de sanction. Le

<sup>1</sup> La solidarité est comprise comme un lien unissant un humain à un autre et réciproquement. Ce lien est imaginé et vécu comme dépendance : d'abord en tant qu'acceptation tacite des valeurs, des paradigmes et des lois en vigueur dans la communauté ; puis en tant que manque de liberté pour l'individu qui peine à trouver les voies et les moyens pour se réaliser. T. BONI, « Solidarité et insécurité humaine : penser la solidarité depuis l'Afrique », *Diogenes* n° 235-236, juillet 2011, p.105.

<sup>2</sup> A. LOYSEL, *Institutes coutumières*. 1<sup>er</sup> éd., Videcoq, 1846, n° 357.

<sup>3</sup> E. DARANKOUM, « La protection du contrat dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *Revue de droit uniforme*, 2008, p.239.

<sup>4</sup> R.M VIANNA GONSALVES, « Le principe Pacta Sunt Servanda. Considération sur la force obligatoire des contrats dans le transport maritime. », *Neptunus*, e.revue, vol. 24, 2018/2

<sup>5</sup> Ibid.

Code civil français de 1804, encore applicable dans les États membres de l'OHADA<sup>6</sup>, a accueilli le principe Pacta Sunt Servanda dans son article 1134 selon lequel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »<sup>7</sup> Dans les cas d'inexécution du contrat, la loi prévoit des sanctions pour répondre à la défaillance du débiteur. L'article 1134 postule l'effet obligatoire du contrat. Le principe de l'effet obligatoire du contrat a un double fondement. Un fondement moral qui appelle le respect de la parole donnée « pacta sunt servanda », et un fondement économique qui tient dans la sécurité des transactions. Cette sécurité est nécessaire non seulement au créancier, mais présente également une utilité incontestable pour le débiteur du fait que, si elle faisait défaut, le créancier perdrait confiance et exigerait toujours une contrepartie immédiate, autrement dit qu'il refuserait tout crédit au débiteur<sup>8</sup>.

À s'intéresser au fondement moral, on ne peut manquer en effet d'être frappé par le nombre de penseurs qui ont considéré ce principe comme une vérité éthico-juridique si évidente qu'ils en ont fait la base de leur philosophie politique<sup>9</sup>. Dans les sociétés primitives, le langage avait un pouvoir magique. Les noms et les formules, accompagnés de gestes le cas échéant, permettaient d'évoquer les forces occultes dont

l'intervention n'était pas nécessairement bénéfique<sup>10</sup>. La mise en œuvre des forces obscures fut le plus souvent monopolisée par les prêtres qui prétendaient être les seuls à connaître les formules et les gestes adéquats<sup>11</sup>. Malgré la disparition de ces considérations au sujet du langage dans ces sociétés, le degré d'analphabétisme largement répandu dans les États membres de l'OHADA<sup>12</sup> postule d'accorder une grande place à l'oralité de la culture africaine et donc à la parole. Aujourd'hui encore, certains États exigent qu'une déclaration sous serment soit prêtée sur la Bible, ou sur le Coran<sup>13</sup>. Ailleurs encore, ce sont les mannes des ancêtres qui sont invoquées<sup>14</sup>. Et il est courant que, lors de leur entrée en fonction, des autorités soient astreintes à prêter un serment, comme pour situer l'engagement sur un plan surnaturel ou quasi surnaturel. Ceci pourrait se justifier par le fait que le respect des engagements ne serait pas programmé tel quel par nos gènes, ni inscrit dans notre raison<sup>15</sup>. Le respect de la parole donnée ne serait donc pas inné en l'homme<sup>16</sup>. Au mécanisme psychologique qui essaie d'expliquer en quoi on est astreint à respecter les engagements, s'est donc ajoutée une prise de conscience de la valeur d'autrui et des relations intersubjectives, auxquelles les manquements à la loyauté portent atteinte. Ceci explique la pression exercée par le groupe social pour obtenir le respect des engagements, et les sanctions attachées à la violation du

<sup>6</sup> Bénin, Burkina Faso...

<sup>7</sup> Même les Etats qui se sont dotés d'une législation propre ne se sont pas éloignés de cette formule. Le Sénégal, à travers la Loi du 10 juillet 1963 relative au Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) dispose en son article 96 que « le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ». Le Mali, à travers l'article 77 de la Loi du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations, reprend en des termes identiques l'article 1134 du Code civil.

<sup>8</sup> D.C. SOSSA, « L'adaptation dirigée du contrat du commerce international aux circonstances », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°23, 2010, p.12.

<sup>9</sup> Hobbes, Spinoza, Locke et Rousseau.

<sup>10</sup> B. JOHANNES, « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°1, janvier-mars 1961. p. 22.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> M. FONTAINE, « L'harmonisation du droit des contrats dans l'OHADA au lendemain de la réforme française », in *Mélange en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*, Tome 1, CREDIJ, 2021, p. 294.

<sup>13</sup> Aux Etats-Unis par exemple.

<sup>14</sup> Article 53 de la constitution « ... « *Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres, la Nation et devant le Peuple béninois, seul détenteur de la souveraineté ; Nous....., président de la République, élu conformément aux lois de la République jurons solennellement : de ...* »

<sup>15</sup> B. JOHANNES, « Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *op. cit.*, p.46.

<sup>16</sup> C'est-à-dire inscrit dans sa raison.

principe *pacta sunt servanda*. La démarche ainsi objectivée devient une source d'obligation pour l'individu qui reçoit une pression sociale déterminante.

Gaius, dans ses *Institutes*, définit l'obligation comme « le lien de droit qui nous conduit à faire quelque chose selon le droit de notre cité »<sup>17</sup>. En France, pays d'inspiration du droit des obligations de bon nombre d'États membres de l'OHADA, la reconnaissance de la parole donnée en tant que règle morale, inspirée par les écritures et la jurisprudence des canonistes médiévaux, a été convertie en obligation juridique au XIII<sup>e</sup> siècle et, dans la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle<sup>18</sup>. L'État est devenu, ainsi, le garant de la parole donnée, à travers l'encadrement du contrat par le seul ordre public, et le contrôle des vices du consentement<sup>19</sup>. L'obligation est devenue un *juris vinculum*<sup>20</sup> entre deux ou plusieurs parties en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur, l'exécution d'une prestation de faire, de ne pas faire ou de donner. Les parties sont, par conséquent, liées par une convention et doivent exécuter de bonne foi les obligations qui y sont incluses. Mais la force de ce principe semble disparaître quand survient l'inexécution contractuelle. Tout se passe comme si cette formule perdait de sa superbe aux vues des nombreux assouplissements et dérogations<sup>21</sup>. Les remèdes proposés et qui ont été réceptionnés dans les droits positifs des différents États membres de l'OHADA paraissent ne pas prendre en considération la sacralité de la parole en Afrique.

Les orientations à donner aux obligations contractuelles sont tellement vitales pour l'espace OHADA que le premier projet d'harmonisation du droit des contrats<sup>22</sup> dans cet espace a échoué pour des raisons aussi bien politiques que techniques<sup>23</sup>.

Le second projet d'harmonisation à ce jour<sup>24</sup>, pour ne pas connaître le même sort que le premier, a renié la forme législative de départ du droit dérivé de l'OHADA. En effet, le texte a été adopté comme un instrument juridique de référence auquel les États membres peuvent avoir recours afin de moderniser leurs droits des obligations. On est bien loin de l'effet immédiat, de l'applicabilité directe et de la primauté des actes uniformes de l'OHADA.

Dans le système juridique civiliste, le droit OHADA se déploie avec ses marques propres caractérisées par des sources aussi hétéroclites pour un même système. C'est dans ce système juridique que la présente étude, portant sur la question cruciale, essentielle, voire unique du *pacta sunt servanda* se déploie. Cette étude envisage d'explorer l'un des remèdes aux difficultés du respect de la parole donnée. Celui-là même qui semble être plus proche des spécificités africaines et s'en inspire, comme le recommandait le secrétariat permanent de l'OHADA au professeur Marcel FONTAINE lors de sa première tentative d'harmonisation du droit OHADA des obligations<sup>25</sup>. Ces spécificités ont été introuvables d'après cet auteur suite à la consultation des experts du droit des

<sup>17</sup> « *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* ». *Institutes* de Gaius.

<sup>18</sup> B. JOHANNES, « *Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *op. cit.*

<sup>19</sup> J-P LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, p. 780-789

<sup>20</sup> Lien de droit.

<sup>21</sup> T.D.M.R. GOUDJO, *L'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA : cas du Bénin et du Sénégal*, thèse, FADESP/UAC, 2019, p. 2, inédit.

<sup>22</sup> Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

<sup>23</sup> Dépouillement de la compétence des juridictions suprêmes nationales d'une grande partie des contentieux, choix des contrats à harmoniser, articulation avec les instruments juridiques existants...

<sup>24</sup> Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA.

<sup>25</sup> M. FONTAINE, « L'harmonisation du droit des contrats dans l'OHADA au lendemain de la réforme française », in *Mélange en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*, Tome 1, CREDIJ, 2021, p. 296.



obligations dans l'espace OHADA<sup>26</sup>. Et pourtant ! La solidarité<sup>27</sup> propre au peuple africain, la fraternité et la camaraderie d'affaires nous orientent vers la renégociation en cas de difficulté d'exécution du contrat, pour que celui-ci, conservant son caractère sacré, soit respecté.

L'industrialisation, le libéralisme, la mondialisation et la globalisation ont fait du *pacta sunt servanda* au XXI<sup>e</sup> siècle, presque un vœu pieux. En témoignent les restrictions toujours grandissantes au respect de la parole contractuelle donnée par les parties.

De lege lata, si le créancier d'un engagement se trouve confronté à une absence d'exécution définitive, il se trouve placé devant le choix fondamental inscrit, dans l'article 1184 du Code civil : « ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». C'est le choix entre la vie et la mort du contrat<sup>28</sup>. Le droit substantiel qui devrait servir de référence face à l'inexécution contractuelle devrait, à notre sens, être l'unique qui tende vers l'exécution du contrat<sup>29</sup>. Rappelons, à cet effet, la conception que le professeur ANCEL avait du contrat, qu'il assimilait à une norme au même titre que la loi. « La norme née du contrat s'impose aux parties de la même façon que le ferait une norme légale »<sup>30</sup>. Cette force obligatoire revêt un double aspect : d'une part, les parties sont

assujetties au contrat et d'autre part, en cas de conflit, le juge doit se référer à la norme juridique que constitue le contrat »<sup>31</sup>. Pour qu'il soit donc possible aux parties de respecter leur parole scellée dans le contrat, la voie royale à leur disposition est celle qui leur permet de refaire leur contrat par le biais d'un nouvel accord. C'est la renégociation. Ceci d'autant qu'on sait que dans les sociétés africaines nourries de fraternité contractuelle, la sacralité de la parole donnée laisse peu de place à l'admission des concepts de force majeure ou de lésion pouvant faire penser à une autre issue. Les parties ont une large possibilité<sup>32</sup> de revoir de leur propre chef leur accord de volonté pour que celui-ci soit toujours possible d'exécution. C'est cette possibilité de respect de la parole donnée par le biais d'une renégociation en amont qui cristallise notre attention. Elle a fait l'objet d'une évolution législative, jurisprudentielle et doctrinale assez fournie. Ce qui hisse la renégociation contractuelle au rang des préoccupations majeures du droit des obligations.

Tirant leçon de l'échec de la première tentative d'harmonisation, un projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA a été mis sur pied avec pour objectif de moderniser la théorie des obligations vue comme un indispensable soubassement de toute la vie juridique et économique. Dans ce projet, vieux déjà d'une décennie, on aperçoit distinctement l'ouverture de la

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> La solidarité est comprise comme un lien unissant un humain à un autre et réciproquement. Ce lien est imaginé et vécu comme dépendance : d'abord en tant qu'acceptation tacite des valeurs, des paradigmes et des lois en vigueur dans la communauté ; puis en tant que manque de liberté pour l'individu qui peine à trouver les voies et les moyens pour se réaliser. T. BONI, « Solidarité et insécurité humaine : penser la solidarité depuis l'Afrique », *Diogenes* n°235-236, juillet 2011, p.105.

<sup>28</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op.cit.*, p. 226.

<sup>29</sup> Un auteur (P. JOURDAIN) ne disait-il pas que l'exécution ne peut être qu'en nature ? Ajouté à sa réflexion, nous estimons que l'exécution est

unique tout comme l'inexécution est unique. On parle d'inexécution dès lors que ce qui a été promis au contrat n'a pas été fait. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont réussi à identifier des inexécutions en nature ou des inexécutions par équivalent. P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées SAVATIER, PUF, 1998, p. 65.

<sup>30</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.* 1999, p. 771 s.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Voir une obligation.

prochaine législation OHADA vers la renégociation<sup>33</sup> comme un écho aux législations contemporaines sur la question<sup>34</sup>. Mais cette orientation est-elle réellement un répondant aux moules des aspirations du droit des obligations OHADA ?

Par le truchement de la théorie de l'imprévision, qui suppose un changement de circonstances raisonnablement imprévisibles au moment de la formation du contrat et qui survient pendant la phase d'exécution avec pour conséquence le bouleversement des prévisions d'au moins une des parties, la renégociation a été admise dans le projet de texte uniforme portant Droit général des obligations dans l'espace OHADA. Cette théorie de l'imprévision se distingue de la force majeure<sup>35</sup>.

Cette faveur accordée au *pacta sunt servanda* dans le droit futur des obligations OHADA par le truchement d'une théorie de l'imprévision objectivée (I) semble laisser un goût d'inachevé aux possibilités qu'offrent les aspirations africaines vers la renégociation. Le *pacta sunt servanda* peut être dans les États membres de l'OHADA renforcé par une conception plus subjective de l'imprévision (II).

### **I. Le *pacta sunt servanda* favorisé par l'admission de la renégociation pour imprévision**

Dans l'espace OHADA, la renégociation comme facteur de pérennité du contrat devrait s'établir d'elle-même. Les usages dans les relations aidant en dépit du silence du Code civil encore en vigueur dans les États africains. Si l'article 1103 du Code civil de 1804 introduit dans le droit positif des États

membres de l'OHADA semble s'opposer au recours unilatéral à la renégociation dans les échanges, le premier réflexe des parties en cas de difficultés d'exécution devrait être d'adapter leur convention. Ce recours à la renégociation pour permettre le respect des engagements est justifié par une admission largement partagée de la sacralité du principe (A). Seulement, l'analyse purement économique de son admission paraît critiquable (B).

#### **A. Une admission partagée du *pacta sunt servanda***

Du dogme religieux fondant le respect des engagements pris dans le Code civil (1) à l'esprit de collaboration avec le partenaire d'affaire présent dans les usages<sup>36</sup> en Afrique (2), le moins qu'on puisse affirmer, c'est que le respect des engagements pris constitue un principe commun.

#### **1. Le dogme religieux fondement du *pacta sunt servanda* dans le Code civil**

Pour d'AQUIN, la justice est, parmi les vertus, celle qui a pour fonction propre d'ordonner l'Homme en ce qui est relatif à autrui<sup>37</sup>. La justice, qui est la finalité de toute œuvre législative, dans son sens téléologique premier, loin de traduire un rapport arithmétique, désigne l'intemporalité du lien qui unit Dieu au genre humain. De même que la fidélité de Dieu à sa promesse envers les hommes est inébranlable, l'homme doit d'abord respecter son engagement à l'égard de Dieu, qui est de se conformer en tout à sa volonté. Être juste, c'est être en accord

<sup>33</sup> Article 161 et 162 du projet

<sup>34</sup> Article 1195 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ; Article 6.2.3 des Principes d'Unidroit.

<sup>35</sup> Cass. civ 2<sup>e</sup>, 19 septembre 2024 : « Un événement n'est constitutif de la force majeure [...] que s'il est imprévisible, irrésistible et extérieur ».

<sup>36</sup> Les usages se définissent classiquement comme l'ensemble des pratiques « ayant acquis une certaine portée normative ». in M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, 1<sup>e</sup> éd., PUF, 2009, p. 117.

<sup>37</sup> Saint Thomas d'AQUIN, *Somme théologique*, t.II, Collection Œuvres de saint Thomas d'Aquin, éd. du Cerf, p. 978. ; J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *op. cit.*, p. 425.

avec la volonté divine, observer parfaitement sa loi<sup>38</sup>. Ayant transposé cette fidélité de Dieu envers les hommes aux rapports entre ces derniers, les théologiens catholiques ont déduit l'obligation de respecter de façon inébranlable les simples promesses. Par respect pour son prochain, le chrétien doit s'abstenir de tout mensonge, acte sévèrement condamné dans l'Ancien et le Nouveau Testament. Les théologiens en déduisent que violer la promesse faite à autrui, c'est manquer à la vérité et commettre un mensonge. C'est le fondement de la règle *pacta sunt servanda*. Cette règle de respect de la parole donnée a été reprise par DOMAT dans le Code civil de 1804. Pour lui, Dieu a multiplié les besoins des hommes à l'effet de les rendre nécessaires les uns aux autres et de les inciter à conclure des engagements volontaires. Ces engagements, dictés par le commandement d'amour mutuel, imposent certains devoirs moraux à l'égard d'autrui. L'un de ces devoirs est de rester fidèle à son engagement, de respecter la parole donnée. Mais bien sûr, à condition que cet engagement soit moralement juste. Cette règle se justifie moralement. On est tenu, en quelque sorte par sa conscience, de respecter sa promesse, de respecter ses engagements. Tenir sa parole engage l'homme, c'est une question de conscience, voire d'honneur, et cette idée est certainement partagée dans toutes les civilisations. Avant donc d'être un principe contractuel, le respect de la parole donnée avait été élevé au rang de principe juridique par les canonistes. Cette prescription de conduite se rapportait à quelque chose de supérieur : Dieu. Dans le Deutéronome, on lit : « Tu observeras et tu accompliras ce qui sortira de tes lèvres »<sup>39</sup>. Dans le Coran, on lit : « Respectez vos engagements, car on vous en demandera certainement compte » Sourate 17, verset 34 du Coran. Ou encore, « O vous

qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une grande abomination auprès de Dieu que de dire ce que vous ne faites pas » Sourate 61, versets 2 et 3 du Coran.

Si en France, pays d'influence historique de la législation OHADA, le respect de la parole donnée est toujours considérée comme un idéal, c'est parce que la France est un pays dont la culture est fortement imprégnée par la religion catholique ; où le respect de la parole donnée va de pair avec un certain dédain par cette même religion de l'argent<sup>40</sup>.

## 2. L'idée de collaboration accommodant du *pacta sunt servanda* en Afrique

Dans les sociétés africaines et surtout celles traditionnelles, le contrat, avant d'être une technique d'échange, est un véritable pacte d'amitiés entre les parties<sup>41</sup>. Il se nourrit, ainsi, de la solidarité mutuelle entre les parties et ne se résume pas aux seuls intérêts égoïstes et individualistes des parties. En Afrique, l'essence d'un contrat se situe généralement dans une approche de coopération entre les parties. Le contrat repose sur la connaissance mutuelle plutôt que sur une adversité ou une concurrence d'intérêts. L'on ne s'engage pas avec toute personne qui veut ou avec toute personne qu'on veut. On s'engage avec une personne connue ou avec une personne dont la famille est connue. La relation est en quelque sorte le fondement de l'obligation. Ainsi, l'alliance ou les relations amicales ou familiales constituent les préceptes de tout engagement contractuel<sup>42</sup>. C'est une résultante de la conception de la société africaine. Cette dernière est essentiellement construite sur les valeurs de justice, d'entraide,

<sup>38</sup> M. VILLEY cité par J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 420.

<sup>39</sup> Deutéronome 23 :23.

<sup>40</sup> Y. M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, force obligatoire du contrat et exécution forcée du contrat », LGDJ, 2004, p. 419.

<sup>41</sup> S. MELONE, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », *Revue sénégalaise de Droit*, 1977, n°21, p. 47.

<sup>42</sup> En ce sens, voyons également K. E. AGOSSOU, *Les pratiques contractuelles traditionnelles dans l'aire géographique Ajatado*, thèse, université de Lomé (Togo), 2020, p. 61.

de solidarité et de fraternité<sup>43</sup>. L'esprit de collaboration, de coopération et de solidarité innerve les relations contractuelles en cela que, les rapports entre les parties sont envisagés dans la perspective d'une réciprocité de services. Les vestiges de cette conception solidariste ou collectiviste du contrat en Afrique sont perceptibles dans la société moderne africaine, malgré le fait que le contrat en Afrique a fait un petit saut dans la modernité. La division sociale du travail avait favorisé en Afrique la dépendance des peuples qui échangeaient entre eux et hors de leurs territoires<sup>44</sup>. Ils cherchaient à obtenir les spécialités dont le climat ou la végétation ne facilitaient pas la culture ou les objets dont la fabrication échappait à leur intellect. Le concept de camaraderie de commerce innervait tous les échanges, qu'ils soient de proximité ou inter-claniques, basés sur les concepts de filiation et de parenté (clanique, lignagère ou ethnique) ou avec les peuples venant de territoires étrangers. Ce concept se caractérisait par une « lutte » nécessaire pour « ne pas briser la relation »<sup>45</sup>. La camaraderie de commerce jouait un rôle essentiel dans les échanges commerciaux durant la période précoloniale. C'étaient des rapports semblables qui régissaient les échanges au sein des groupes d'une région avec ceux d'une autre. En Afrique, on n'entre pas en relation d'affaire avec un ennemi, c'est-à-dire quelqu'un qu'on ne veut pas voir prospérer. La relation mettait en contact des groupes qui devenaient des « partenaires » d'échanges. La notion de bonne foi était rarement évoquée ; tellement elle était intrinsèquement liée à celle d'échange qu'il était inimaginable d'entrer en relation commerciale avec un partenaire sans elle. Les transactions pouvaient se faire entre deux camarades de façon différée. Autrement dit, l'un des camarades apportait à l'autre ce qu'il avait sans forcément en recevoir immédiatement la contrepartie. L'existence d'un

courant commercial continu résultait de la suite d'échanges réalisés entre paires de camarades de commerce. Ainsi, chaque partenaire était tenu de fournir à l'autre plus que celui-ci ne lui avait donné. De ce fait, au lieu que l'échange entre les deux satisfasse immédiatement la réciprocité restreinte, il donnait lieu à une surenchère sans fin. Autrement dit, ce système visait à remettre à crédit une certaine quantité de marchandises à l'autre. Quand le donateur jugeait suffisant le temps écoulé pour que le débiteur ait pu lui constituer son paiement, il allait récupérer son dû. Les produits allaient de partenaire en partenaire afin de se faire écouler<sup>46</sup>.

Dans ces conditions, les difficultés d'exécution de ce qui a été convenu sont difficiles à imaginer ; l'idée de collaboration et de satisfaction du partenaire, au-delà même de ses attentes guidant les parties. Au demeurant, s'il devait survenir des difficultés d'exécution, on conçoit bien que les partenaires choisissent la pérennité du contrat. Cette pérennité choisie passe par une renégociation de leur accord.

C'est donc sans surprise que la renégociation s'invite comme remède à l'inexécution contractuelle ou aux difficultés d'exécution du contrat. Mais les conditions édictées pour son admission future peuvent faire douter de sa conformité aux aspirations africaines.

## **B. Un conditionnement économique de la renégociation**

Puisqu'il faut respecter la parole donnée par devoir sacré et par souci de considération dépassant les intérêts des partenaires d'affaires, la parade humaine, face à l'impossibilité ou à la difficulté d'exécution de certaines situations contractuelles, est

<sup>43</sup> A. AKAM AKAM, Colloque annuel africain du DIU Juriste OHADA – L'harmonisation du droit des contrats en Afrique : propos introductifs, *LPA*, n° 192 du 25 septembre 2015, p. 37.

<sup>44</sup> K. E. AGOSSOU, Les pratiques contractuelles traditionnelles dans l'aire géographique Ajatado, thèse, université de Lomé (Togo), 2020, p. 61.

<sup>45</sup> G. DUPRE, *Un ordre et sa destruction*, Ed. de l'ORSTOM, collections mémoires, n° 93, Paris, 1982, p. 629.

<sup>46</sup> Ibid.

de revenir sceller un nouveau pacte. Ceci, les rédacteurs du projet de loi uniforme OHADA l'ont bien assimilé. Mais ils ont assorti la renégociation à des conditions essentiellement économiques. Les unes indépendamment des parties, les autres en lien avec les parties.

### 1. Les conditions indépendantes de la volonté des parties

Les rédacteurs du projet de loi uniforme OHADA soumettent le déclenchement du mécanisme de la renégociation à un bouleversement de circonstances imprévisibles. L'article 161 dudit projet définit la notion de bouleversement de circonstances. Selon ce texte : Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et que : - ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; - la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; - ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; - et le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

Ce texte n'est que la reprise des dispositions de l'article 6/23 du projet Fontaine lui-même inspiré des principes d'Unidroit. La renégociation prévue dans ce nouveau projet nécessite, d'abord, la survenance d'un bouleversement des circonstances qui se différencie d'un simple changement de circonstances. Un bouleversement est un changement brusque accompagné

de désordres tels que l'altération fondamentale de l'équilibre des prestations initialement prévues. L'altération est un changement ou une modification qui dénature l'état normal de quelque chose<sup>47</sup>. L'événement doit donc entraîner un déséquilibre important des prestations initiales d'au moins une des parties au contrat. L'équilibre du contrat sera par exemple altéré, lorsque le coût de l'exécution des obligations d'une des parties aura significativement augmenté à la suite de l'événement non prévu, ou encore, lorsque la valeur de la contre-prestation de l'une des parties au contrat se trouve considérablement diminuée ou amoindrie par la survenance de cet événement. La référence à « une altération fondamentale » permet d'éviter que les parties se saisissent de toute sorte de circonstances ou de prétexte pour demander une renégociation du contrat initialement conclu. Une simple altération ne peut pas entraîner une adaptation du contrat. La force obligatoire du contrat initialement conclu doit être maintenue dans ce cas. L'appréciation de l'altération fondamentale devra se faire *in concreto*<sup>48</sup>. L'événement en question doit, par ailleurs, intervenir en cours d'exécution du contrat. Sont exclus, les événements connus ou susceptibles d'être connus par les parties au moment de la conclusion du contrat<sup>49</sup>.

De même, l'article 161 ajoute que : « la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération » et que « ces événements doivent échapper au contrôle de la partie lésée ». Il s'agit là, de l'impossibilité pour les parties de prévoir au moment de la conclusion du contrat la survenance de l'événement qui altère fondamentalement l'équilibre des prestations du contrat.

<sup>47</sup>. Définition du dictionnaire français Larousse, édition 2023, p. 68.

<sup>48</sup>. Voyons, note du secrétariat d'UNIDROIT sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et à la crise sanitaire de la covid-19, p. 19, n° 35. <https://www.unidroit.org/french/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-f.pdf> (consulté le 29/09/2024).

<sup>49</sup> K.I AGBAM, « imprévision et tradition juridiques africaines : décryptage des articles 161 et 162 du projet d'Acte uniforme portant droit des obligations OHADA », colloque international pour une harmonisation du droit des contrats dans l'espace OHADA, Abidjan, 06 au 09 novembre 2024, inédit.

L'événement imprévisible doit non seulement ne pas avoir été prévu au contrat, mais n'avoir pas été prévisible au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit de l'imprévu imprévisible qui se distingue de l'imprévu prévisible<sup>50</sup>.

## 2. Les conditions liées à la volonté des parties

La survenance du bouleversement de circonstances donne droit à la partie victime ou lésée qui n'a pas accepté d'assumer le risque<sup>51</sup>, de demander à son contractant, une renégociation du contrat. L'article 162 du projet de loi uniforme OHADA prévoit en ce sens qu'en cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée, le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Il se dégage de ce texte qu'il s'agit d'une faculté au gré des intérêts et non d'une obligation de renégocier le contrat mis à la charge de la partie lésée. L'obligation générale de renégocier n'a donc pas été consacrée même s'il a été prévu dans le projet la saisine du juge en cas de refus ou d'échec de la renégociation : « faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente »<sup>52</sup>.

L'autre exigence de l'article 162 qui attire l'attention est la nécessité de motiver la demande de renégociation. En effet, l'article 162, tout comme l'article 6.2.3 des Principes d'Unidroit exige que la demande de renégociation soit motivée. Le texte impose ainsi à la partie lésée, une obligation d'indiquer les

raisons sur lesquelles la demande d'ouverture des renégociations est fondée, pour permettre à l'autre partie de mieux se rendre compte si cette demande est ou non justifiée. Ceci présuppose que le bouleversement des circonstances peut être diversement apprécié par les parties. Ceci ne correspond pas très exactement à l'idée de camaraderie et de solidarité contractuelle. La solidarité contractuelle postule justement que la partie qui est lésée par le bouleversement de circonstance trouve à ses côtés son partenaire d'affaires non pas comme un juge d'appréciation de la gravité de la situation, mais comme un véritable partenaire. A ce titre, il devrait lui venir en aide en se montrant le plus favorable que possible à la renégociation. C'est sûrement l'une des raisons pour lesquelles les Principes d'Unidroit enseignent que si les motifs du prétendu hardship sont tellement évidents, « ...il est inutile de les exposer dans la demande ». L'on comprend bien que la partie lésée peut se passer de la motivation de la demande de négociation du moment où elles paraîtront évidentes. Mais en pratique, il est certain que la partie lésée motivera toujours sa demande de renégociation en cas de changement de circonstances imprévisibles. Elle paraît assurément certaine que certaines législations, prenant en considération la théorie de l'imprévision, n'ont pas jugé opportun, d'inclure, de manière expresse, l'exigence de motivation de la demande de renégociation dans le texte consacrant cette théorie<sup>53</sup>.

## II. Le pacta sunt servanda à renforcer par une approche tropicale de l'imprévision

Sous les tropiques en Afrique, l'individu ne jouit pas aujourd'hui tant que cela puisse paraître d'une liberté de nouer les rapports qu'il veut, avec qui il veut et comme il veut ;

<sup>50</sup> Sur cette distinction, voir J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, thèse, Aix-Marseille Université, 2013, p.173, spéc., n°158.

<sup>51</sup> Cette exigence de risque assumé sera traitée dans la deuxième partie. Son maintien dans le contexte africain nous paraît très discutable.

<sup>52</sup> K.I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, thèse, Nantes université et université Laval, 2023, p.209 et s.

<sup>53</sup> En ce sens, voir, en droit français, l'article 1195 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En droit algérien, voir l'article 107 du Code civil, en droit belge, voir l'article 5.74 du Code civil issu de la réforme de 2022.

puisque la seule norme qui existe ne se réduit pas au consentement entre les personnes. Les relations entre individus sont encore en charge d'établir le lien social. L'individu est requis à mettre sa vie au service de l'existence même de la société dans sa transcendance temporelle »<sup>54</sup>. Une politique législative aussi importante pour les relations humaines, en général, et pour le monde des affaires, en particulier, que celle qui se rapporte à l'exécution contractuelle par le respect de la parole donnée, doit être justifiée pour emporter l'adhésion de tous. La solution, tout comme sa justification, doit puiser dans les aspirations et les réalités africaines. Pour le respect des engagements souscrits, pour le respect de la parole donnée, la renégociation envisagée comme remède aux difficultés d'exécution du contrat ne doit pas se fonder exclusivement sur des considérations économiques (A). Du reste, le rôle des parties prenantes doit être redéfini à la renégociation (B).

#### A. L'assouplissement de l'économie

Comme précédemment démontré, l'admission de la renégociation par le biais de la caractérisation du déséquilibre hisse le critère économique au rang de seule condition qui prévaut dans le contrat. Ceci ne semble pas restituer la plénitude des considérations du droit des obligations en

<sup>54</sup> À rebours de la pensée de Marcel GAUCHET, « si nous jouissons aujourd'hui d'une liberté sans égale dans l'histoire de nouer les rapports que nous voulons, avec qui nous voulons et comme nous voulons ; puisque la seule norme qui existe se réduit au consentement entre les personnes ; c'est dans la mesure où nos relations de tous les jours ne sont plus en charge d'établir le lien social. Nous sommes les premiers à ne pas être requis de mettre nos vies au service de l'existence même de la société dans sa transcendance temporelle ». M. GAUCHET, *L'impossible entrée dans la vie*, coll. Temps d'arrêt, Bruxelles, Yapaka.be, 2008, p.10.

<sup>55</sup> L'analyse économique du contrat est l'œuvre de l'école de Chicago dans les années 1960.

Afrique. De toute évidence, l'engagement en Afrique n'est pas mû uniquement par des considérations économiques. Il faut tenir grand compte de la place de l'humain dans le contrat en Afrique. Ceci passe par une distance vis-à-vis de l'analyse économique des conditions d'admission de la renégociation (1) et un renforcement de l'humanisme dans le contrat (2).

#### 1. La nécessaire distanciation de l'approche économique de la renégociation

L'analyse économique du droit<sup>55</sup> tire ses racines de la Common Law. Dans le monde anglo-saxon, faute de normes juridiques supérieures, le critère de l'efficacité économique apparaît comme une référence unificatrice. Cela explique le développement important de l'analyse des propriétés économiques des règles de droit propres à la Common Law. L'analyse économique du droit trouve réception au sein du droit de l'exécution des obligations des pays anglo-américains. De fait, c'est tout d'abord aux États-Unis que le mouvement Law and Economics s'est développé, et en particulier sur la question de la violation efficace<sup>56</sup>. Cette théorie approuve l'inexécution des obligations du débiteur si ce dernier a pour seul motif de contracter ailleurs plus avantageusement et qu'il indemnise à hauteur du préjudice subi par le créancier<sup>57</sup>. La primauté des dommages-intérêts en droit anglo-américain

<sup>56</sup> *Efficient breach*. V. R. L. BIRMINGHAM à qui la théorie est attribuée. « Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency », 24, *Rutgers Law Review*, 1970, p. 273 et s.

<sup>57</sup> Citons cet exemple classique : « A vend ses marchandises à B pour 1000. C se présente et lui en offre 1200. Si A se laisse tenter par cette offre supérieure, qui lui apporte un gain supplémentaire de 200, il rompt son engagement envers B. A apprend que B allait réaliser un profit de 100 grâce à cette opération (il allait revendre les marchandises 1100). A devra donc lui payer 100 de dommages-intérêts. On constate que si A rompt son contrat avec B, chacun a lieu d'être satisfait : C obtient les marchandises au prix qu'il offrait, A réalise un profit supplémentaire de 100 (les 200 offerts en plus par C moins les 100 de dommages-intérêts), et B, avec ses dommages-intérêts, perçoit l'équivalent des bénéfices qu'il aurait retirés du contrat ».

conduit à la théorie de la violation efficace du contrat. Le juge Holmes a, dès 1897, initié ce mouvement qui tend à détacher le mode d'exécution forcée de toute considération morale<sup>58</sup>. Le débiteur possède dès lors le choix entre exécuter ou alors indemniser si l'exécution lui est moins favorable économiquement. On est ici loin de la lettre et de l'esprit de l'article 1134 al 1 du Code civil français.

## 2. La nécessité de l'humanisme dans la renégociation

Dans les sociétés africaines modernes, emportées par les ballets de la mondialisation et la globalisation, le législateur africain aura du mal à justifier ou à légitimer le mécanisme qui voudrait qu'en cas d'inexécution contractuelle, l'on ne puisse aboutir qu'à des succédanés d'exécution de l'obligation contractuelle en lieu et place de l'exécution de l'obligation telle que promise. Le besoin d'attractivité de l'espace OHADA n'est pas incompatible avec le maintien d'une identité culturelle. Aussi, l'universalité du droit ne doit pas conduire à faire disparaître les particularités si ces dernières ne sont pas nuisibles au développement. Le droit des contrats, malgré son caractère technique, est dominé par la loi morale<sup>59</sup> et, le juriste doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle qu'il doit utiliser en luttant pour ses croyances<sup>60</sup>.

Les sociétés les mieux organisées sont celles qui mettent la justice et l'équité sociale au-devant de tout. L'Afrique n'est pas en marge de cette considération, car, avant et même après l'arrivée du colon, elle est dominée par la Mâat<sup>61</sup>. Elle

<sup>58</sup> HOLMES, « The duty to keep a contract a common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else », *The path of law, Harvard Law Review*, 1897, p.457.

<sup>59</sup> La loi morale est pour lui celle qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par l'habitude ou par le respect humain. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1949., n°2. p.5.

représente l'état juste de la nature et de la société tel que l'a fixé l'acte créateur, et, à partir de là, dans un cas, ce qui est correct, exact, et dans l'autre, le droit, l'ordre, la justice et la vérité. Cette considération n'a pas disparu. La traduction de ces principes en matière contractuelle conduit au respect de la parole donnée, quoiqu'il advienne comme difficulté d'exécution. Cette solution doit innover la théorie générale des obligations dans l'espace OHADA.

Alors que des pays historiquement connus pour l'orientation très individualiste de leur droit inclinent aujourd'hui à réserver une place au solidarisme, il est étonnant de constater que l'Afrique s'éloigne de l'assise idéaliste de sa philosophie sociale pour verser dans un positivisme juridique difficilement compréhensible<sup>62</sup>. La fraternité et la camaraderie sont des valeurs africaines qui doivent pousser à respecter la parole donnée telle que prévu ou à renégocier ensemble le contrat pour in fine exécuter ce qui a été promis.

## B. La redéfinition du rôle des parties dans la renégociation souhaitée

Les modalités de la renégociation souhaitée passent par une redéfinition de la place et du rôle du juge et des parties au service du respect des engagements souscrits. À cet effet, le contrat n'est pas que la chose des parties, certes, mais elles sont à son origine. Si, conformément au courant de solidarité qui n'a pas disparu en Afrique, l'individu est conscient de ce que ses actions isolées impactent la cohésion dans la société, les parties doivent jouer un rôle central dans la renégociation (1).

<sup>60</sup> Ibid., n°218. p.29.

<sup>61</sup> A. CISSE, « Introduction générale pour une approche plurale du droit africain », in *L'obligation*, Étude offert au professeur P. G. POUGOUE, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, L'Harmattan, 2015, p. 23.

<sup>62</sup> T.D.M.R. GOUDJO, *L'exécution forcée en nature des obligations dans l'espace OHADA : cas du Bénin et du Sénégal*, Thèse, FADESP/UAC, 2019, p. 265, inédit.



Le juge devra occuper son rôle régalién : celui-là même qui est de permettre que force reste toujours au contrat (2).

### 1. Le rôle central des parties contractantes dans la renégociation

La renégociation devrait être à l'initiative des parties et conduite par elles. Pour évincer le juge de la convention des parties, une solution à double exigence se présente. D'une part, il faut arracher au créancier le droit de demander la réparation sous quelque forme que ce soit lorsqu'il est confronté à l'inexécution de la prestation qui lui est due. Cette exigence est respectueuse du contrat qui, non seulement, impose des obligations au débiteur, mais également met à la charge du créancier de ne pas exiger autre chose que ce qui a été convenu entre les parties<sup>63</sup>.

Pour que cette solution soit réaliste, il faudrait agir en amont, au moment de la formation du contrat ou en cours d'exécution du contrat. Les parties doivent insérer dans le contrat toutes les clauses leur permettant de régler le différend qui naîtra, que ce soit en cas d'impossibilité matérielle, morale ou juridique d'exécution du contrat. Le but de la manœuvre est d'éviter de laisser le dénouement du contrat au juge. Il n'interviendra éventuellement que pour constater la validité ou non des clauses et leur donner effet. En guise d'illustration, le versement d'une somme d'argent au créancier, lorsque la prestation devient matériellement, juridiquement ou moralement impossible ne serait pas considéré comme la réparation d'un préjudice, si une clause contractuelle avait prévu cette forme de règlement. Ces clauses d'exécution du contrat doivent être systématiquement insérées dans tous les contrats. Elles doivent être marquées par leurs caractères très

subjectifs, concrets et simples de compréhension. C'est ce qui fera leur particularité.

Avec l'exigence africaine de camaraderie contractuelle qui vise à tout prix à maintenir la relation contractuelle, à l'exécuter dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt de son cocontractant, le droit des obligations dans l'espace OHADA n'aura pas de peine à justifier l'exécution obligatoire du contrat en toutes circonstances. La proposition traduit une contrainte ferme quand survient l'inexécution ou les difficultés d'exécution du contrat. Cette contrainte est adoucie par l'exigence faite aux parties contractantes de recourir à la renégociation de leur convention avant de subir l'interdiction de toutes autres formes d'issues contractuelles par respect du pacta sunt servanda. La proposition est plus respectueuse du contrat et est beaucoup plus en conformité avec les conceptions africaines.

L'exigence de renégociation que la loi imposerait aux parties, nous la voulons légitime par une adhésion de tous les acteurs de la vie économique de l'espace OHADA. Qu'on la situe dans le domaine de la morale, du droit ou même d'autres activités humaines, ce qui fait l'essence de l'obligation, c'est l'idée de contrainte, de coercition. L'obligation juridique se distingue de l'obligation morale seulement par le fait que la contrainte concernée est, dans le premier cas, prescrite et sanctionnée par la loi, tandis que dans le second cas, elle est simplement un devoir qu'un sujet se donne à lui-même, conformément aux prescriptions de sa conscience et en accord avec les convictions morales partagées dans la société à laquelle il appartient<sup>64</sup>. La norme juridique gagnerait beaucoup plus en légitimité si elle s'évertue à justifier son existence et son bien-fondé dans la conscience des sujets de droit et, particulièrement, des parties contractantes pour que

<sup>63</sup> Il faut se rappeler la distinction faite par P. ANCEL entre le contrat, instrument normatif, et son contenu obligationnel.

<sup>64</sup> E.-M. MBONDA, « L'obligation : de quel droit et pour quelle fin ? », in *L'obligation*, Études offertes au professeur P. G. POUGOUE, (dir.) F. ANOUKAHA et A. D. OLINGA, L'Harmattan, Cameroun, 2015, p. 441.

l'obligation légale soit perçue comme moins contraignante dans la conscience de ces derniers. Dans un État de droit, toute obligation imposée à un sujet est tenue de se justifier ou de prouver sa légitimité, sans quoi elle ne serait qu'une injonction définissant la relation maître-esclave<sup>65</sup>.

## 2. Le juge garant du *pacta sunt servanda*

La consécration de l'obligation de renégocier un contrat<sup>66</sup> a été curieusement l'œuvre de la jurisprudence française qui après avoir rejeté toute intervention du juge dans la loi contractuelle dans l'arrêt canal de Craponne<sup>67</sup>, a admis sur le fondement de la bonne foi en 1992 dans l'arrêt Huart, le devoir de renégocier le contrat à la suite d'un changement de circonstance. Même si ce devoir de renégocier n'a pas été suivi de l'exigence du respect des engagements pris. En Afrique, les usages incitent non seulement à la consécration de cette obligation de renégocier, mais aussi au respect des engagements pris quel que soit le type d'obligation.

Toutes les obligations contractuelles (faire, ne pas faire, transférer la propriété ou donner à usage) peuvent faire l'objet de renégociations contractuelles. Les obligations contenant une forte dose d'intuitu personae sont surtout visées ici. Pour une partie tenue d'une obligation de faire à un contrat<sup>68</sup> qui est confronté à des difficultés d'exécuter sa prestation, une obligation d'avoir à renégocier les termes de son contrat avec

son cocontractant, sous peine de se voir interdire par le juge l'exercice de son activité ou plus généralement le retrait du droit de contracter tant que durera l'inexécution pourrait conduire à une exécution en nature de la prestation. Cette solution présente l'avantage de forcer les parties aux contrats à toujours trouver d'elles-mêmes les solutions aux difficultés d'exécution du contrat tout en respectant l'institution qu'est le contrat. L'intervention du juge ne sera que pour vérifier le respect de cette obligation de renégociation par les parties. L'inexécution de l'obligation dans ces conditions étant à imputer à la partie n'ayant pas été favorable à la renégociation. La pression dans cette solution sera toujours sur la partie la moins diligente. Peut-être reprochera-t-on à cette solution de violer la liberté contractuelle ou plus généralement la liberté d'exercer le métier de son choix prônée par le décret d'Allarde<sup>69</sup>. Il faut dire qu'en amont, cette obligation ne pèse pas ex nihilo sur les parties. Elles ont donné leur consentement au contrat originel avant de se retrouver liées. D'après la théorie de l'autonomie de la volonté qui demeure malgré tout, « l'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il a voulu et ceci, dans la limite de ce qu'il a voulu »<sup>70</sup>. C'est donc volontairement qu'un contractant voit sa liberté se réduire. L'impossibilité d'exécuter sous quelque forme que ce soit, le coût manifestement déraisonnable ne sont donc pas des obstacles objectifs au respect des engagements souscrits. Les deux contractants ont manifesté leur volonté qui est devenue pour eux une loi. Le contrat peut être revu si les deux

<sup>65</sup> E.- M. MBONDA, « L'obligation : de quel droit et pour quelle fin ? », *op. cit.* p. 442.

<sup>66</sup> Mais à la suite de changements de circonstance.

<sup>67</sup> La Cour de cassation française en 1876 dans l'arrêt Canal de Craponne à la surprise générale, refuse de déroger au principe de la force obligatoire, et en dépit des circonstances exceptionnelles, sanctionne la Cour d'appel d'Aix qui avait procédé à la révision judiciaire du contrat demandée par la plaignante.

<sup>68</sup> Débiteur comme créancier.

<sup>69</sup> On peut lire à l'article 7 de ce décret : « À compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle

profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être ». Le décret d'Allarde est en réalité une loi, datant des 2 et 17 mars 1791, par Pierre d'Allarde, qui a supprimé les corporations. Les corporations étaient des associations de personnes exerçant le même métier, qui réglementaient à l'échelle de chaque ville la profession.

<sup>70</sup> D.C. SOSSA, « L'adaptation dirigée du contrat du commerce international aux circonstances », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°23, 2010, p.15.

contractants en décidant ainsi à nouveau. La menace d'une déchéance du droit de contracter à nouveau en cas de refus d'entrer en renégociation ou même en cas d'échec des renégociations peut accentuer le désir des parties à parvenir à un accord.

## Conclusion

En raison de ce qu'il est de l'essence du contrat d'être exécuté, le droit des contrats dans l'espace OHADA devrait considérer l'exécution des engagements souscrits comme son « point de perspective »<sup>71</sup>. L'objectif du droit des obligations devrait être que le créancier obtienne réellement ce qui lui a été promis. Avec l'exigence africaine de camaraderie contractuelle qui vise à tout prix à maintenir la relation contractuelle, à l'exécuter dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt de son cocontractant, le droit des obligations dans l'espace OHADA n'aura pas de peine à se servir du remède de la renégociation comme atout fondamental du maintien et du respect des engagements. Plutôt que de réclamer au prime abord l'exécution de la prestation en cas d'inexécution, quel qu'en soit le motif, le créancier devrait être contraint à collaborer avec son débiteur afin de sortir de l'inexécution. Ainsi, le débiteur, sujet actif de la prestation, tout en étant lié, pourra compter sur la collaboration du créancier pour sortir des liens de l'obligation. Une sortie par le paiement du contrat qui aura été renégocié. Cette exigence va au-delà des considérations de bonne foi du Code civil. Ce serait une manifestation des usages africains qui consistent à toujours offrir plus à son partenaire qu'on a reçu de lui. Rendant celui-ci, même après le paiement au contrat débiteur d'une dette morale, d'exécuter à son tour

et dans de meilleures conditions ses obligations futures. Cette chaîne de solidarité qui va au-delà de la relation contractuelle est mue par la conception de l'humain en Afrique qui n'a pas disparu malgré le libéralisme ou le néolibéralisme qui caractérise aujourd'hui les relations humaines<sup>72</sup>. Les petites bonifications en compléments de ce qui est dû au créancier par le débiteur encore très courant en Afrique, les conventions entre familles où il faut aller travailler dans le champ du voisin pour recevoir de lui plus tard la même prestation sinon plus, témoignent du caractère peu économique, mais surtout humain des échanges en Afrique. La renégociation est très proche de l'une des institutions africaines n'ayant pas été dévalorisée par la mondialisation et la globalisation de l'économie : la palabre<sup>73</sup>. Elle se manifeste par la rhétorique « asseyons-nous et discutons » et intervient pour la plupart des tensions sociales. L'issue de celle-ci est moins de chercher à condamner que de trouver un consensus permanent. La voie de la renégociation permet de déboucher sur une justice qui réconcilie les parties, en les mettant au cœur de la résolution du litige né de l'inexécution contractuelle<sup>74</sup>.

En Afrique règne une tradition négro-africaine du Droit reposant essentiellement sur une perception de l'univers comme un ordre métaphysique qui délégitime la perception occidentale du droit bâtie autour de la dichotomie Être-Avoir<sup>75</sup>. Ceci semble plus conforme aux aspirations de la justice en Afrique plutôt qu'une justice contractuelle qui conduit à rendre au créancier ce qui lui est dû au besoin par le versement de dommage-intérêt en exacerbant les tensions entre les parties.

<sup>71</sup> L. AYNES, « Rapport introductif », *RDC*, 2005, p. 9.

<sup>72</sup> L'imaginaire négro-africain, construit sur un substrat méta-positif, envisage l'humain comme une finitude et, ce faisant, limite ses constructions identitaires. A.A DIOUF, « L'Afrique et les nouvelles figures occidentales du statut personnel », in *Mélange en l'honneur du Professeur Ahonagnon Noël GBAGUIDI*, tome 1, CREDIJ, 2013, p. 130.

<sup>73</sup> Forme de juridiction coutumière invitant les autorités traditionnelles, mais aussi et surtout les acteurs impliqués dans un conflit, à un dialogue autour d'événements rythmant la vie sociale.

<sup>74</sup> M. TRAORE, *Le règlement des litiges commerciaux en Afrique de l'Ouest*, thèse, université Jean Moulin (Lyon 3), 2021. p. 274.

<sup>75</sup> A.A. DIOUF, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », *RIDC*, 2, 2022, p. 385.