

LA DIFFICILE SYSTEMATISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT OHADA

Par

Patrice S.A BADJI, *Maître de Conférences, Agrégé en Droit privé, UCAD*

Résumé

La notion de contrats d'affaires en droit OHADA, loin d'être systématisée, est banalisée, la doctrine s'y intéressant réellement ou de façon superficielle la prenant pour évidente puisque l'assimilant quasi systématiquement aux contrats commerciaux. En outre, même si l'on perçoit des efforts de la part du législateur dans la prise en compte des contrats nés de la pratique ou légalement consacrés, on ne saurait manquer de relever l'attitude par moment hésitante, tatillonne, minimaliste. L'objet de la présente étude est de démontrer les failles d'une telle approche, tout en proposant des solutions permettant d'avoir un système plus cohérent.

INTRODUCTION

1. Le droit privé a pour figure dominante le contrat, ce qui explique que la plupart des rapports qu'il saisit constituent des rapports contractuels¹. Pourtant, il arrive que les contours, voire les critères d'identification d'une catégorie de contrat, dont l'émergence est par moment encouragée par le législateur² et le développement exacerbé par l'imagination des juristes³, soient difficiles à cerner ou controversés. Tel est le cas du contrat d'affaires. En effet, la lueur d'espoir qui est née de l'organisation d'un Colloque sur les « *pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* »⁴ ainsi que de la production d'une récente et volumineuse thèse sur ce type de contrats risque de faiblir⁵. Nous sommes donc en présence d'une nébuleuse comme disait un auteur, à propos des avant-contrats⁶, et c'est faire œuvre utile que d'apprécier la position des juristes face à celle-ci et d'en avoir pleine compréhension. L'art du juriste est l'art de qualifier car la nature juridique d'une opération conditionne son régime⁷. La qualification juridique permet d'intégrer une opération dans une catégorie juridique afin de lui appliquer un ensemble de règles, la soumettre à un statut et/ou déterminer les régulateurs compétents⁸. L'art du juriste c'est aussi la conceptualisation⁹. Cette conceptualisation est différemment appréciée par la doctrine¹⁰.

¹ P. LOCKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J, 2004, p.1, n°1.

² L'article 42 Code des obligations civiles et commerciales consacre la liberté contractuelle.

³ Ne dit-on pas que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination ? V.J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, Sc. 5 (Hector).

⁴ Colloque tenu les 26 et 28 Octobre 2011 à Libreville, <http://www.ohada.com/actualite/1155/colloque-sur-les-pratiques-contractuelles-d-affaires-et-les-processus-d-harmonisation-dans-les-espaces-regionaux->, consulté le 23-11-2019 à 13 h.

⁵ Il en est de même de l'article de K. DOGUE, « La confirmation d'une théorie générale des contrats commerciaux », *Revue de l'ERSUMA*, 2018-1/N°8, p.220 et s.

⁶ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, LexisNexis, 2013, p.5.

⁷ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255.

⁸ M. MEKKI, « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017. 2160, n°10 ; M. H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.* 1993. 239. Pour cet auteur, la qualification est une méthode de triage qui permet d'accéder à telle ou telle catégorie juridique (contrat administratif ou contrat de droit privé).

⁹ V.C. BRENNER, S. LEQUETTE, *Acte juridique*, Répertoire de droit civil, février 2019,, n°5. Pour ces auteurs, l'acte juridique est le résultat d'une conceptualisation doctrinale relativement récente en France, les premiers efforts de systématisation datant de la fin du XIXe siècle et surtout du début du XXe siècle ; F. ROUVIERE, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ-Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM, 2014-5, p.2213. Selon l'auteur, l'opération de conceptualisation est particulièrement connue sous le nom de « nature juridique ». La nature juridique correspond aux catégories du droit, c'est-à-dire aux concepts comportant un degré élevé de généralité.

¹⁰ Philippe Jestaz mettait en garde contre le piège des notions abstraites. Quant à J. DABIN, il a insisté sur l'importance des concepts. Enfin, L. HUSSON met en évidence l'impossibilité pour le droit d'avoir un ensemble complet de concepts exactement déterminés. C'est pourquoi, il est obligé d'emprunter à l'usage courant des concepts qu'il se garde de définir. Ph. JESTAZ, *Le droit*, 2^e édition, p.82 ; J.DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n°232 ; L. HUSSON, « Les apories de la logique juridique », *Annales Fac.Droit et Sc.Eco de Toulouse*, T.XV, Fasc. I (1967), pp.54 et s. Pour approfondir, V. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, p.212, n°183.

Néanmoins, le juriste de doctrine est parfois conduit à créer lui-même des concepts destinés à la connaissance et à l'analyse systématique du droit, qui ne sont pas issus des sources formelles du droit et n'ont donc pas de valeur obligatoire, même s'ils deviennent d'usage courant¹¹

Il faudra relever que sous la généralité de la question qu'est-ce qu'un contrat, peuvent venir au jour des distinctions incertaines¹². La réalité de cette diversité est mise en évidence par certains auteurs¹³, pointée du doigt par d'autres¹⁴.

2. En effet, Jacques GHESTIN fut l'un des auteurs à s'intéresser à la notion de contrat¹⁵. A sa suite, nous pouvons citer D. GALBOIS¹⁶. Dans tous les cas, l'étude des contrats d'affaires ne peut être menée sans s'intéresser aux « affaires ». Que renferme alors cette expression ? Une telle interrogation peut avoir pour soubassement le fait que certains préfèrent parler de pratiques des affaires¹⁷, de vie des affaires¹⁸, de relations d'affaires¹⁹, mettent même entre guillemets le concept de contrat d'affaires²⁰ ou l'utilisent sans le définir²¹. La difficile appréhension de la notion d'affaires déteint sur celle de contrat d'affaires. Néanmoins, il peut

¹¹ J.-L. BERGEL, *op.cit.*, p.213.

¹² C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Droit et économie des contrats, sous la direction de C. JAMIN, L.G.D.J, 2008, collection Droit et économie, p.4.

¹³ J.CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 10^e édition, 2001, p.313. Selon l'auteur : « les théoriciens du droit professent que le contrat, par opposition à l'esprit unitaire de la loi, est l'instrument de la diversité juridique. C'est aussi reconnaître que la matière est immense ». Adde M.A.FRISON-ROCHE, Préface de l'ouvrage de S. BONFILS, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, L.G.D.J, 2005, 388 pages. Selon l'auteur, même si la réflexion sur le droit intègre la multiplication des contrats identiques, le droit ne tire que peu de conséquence de cette standardisation.

¹⁴ PH. MALAURIE et alii, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2003, p.43.

¹⁵ J. GHESTIN, « La notion de contrat », Recueil Dalloz, 1990, p.147. L'auteur ne s'intéresse ni au régime juridique, ni à la fonction du contrat, mais à ses contours.

¹⁶ D. GALBOIS, « La notion de contrat, Esquisse d'une théorie », résumé R. LIBCHABER, RTDciv, 2019, p.213.

¹⁷V. Réforme du droit des contrats et pratique des affaires sous la direction de PH. STOFFEL- MUNCK, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires », 2015

¹⁸J. REVEL, M. BOURASSIN, *Réformes du droit civil et vie des affaires*, DELMAS, collection « Thèmes et commentaires », Avril 2014. La Cour de justice des CE définit la vie des affaires comme une activité commerciale visant un avantage économique (CJCE, 12 novembre 2002, Arsenal C/ M. Reed, affaire C.-206-01, point 40. D. 2003, p.755, note P. de CANDE).

¹⁹ C. ARNAUDIN, « La pratique de la confidentialité dans les relations d'affaires », in La confidentialité des informations relatives à une entreprise, Colloque organisé le 26 septembre 2013 par l'Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, sous la direction de B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU, CUJAS, p.59. L'auteur vise ainsi les contrats de distribution, de franchise, de transfert de savoir-faire.

²⁰ V. J.PRIEUR, C. CARAUX, « Transmission d'entreprise et gestion de patrimoine », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 2 Décembre 2016, 1329. L'examen de cet article permet de constater que ces auteurs assimilent la cession de contrôle à une transmission d'entreprise.

²¹N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse 2014, Clermont-Ferrand 1, 650 pages. Néanmoins au numéro 397 l'auteur retient que ce sont des contrats conclus entre professionnels. Adde F.X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010/2011, 715 pages ; A. BESSONNET, PH. E. LAMY, *Contrats d'affaires internationaux*, Guide pratique, Village Mondial, 2005, 402 pages.

être perçu comme un contrat-échange ou organisation²². Le professeur J. PAILLUSSEAU est le premier, au sein de la doctrine française à parler de contrats d'affaires²³. Dans un article publié en 2006, il définit les contrats d'affaires comme des contrats uniques ou se combinant dans des montages complexes qui ont généralement pour objet soit l'organisation des entreprises elles-mêmes et de leur actionnariat (statuts de SAS ; pactes d'actionnaires, etc.²⁴), soit l'organisation par les entreprises et leurs actionnaires – ou coopérateurs – de leurs relations industrielles, commerciales et financières (cessions de contrôle, joint-ventures, etc.). Certains de ces contrats sont relatifs à des opérations uniques, mais qui peuvent être complexes (cession d'entreprises ; grands travaux ; chantiers réalisés en commun par plusieurs entreprises ; contrat de construction navale, etc.), d'autres sont caractérisés par la durée des relations des parties (contrats de distribution : franchise, concession commerciale, fourniture exclusive, approvisionnement ; contrats de sous-traitance ; contrats liés à l'*outsourcing* ; contrats de financement ; accords de licence ; contrat de gestion ou de management²⁵, etc.). Lorsqu'ils sont conclus par des entreprises, les opérations que ces contrats – ou montages complexes – organisent ne sont que la mise en œuvre de leur stratégie et de leurs objectifs (de croissance externe par exemple)²⁶.

Il transparaît de cette définition, qui existe parmi tant d'autres²⁷ certes, mais que nous considérons comme la plus complète, une diversité des figures contractuelles, qu'il faudrait systématiser au nom de la sécurité juridique laquelle suppose des règles lisibles, prévisibles et accessibles, que le contrat d'affaires a plusieurs bases textuelles à savoir le droit des sociétés,

²²M. CHAGNY, I. LUC, « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? », AJCA 2015, p.112. Ces auteurs rangent dans cette dernière catégorie les contrats de distribution à travers des réseaux.

²³J. PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », in Le droit contemporain des contrats, Economica, Paris, 1987, p. 169 et s. JCP E 1987, II, 14893 ; JCP G 1987, I, 3275 ; JCP N 1987, doct., p. 391 et s.

²⁴ Aux termes de l'article 12 AUSCGIE, les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique. Dans la dernière hypothèse, le législateur pense à l'acte juridique unilatéral. Pourtant, dans de nombreux ouvrages de droit des obligations, la catégorie des sociétés unipersonnelles est envisagée dans le cadre de l'engagement unilatéral de volonté.

²⁵ Il demeure difficile d'appréhender le contrat de management. C'est une situation dans laquelle la société externalise la réalisation des missions qui relèvent de ses dirigeants. Il va se poser la question de la compatibilité de cette technique avec le principe de spécialité qui prévaut en droit des sociétés surtout dans les sociétés par actions. V. L. GODON, « SAS et convention de *management* : l'exigence de conditions strictes », Rev. Sociétés 2019. 465

²⁶ J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 1, 5 Janvier 2006, 1008, n°14.

²⁷ M. COMERT, E. FLAICHER-MANEVAL, « La négociation des contrats d'affaires après la loi Hamon », AJCA 2014, p.16. Pour ces auteurs, « À la faveur d'un texte dédié à la consommation, le législateur de 2014 a en effet décidé de s'intéresser à nouveau aux relations interentreprises pour en garantir une meilleure transparence. Cela se traduit par un encadrement renforcé de la négociation des contrats d'affaires tant en ce qui concerne le formalisme de cette dernière que son contenu proprement dit ». Toujours selon eux, les contrats d'affaires sont entendus singulièrement comme les conventions soumises aux prescriptions de l'article L. 441-7 du code de commerce ; M. COMERT, E. FLAICHER-MANEVAL, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », AJCA 2015, p.106.

de la distribution, le droit international du développement²⁸, le droit de l'investissement²⁹ etc. Le contrat d'affaires peut également être issu de l'imagination de la pratique puisqu'il est souvent innommé³⁰.

3. La question à se poser est celle de savoir quelles sont les raisons qui militent en faveur d'une difficile existence d'une théorie générale des contrats d'affaires en droit OHADA. S'interroger en ce sens n'est pas dénué d'intérêts pour plusieurs raisons dont la plus évidente est l'attitude contrastée de l'OHADA, droit symbole de la démesure car ayant les « affaires » pour champ d'étude certes, mais laissant de côté plusieurs figures, parties intégrantes des contrats d'affaires³¹.

En outre, l'une des conséquences du défaut de systématisation des contrats d'affaires ou de leur prise en compte partielle, demeure le peu d'attention porté par le législateur OHADA à la pratique³² dont l'importance n'est pourtant plus à démontrer de même que le caractère dangereux³³. Le même problème s'était posé en France où la pratique a été « gênée » par le Code civil de 1804³⁴. Le juge a été contraint d'y remédier certes³⁵, mais c'est avec

²⁸ M. FLORY, *Droit international du développement*, PUF, 1977, 333 pages ; J. BOUVERESSE, *Droit et politiques du développement et de la coopération*, PUF, 1990, 316 pages.

²⁹ V. M. AUDIT et alii, *Droit du commerce international et investissements étrangers*, L.G.D.J, 2014, 764 pages.

³⁰ J. MESTRE, « A l'avant-garde du droit des obligations : les contrats des commerçants », in Choix d'articles de J. MESTRE, *Trait d'union*, LGDJ, 2019, p.299.

³¹ Lors du colloque, les animateurs ont relevé que les contrats spéciaux contenus dans les différents Actes uniformes ne constituent pas un véritable droit des contrats d'affaires même s'ils optent pour la consécration d'un droit commun des contrats spéciaux. V. Henri-Désiré Modi Koko Bebey, *Colloque annuel africain du DIU Juriste OHADA - Propos introductifs*, LPA 25 sept. 2015, n°192 - page 35. C'est fort de ces propos, que K. DOGUE soutient l'existence d'une théorie générale des contrats commerciaux ohada (V. K.O.C.DOGUE, *op.cit.*, Note de bas de page 17 de son article). Mais nous pensons qu'il est prématuré de parler de théorie générale en se basant sur un simple souhait exprimé, même s'il faut reconnaître que l'auteur a tenté la démonstration.

³² Pour P. DEUMIER, pratique et usage renvoyant à « ce qui se fait », ils s'éloignent de la norme délibérée. C'est pourquoi selon G. CHANTEPIE, ils s'éloignent de la norme; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e édition 2013, n° 409 ; G. CHANTEPIE, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Daloz IP/IT* 2017. 522.

Le droit est alors connu de ses destinataires, mais pas nécessairement voulu par ses auteurs. V. Cependant J. MESTRE, « Regards contractuels sur l'OHADA, *Revue Le Lamy Droit civil*, N° 67, 1er janvier 2010 « la normativité des usages professionnels, et même, de manière très originale et presque avant-gardiste, « *des pratiques* » établies entre intermédiaire, représenté et tiers (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 145) ».

³³V. J. PAILLUSSEAU, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.* 2018. 1395. Selon l'auteur « La société doit être « gérée » dans son intérêt social, mais une telle obligation peut-elle empêcher, contrôler, voire même freiner, des opérations de spéculations financières sur son capital qui sont susceptibles de porter de graves atteintes à l'entreprise. Notamment, celles de fonds spéculatifs, de *hedge funds*, ou d'opérations de *private equity* dont certains LBO aventureux conduisent parfois les entreprises à la liquidation judiciaire » ; M. et J.-P. BERTREL, « La responsabilité des financiers dans les LBO ruineux », *Dr. et Patr.*, sept. 2014, n° 239, p. 18. J. PAILLUSSEAU, « Les opérations de LBO peuvent constituer des délits pénaux », *JCP* 1996. II. 22572 ; *JCP E* 1996. II. 780. Toutes ces références sont citées par l'auteur en question qui a bien fait d'ajouter que les fonds activistes et les *hedge funds* sont très redoutables.

³⁴ Il convient de relever la stabilité du code civil français de 1804 à 2016. V.F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2016, p.1.

l'ordonnance du 10 Février 2016 qu'un grand pas a été franchi³⁶. Ainsi, parmi les objectifs visés par le législateur français dans la réforme du 10 février 2016 figure l'attractivité³⁷. Cette attractivité économique recherchée révèle l'influence de la pratique des affaires dans les nouvelles dispositions du code civil³⁸. Le défaut de systématisation risque d'engendrer une insécurité juridique, contre-valeur que l'OHADA cherche à éradiquer³⁹. Cette insécurité juridique se manifeste à travers la dispersion des textes et leur incomplétude. On enseigne traditionnellement qu'un ensemble de méthodes et solutions juridiques ne peut constituer un « système juridique »⁴⁰ que s'il présente un caractère suffisamment complet⁴¹. La codification permettrait d'y remédier⁴².

Enfin, traiter des contrats d'affaires revient à appréhender l'importance du numérique sur la relation contractuelle⁴³. Il faudrait que l'on sache donc s'il faut ranger un tel contrat dans la

³⁵ Il s'agit de la négociation précontractuelle, de la détermination du prix et de la résiliation unilatérale pour manquement grave répréhensible du cocontractant

³⁶ V. Sur ces développements J.MESTRE, « Le bonheur contractuel ! », AJCA 2016, p.105

³⁷ V. Sur la question G. Chantepie, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.18, n°26 ; H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 » RTD civ. 2016. 247.

³⁸ J.L. FOURGOUX, « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA 2016, p.127.

³⁹ La sécurité juridique intéresse le législateur (l'exemple de l'OHADA), le juge (surtout le juge constitutionnel français qui a eu à déterminer les critères de la sécurité juridique que sont la prévisibilité, l'intelligibilité et l'accessibilité. Toujours en droit français, rappelons que le Conseil d'Etat, en 2006, dans l'affaire KPMG et autres, n'est pas en reste. Certains juges constitutionnels africains n'hésitent pas à se référer à ce principe dans leur décision. C'est l'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais) et surtout le juriste d'entreprise qui le plus souvent apporte la sécurité comme valeur ajoutée. V. C. COLARD, C. ROQUILLY, *La performance juridique, Pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, L.G.D.J, 2010, p.104 ; (Dir., L. BOY et alii), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, 586 pages.

⁴⁰ Les guillemets ne sont pas symptomatiques du refus de considérer le droit comme un système car l'analyse systémique appliquée au droit a fait l'objet de plusieurs études. En partant de l'Introduction à la pensée complexe d'Edgar MORIN, nous pouvons arriver à la conclusion selon laquelle le droit est un système. En effet, pour cet auteur, la systémique permet de comprendre des choses complexes parce qu'elle :

-contient la notion essentielle de système ouvert sur son environnement, à même de rendre compte du jeu confus des « inter-rétroactions »,

-est transdisciplinaire et peut appréhender la multitude des paramètres qui influencent les systèmes considérés ;

-substitue aux concepts analytiques classiques, disjonctifs et réductionnistes, les concepts systémiques conjonctifs que sont la globalité, la complexité, l'organisation, l'interaction, la rétroaction, le processus et...le système.

V.E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF Editeur, 1990, p.31 cité par C. COLLARD, C. ROQUILLY, op.cit., p.4.

⁴¹ J.-S. BERGE, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, collection « Méthodes du droit », n°32.

⁴² V. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, L'auteur n'a pas manqué de souligner les difficultés de définition de la notion de code (dans la vision positiviste du 19^e siècle, le code est un ensemble de lois), de codification (p.63. Le code se définirait à travers sa forme, son contenu et ses attributs). Néanmoins, parmi les finalités de la codification (il y en a trois : techniques, sociales et politiques), il y a celles techniques qui consistent à assurer une plus grande sécurité juridique (p.136) ; S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, Thèse, 2007, 499 pages.

⁴³ V. Par exemple M. J. E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », Rev. trav. 2018. 189. Cet auteur parle du contrat de *crowdworking*. Toujours selon ce dernier, les sociétés exploitant les plateformes construisent des modèles d'affaires.

catégorie des contrats d'affaires ou pas. D'où l'importance de la qualification⁴⁴. C'est que le droit des contrats d'affaires est, en général, constitué de décisions de jurisprudence, un droit jurisprudentiel établi sur la base des règles du droit dit commun des contrats et de quelques règles disséminées dans le Code de commerce. Il en résulte que les règles du droit des contrats d'affaires sont un ensemble d'interprétations, en faisant un droit d'érudits, et soumis à cette incertitude liée au fait que le contrat ou le comportement effectué un jour, en conformité avec les règles applicables, sera apprécié en fonction des règles applicables au jour de la décision, la décision établissant même, peut-être, ces règles applicables⁴⁵. Cette remarque vaut également pour le droit sénégalais⁴⁶. Ce peut être un contrat nommé ou innommé⁴⁷. L'étude des contrats d'affaires permet d'épiloguer sur la problématique de l'existence d'une théorie générale du contrat⁴⁸, après avoir examiné celle de la distinction grands et petits contrats⁴⁹.

4. En réponse à la question centrale posée ci-dessus, nous noterons la tendance systématique de la doctrine ohadienne a assimilé les contrats commerciaux aux contrats d'affaires. C'est peut-être parce que le législateur de l'OHADA n'a pas assez intégré la complexité dans la sphère contractuelle ou que la doctrine recommande la prudence quant à l'admission de certaines figures contractuelles⁵⁰. Pourtant, le sort de la partie supposée faible du contrat l'intéresse au plus haut point. C'est dire qu'il existe une vision peu cohérente de la communauté épistémique⁵¹ (I) Relativement au groupe de sociétés, technique de

⁴⁴ Selon J.-L. BERGEL, la mise en œuvre du droit passe par des concepts bien définis et un langage clair et précis

⁴⁵ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, « Contrats commerciaux - Rupture d'un contrat de distribution : motivation, reconversion, bonne foi », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 6, 6 Février 2014, 1063

⁴⁶ V. A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, KHARTALA, 2010, p. 60, n°93.

⁴⁷ V. L'article 257 COCC en vertu duquel les règles applicables aux différents contrats résultent de la convention des parties, de la loi et des usages. Relevons que les contrats en question sont les contrats spéciaux.

⁴⁸ Pour certains auteurs, en raison de l'inexistence d'un contrat général, tous les contrats sont des contrats spéciaux V. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e édition : « le contrat général n'existe pas car même s'il y a une unité du concept, il y a une pluralité de régimes que l'on retrouve à l'article 1107 du Code civil (p.1). A l'examen de leur ouvrage, on peut constater que les auteurs confondent théorie générale et droit commun des contrats, rejettent l'appellation « contrats spéciaux », parlent de professionnalisation des contrats en songeant aux contrats d'affaires (p.8).

⁴⁹ Il s'agit d'une distinction opérée par J. CARBONNIER, in *Flexible droit*, L.G.D.J, 2001, p.339

⁵⁰ V.J. DJOGBENOU, « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats » <https://docplayer.fr/4296881-Resume-la-reception-de-l-affacturage-en-droit-ohada-des-contrats.html>, consulté le 10-11-2019 à 11h 18 mn.

⁵¹ Selon G. LHUILER, une communauté épistémique est un réseau de personnes ayant une expertise dans un domaine donné, expertise qui se traduit notamment par des compétences reconnues, une légitimité et une autorité en matière de production de connaissances, bref une communauté qui partage un ensemble commun de croyances normatives et des principes qui fournissent une justification pour l'action des membres de la communauté, G. LHUILER, *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, collection « Méthodes du droit », p.292

concentration donnant lieu à des contrats d'affaires⁵², le législateur de l'OHADA en a eu la même conception que celui de son homologue français de 1966⁵³, rendant ainsi son approche minimaliste dans les contrats d'affaires créant une dépendance légalement admise (II).

I-UNE VISION PEU COHERENTE DE LA COMMUNAUTE EPISTEMIQUE

5. Selon J.L. BERGEL, nul ne peut imaginer que le juge soit indifférent à la loi, à la doctrine ou à la pratique, ni que le législateur ignore la doctrine ou la jurisprudence... il existe une communauté juridique qui, au-delà de ses différences internes, collabore à la création, l'application et l'évolution du droit au sein de laquelle s'exercent des influences réciproques. On ne peut pour étudier la création du droit, méconnaître ces interactions entre les diverses sources du droit(...) La règle de droit, la « loi » au sens le plus large de ce terme, n'est pas seulement celle du législateur : elle est à bien des égards « la loi des docteurs », du juge et des « acteurs »⁵⁴. La communauté juridique existe autant qu'il existe une culture juridique. La communauté juridique peut renvoyer au législateur, juges, professeurs de droit, auteurs des principes et codes⁵⁵. Pour le juriste, c'est le juge qui fait le droit, qui fait le contrat⁵⁶.

⁵²M. CHAGNY, I. LUC, « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? », AJCA 2015, p.112.

⁵³ En 1966, la notion de groupe ne figurait même pas dans la loi malgré l'existence de définitions dévolues aux filiales et participations. V. Dans ce sens M. PARIENTY, « Les groupes de sociétés et la loi de 1966 » Revue des sociétés 1996, p.465. Depuis, l'environnement juridique des groupes de sociétés a beaucoup évolué en France

⁵⁴ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2003, 4^e édition, p.74, n°58. Il existerait selon l'auteur deux catégories de sources du droit : matérielles et formelles. Si l'on part de l'idée selon laquelle la première catégorie de source renvoie à ce que G. RIPERT appelait les forces créatrices du droit, à savoir les principes moraux, religieux, philosophiques etc qui inspirent les droits positifs et relèvent de la philosophie du droit, on pourrait ranger la doctrine parmi les sources matérielles. Mais, l'auteur a fait le choix contestable de les ranger parmi les sources formelles. Le caractère contestable de ce choix tient à plusieurs raisons. D'abord, il n'y a pas d'unanimité quant à la nature de la doctrine (V. L'opposition entre les différents auteurs P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », D. 1997, Chron. p. 167 ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER et F. TERRE, Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), D. 1997, Chron. p. 229 ; P.MORVAN, « La notion de doctrine », D. 2005. 2421). Ensuite, en considérant la définition des sources formelles que l'auteur emprunte à M. VIRALLY (*La pensée juridique*, L.G.D.J, 1960, p.149) à savoir « des modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire des procédés et des actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence juridique, s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité » ; et enfin, l'absence voire la difficile systématisation de la doctrine. Remarquons que l'insertion de la doctrine dans le droit positif est rare et dépend de la portée de son influence. V. Pour cette dernière remarque P. DEUMIER, « Existe-t-il une doctrine positive ? », RTD civ. 2006. 63. Voici ce qu'elle écrit « *Et si l'on souhaite, par habitude, la ranger parmi les sources du droit, elle prend la place modeste de source d'inspiration, matérielle, ou indirecte. En tout état de cause, elle ne saurait être une source formelle, « en ce sens que son expression même suffirait à créer des règles ».*

⁵⁵ Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats, Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, RTDciv, 2005, p.713.

⁵⁶ L. BOY, « Les « utilités » du contrat », LPA 10 sept. 1997, n°109, p.3. L'expression utilité qui renvoie à la liberté contractuelle est préférée à celle de fonction par l'auteur qui renverrait selon elle au déterminisme. C'est parce que le juge peut se baser sur les articles 1135 et 1160 du Code civil.

Certains parlent de petite communauté des techniciens du droit⁵⁷. Nous préférons en revanche l'expression « communauté épistémique » à celle de « communauté juridique », à défaut de les prendre pour synonymes et en raison du caractère controversé de la notion de doctrine⁵⁸. Dans tous les cas, en présence des contrats d'affaires, on note d'une part une conceptualisation quasi-inexistante (A) et une position hésitante (B) de la part du législateur d'autre part.

A- UNE ŒUVRE DE CONCEPTUALISATION QUASI-INEXISTANTE

6. Le professeur J. JULIEN a remarqué une absence conceptuelle marquée des contrats de consommation en France⁵⁹. Dans l'espace OHADA, c'est une situation similaire qui prévaut concernant les contrats d'affaires vu que la doctrine n'a pas déployé beaucoup d'efforts pour bien appréhender la notion de contrats d'affaires, la prenant pour évidente (1°)

1°. Une position erratique de la doctrine ou l'amphibologie du concept « contrat d'affaires »

La doctrine OHADA fait une analyse cursive des contrats d'affaires tantôt en les assimilant aux contrats commerciaux (a), tantôt en procédant à leur simple énumération (b).

a-Réduction des contrats d'affaires aux seuls contrats commerciaux

7. En droit OHADA, nombreux sont les auteurs qui assimilent les contrats d'affaires aux seuls contrats commerciaux. Les contrats en question sont : le bail commercial, la location-gérance ou la vente du fonds de commerce, la vente commerciale et les contrats d'intermédiation⁶⁰. C'est l'exemple de H. SERI et de K. O. COFFI DOGUE. En effet, H. SERI⁶¹ a écrit ceci : « nous proposons dans le cadre de notre ouvrage, une étude de contrats commerciaux. Ces conventions ont pour but d'aider les opérateurs économiques dans leurs

⁵⁷ C.A.T. NDIAYE, « Le Code de la famille du Sénégal : quarante ans après son entrée en vigueur », *Annales africaines*, n°3, Décembre 2015, p.170.

⁵⁸ PH. JESTAZ, C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997. 167 ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, F.TERRE, « Antithèse de « l'entité », *D.* 1997. 229. Néanmoins, la doctrine est définie par le Vocabulaire juridique Henri Capitant comme l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit ; Vocabulaire Juridique H. CAPITANT par G. CORNU, PUF, V° Doctrine

⁵⁹ J. JULIEN, « Les contrats du droit de la consommation », *Petites affiches* -28-11-2012, n°238, p.27

⁶⁰ V. F.O. ETOUNDI, « Les linéaments d'une théorie générale des obligations nées des contrats commerciaux », in *L'obligation*, Mélanges P.-G. POUGOUE, L'Harmattan, 2015, pp.749 et s. En plus des contrats précités, l'auteur ajoute le contrat de société coopérative, le contrat de société commerciale et celui de transport de marchandises par route.

⁶¹ H. SERI, *L'OHADA et la pratique du droit des affaires en Côte d'Ivoire et dans les pays de zone franc*, EDILIS, 2005, p.130.

démarches d'adaptation à l'environnement économique. Ils sont proposés à partir de l'expérience pratique sur le terrain, nous ont fait apparaître comme utiles et nécessaires, en matière de développement, de renforcement des capacités dans les entreprises. Au titre de ces accords nous verrons en détail les contrats de vente, concession, de franchise, de crédit-bail et nous donnerons un aperçu de la vente maritime et des activités économiques des pouvoirs publics⁶² ». On peut constater que l'auteur, après avoir regretté que le législateur de l'OHADA n'ait pas consacré de textes relatifs au crédit-bail⁶³, au contrat de franchise et de concession, utilise indifféremment les expressions « *contrats d'affaires* » et « *contrats commerciaux* ». D'ailleurs, le contrat de vente de marchandises et de matériels est rangé dans la catégorie des contrats précités.

8. Quant à K.O. COFFI DOGUE, il s'est évertué à démontrer l'existence d'une théorie générale des contrats commerciaux, première étape d'un droit général des obligations contractuelles, contrairement à la doctrine majoritaire⁶⁴. Si l'auteur cite parmi les contrats d'affaires le PPP, le BOT, le contrat de joint-venture et d'affacturage⁶⁵, il choisit délibérément de contourner une difficulté qui est celle de la distinction contrats commerciaux et contrats économiques en les assimilant⁶⁶, tente de définir, les contrats d'affaires qui, avoue-t-il sont rétifs à toute définition précise du fait de l'hétérogénéité et de la diversité qui les caractérisent. En effet, pour M. DOGUE, les contrats spéciaux au sens du droit OHADA sont des contrats commerciaux pour commencer, des contrats d'affaires pour continuer et des contrats économiques pour finir⁶⁷.

9. Au regard de la définition que J. PAILLUSSEAU donne des contrats d'affaires, à savoir les contrats que les entreprises passent entre elles pour l'organisation de leurs relations économiques et financières, l'approche des auteurs précités peut être qualifiée non seulement

⁶² H. SERI, *op.cit.*, p.130.

⁶³ V. Au niveau national, il y a la loi n°2012-02 du 03/01/2012 sur le crédit-bail au Sénégal. Le Cameroun a eu sa loi en 2010. V. M. SAMB, « Le droit du crédit-bail dans l'espace OHADA : étude comparative des lois camerounaise et sénégalaise », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle*, n°1, juin 2012, Législation.

⁶⁴K.O.C.DOGUE, *op.cit.*, p.223, note de bas de page 17. Il est possible d'émettre des réserves quant à l'approche de l'auteur qui confond droit commun des contrats et théorie générale des contrats.

⁶⁵ Au même titre que la création de succursale, filiales, les concessions, la franchise, M. Roch G. DAVID, range les contrats de PPP, BOT et CET parmi les investissements internationaux. V. R.G. DAVID, « Investissements internationaux et procédures collectives internationales », in *Mélanges M.-F. SAWADOGO, CREDIJ*, 2018, p.622.

⁶⁶K.O.C. DOGUE, *op.cit.*, p. 225, Note de bas de page 29. Voici ce qu'écrit l'auteur : « Tout en reconnaissant l'existence d'une distinction possible entre contrats commerciaux et contrats économiques l'auteur a choisi les deux concepts dans le contexte précis de l'OHADA où tous ces contrats ont une finalité économique au regard de l'objet de cette organisation ».

⁶⁷ K.O. C. DOGUE, *op.cit.*, p.226.

de restrictive car la relation économique n'est pas forcément une relation commerciale, mais également de non originale en ce sens qu'elle ressemble à tout point à celle de l'auteur précité.

Il n'est pas vain de faire remarquer que le contrat de vente de marchandises visé par H. SERI est celui consacré par le législateur de l'OHADA. En outre, en général, lorsque l'on parle de contrats d'affaires, on fait allusion à ceux consacrés à l'article L441-7 du Code de commerce⁶⁸. Néanmoins, l'assimilation sus-démontrée se justifie certainement par une possible caution accordée aux idées d'une frange de la doctrine française. Nous pouvons citer dans ce cas M. MENJUCQ⁶⁹ et D. LEGEAIS. Voici ce qu'a écrit ce dernier : « Au sein des contrats commerciaux, les contrats de distribution forment une catégorie spécifique qui regroupe toutes les conventions intervenant dans la chaîne de distribution des produits. Les contrats sont conclus entre des professionnels spécialisés, qu'il s'agisse de centrales d'achat, de grandes surfaces ou de professionnels indépendants tels des courtiers ou des agents commerciaux. Ces contrats concernent aussi ceux nécessaires à la mise en place de réseaux de distribution tels les contrats d'approvisionnement exclusif, de bière, de concession, de distribution sélective ou de franchise »⁷⁰. Pour X. HENRY, à travers l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, la loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008, le législateur a voulu étendre aux contrats commerciaux la prohibition des clauses abusives jusqu'alors réservée aux relations entre consommateurs et professionnels⁷¹.

10. Ce qu'on peut retenir, c'est que la doctrine, dans ces écrits non seulement ignorent le contrat d'affaires, mais également, l'assimilent aux contrats commerciaux, lorsqu'elle a conscience de son existence. En revanche, une autre frange de la doctrine a une position peu lisible des contrats d'affaires.

b. Une doctrine entre approche énumérative et allusion furtive aux contrats d'affaires

11. En droit OHADA, rares sont les auteurs qui définissent les contours des contrats d'affaires. Ainsi, selon le professeur A. SAKHO, les contrats d'intégration sont des contrats

⁶⁸ M. COMERT, E. F. MANEVAR, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.106.

⁶⁹ M. MENJUCQ, *Droit des affaires*, Gualino, 2004, 167 pages. Les différents sous titres de cet ouvrage sont le commerçant, les actes de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux. L'ouvrage comprend trois parties : les acteurs, les biens et l'activité de l'entreprise commerciale.

⁷⁰ D. LEGEAIS, Jurisclasseur commercial, Synthèse contrats de distribution

⁷¹ X. HENRY, « Clauses abusives dans les contrats commerciaux : état des lieux dix ans après », AJ Contrat 2018, p.370.

d'affaires⁷², Pour S. OUSMANOU, le contrat de travail n'est au fond, ni un contrat commercial, ni un contrat d'affaires⁷³. Au-delà, mise à part l'impressionnante thèse de NIMROD ROGER TAFOTIE YOUNSI⁷⁴ et de K. DOGUE⁷⁵, la doctrine au sein de l'OHADA a une approche énumérative et non analytique des contrats d'affaires. Pour Dorothé SOSSA, il s'agit de certains contrats d'affaires tels que l'affacturage, le crédit-bail, la franchise, la sous-traitance et les contrats de partenariat public-privé⁷⁶. On peut également citer F.O. ETOUNDI qui, dans les termes de références (TDR) au Colloque « *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », énumère les contrats d'affaires et opère une distinction entre les contrats commerciaux qui eux sont consacrés par les Actes uniformes et les contrats d'affaires, qui sont en perspective pour une harmonisation future⁷⁷. Ces derniers renvoient au crédit-bail, à l'affacturage, sous-traitance, au contrat de distribution, au BOT, à la circulation des effets public⁷⁸.

Ces différentes idées sont développées à nouveau dans les Mélanges P.-G. POUGOUE⁷⁹, en ajoutant néanmoins la médiation commerciale.

12. Lors du Colloque précité, les communicants ont examiné les contrats du droit économique⁸⁰, les contrats d'affaires et divers enjeux⁸¹, les modes alternatifs de règlement des différends. Le Colloque aura permis de mettre en évidence la polysémie de la notion de contrat d'affaires d'autant que son objet s'étend aussi bien aux contrats conclus entre

⁷² A. SAKHO, *op. cit.*, p.176, n°366. Il s'agit du contrat de concession et de ses dérivés à savoir le contrat de franchise, de concession, de location-gérance selon l'auteur (spéc, p.58, n°90).

⁷³ S. OUSMANOU, « Arbitrabilité », in Encyclopédie juridique du droit OHADA, Lamy, 2011, p.231. Adde K. DOGUE, *op.cit.*, p.234.

⁷⁴Build, Operate and transfer (BOT) projects, Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public privé à la lumière de l'approche law and economics, Thèse Luxembourg, 2012, 622, p.

⁷⁵K. O. C. DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse, Montréal, 2013, 474 pages. Même cet auteur n'échappe pas à l'énumération. A preuve, à la note de bas de page 1681, il cite les contrats spécifiques d'affaires.

⁷⁶ D. C. SOSSA, « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA », La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 25 Janvier 2016, doct. 101. En droit français nous pouvons citer le professeur J. MESTRE qui range dans la catégorie des contrats d'affaires les contrats de distribution, d'ingénierie, de publicité, les contrats bancaires, la vente commerciale, le bail commercial, le transfert de technologie, les accords de collaboration entre entreprises. J.MESTRE, Avant –propos, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence (17-18 mai 1990), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, P.U.AM, 1990, p.5.

⁷⁷ www.biblio.ohada.org, consulté le 18-05-2019 à 11H 39 mn.

⁷⁸www.ohada.com/content/.../1312/colloque-pratiques-contractuelles-programme.pdf, consulté le 05 août 2018 à 5h : 19.

⁷⁹ F.O. ETOUNDI, « Les linéaments d'une théorie générale des obligations nées des contrats commerciaux », *op.cit.*, p.761.

⁸⁰ Ce sont les contrats d'affermage, de commande publique, concession, régie, les opérations de réseau

⁸¹ L'accent a été mis sur les contrats d'assurance, les contrats bancaires

particuliers, qu'entre ceux-ci et l'Etat par exemple⁸². Si le contrat d'affaires n'est pas une notion fourre-tout, il n'en est pas très éloigné.

13. L'auteur qui a une approche à la furtive et énumérative des contrats d'affaires est le professeur P.-G. POUGOUE, perçu comme étant le principal pourfendeur de l'avant-projet FONTAINE⁸³ qu'il considère comme manquant de cohérence et de référence. En effet, le professeur préfère parler de contrats spécifiques de la vie des affaires à savoir les contrats relatifs à la production, distribution, de franchise etc...Ceux-ci sont à distinguer des actes économiques⁸⁴. Il est vrai qu'à la page 12 de l'article précité, il emploie l'expression « contrats d'affaires » et procède à leur énumération.

Dans tous les cas, les critères de détermination des contrats d'affaires proposés sont impertinents

2. Impertinence du critère de détermination des contrats d'affaires

14. Les critères proposés par les auteurs sont de deux ordres : la qualité des parties (une seule peut être commerçante ou les deux), d'une part, le but de l'opération d'autre part. C'est l'occasion de relativiser la pertinence des critères précités eu égard au débat sur la réalité des contrats commerciaux (a) et à la possible déconnexion contrat d'affaires et contrat commercial (b).

a-Impertinence de la synonymie tenant au débat sur la réalité des contrats commerciaux.

15. La catégorie des contrats commerciaux n'existe pas en tant que telle, écrivent certains auteurs, citant en note de bas de page l'exemple de pays tels que l'Angleterre, l'Italie, la Suisse où la division droit-civil et droit commercial n'a aucune réalité⁸⁵. Ainsi, tout contrat peut être civil, commercial ou encore mixte, c'est-à-dire civil d'un côté et commercial de

⁸² Ce faisant les contrats d'affaires peuvent être rangés soit dans la catégorie des contrats administratifs ou contrats publics d'affaires, soit dans celle de contrats d'Etat. Deux critères ont été proposés pour qualifier le contrat de droit public : critère organique (présence d'une personne publique dans la relation contractuelle) ou matériel (contenu du contrat à savoir clauses exorbitantes de droit commun et but à savoir exécution du service public ou participation à cette exécution, p.40 B. FAGES, L.G.D.J, 6^e édition). Une référence aux arrêts Bertin et société Granit de phosphoroides du Vosges est une exigence. Dans certains Etats membres de l'OHADA tels que le Sénégal, ces différentes jurisprudences ont été codifiées. Voir les articles 8 à 15 du Code des obligations de l'administration modifié en 2006.

⁸³ Le professeur POUGOUE est contre toute idée de théorie générale de contrats commerciaux.

⁸⁴ P.-G. POUGOUE, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur les droits des contrats : les tribulations d'un universitaire », D-07-41.

⁸⁵ F. COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^e édition, 2007, p.22, n°19.

l'autre. Tout dépend des personnes qui contractent et du dessein qu'elles poursuivent⁸⁶. Des pays tels que le Sénégal ont cherché à minimiser la distinction entre contrat civil et contrat commercial. D'ailleurs, on peut se demander, pour ce qui est de l'OHADA, d'où provient l'expression « contrats commerciaux » puisque le législateur ne l'utilise pas. Est-ce parce qu'il parle d'actes de commerce, de fonds de commerce, d'intermédiaire de commerce, de vente commerciale ? On peut être porté à le croire. Dans tous les cas, à l'expression « bail commercial » s'est substituée celle de « bail à usage professionnel ». De même, les contrats conclus dans le cadre du droit commercial général ne le sont pas forcément entre commerçants (location-gérance, contrat de transports de marchandises par route).

16. Pour ce qui concerne le but de l'opération, il peut être économique et non commercial. Autrement, on étend à souhait la notion de « commerce ». C'est ce qu'a fait la Cour d'Appel du Littoral, dans l'arrêt n°178/REF du 27 Octobre 2008, Sieur Lottin ELIMBI Charles Ernest Adolphe contre Sieur ABWA Bernard Ernest⁸⁷. Dans cette affaire, la Cour d'Appel a décidé que l'exploitation d'un garage, qui fait partie des activités professionnelles induit que le bail sus évoqué a une nature commerciale évidente⁸⁸. On peut être surpris à plus d'un titre. D'abord, le juge ne précise pas la qualité des parties, ensuite, nulle part dans l'Acte uniforme portant sur droit commercial général de 1997⁸⁹, l'exploitation d'un garage n'est considérée comme un acte de commerce. Une différence doit être faite entre le domaine d'application de l'article 69 AUDCG ancien (bail portant sur les immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel) et la nature de l'activité. C'est dire tout simplement qu'une activité professionnelle n'a pas forcément une nature commerciale. D'un autre côté, il est possible de déconnecter les contrats d'affaires de ceux commerciaux.

b- Une possible déconnection contrat d'affaires - contrat commercial

17. La trame des développements qui vont suivre est aisément perceptible. La tâche consiste à démontrer que le contrat d'affaires n'est pas forcément un contrat commercial et par conséquent à mettre en exergue le critère non déterminant tenant à la qualité de commerçant des parties et au but de l'acte. Comme l'écrit un auteur, le travail de déconstruction d'un

⁸⁶F. C. DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, op.cit., p.23.

⁸⁷ OHADATA-J-10-270.

⁸⁸ Dans cette affaire, le bailleur LOTTIN ELIMBI soutenait que ce sont les dispositions du Code civil qui devraient s'appliquaient, leur bail ayant une nature civile.

⁸⁹ L'article 69 de l'ancien Acte uniforme a servi de base au juge.

concept a pour but de se livrer à une analyse critique des traits que les auteurs considèrent comme caractéristiques⁹⁰.

En effet, F.O. ETOUNDI⁹¹, repris par K.O.C. DOGUE assimilent les contrats commerciaux aux contrats à finalité économique, s'inspirant certainement de ses homologues français⁹², : « un contrat est commercial quand il est passé par un commerçant pour les besoins de son commerce. C'est en général la qualité des parties qui attribue le caractère commercial, civil ou mixte du contrat ». Ce qui est frappant c'est que pour ces mêmes auteurs, les contrats d'affaires sont ceux passés entre professionnels⁹³. Cette approche est critiquable à plus d'un titre. D'abord, il est en partie vrai, partant du bail à usage professionnel, du contrat de société coopérative, que les contrats à finalité économique doivent être assimilés aux contrats commerciaux⁹⁴. Ensuite, comme un aveu de sa part, l'auteur reconnaît que pour prétendre être bénéficiaire d'un bail à usage professionnel, le contractant ne doit plus seulement avoir la qualité de commerçant⁹⁵.

18. C'est dire que si tout contrat commercial est un contrat d'affaires, il peut y avoir contrat d'affaires sans que les parties ne soient des commerçants. C'est l'exemple du contrat de présentation de clientèle, du bail à usage professionnel, du *contract management*⁹⁶, des *holdings* des professions du droit (elles vont constituer des groupes de sociétés d'exercice libéral, reprendre sous forme de LBO les sociétés d'exercice libéral⁹⁷).

19. En France, il fût un temps où le juge prononçait la nullité du contrat de vente de clientèle civile pour illicéité de l'objet⁹⁸. Mais une évolution a été notée. D'abord dans certains arrêts, une distinction était opérée entre les éléments transmissibles d'un cabinet d'expertise et ceux qui ne le sont pas, ensuite, on a refusé la systématisme de la nullité des contrats relatifs à une

⁹⁰ PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, L.G.D.J, Paris, 2000, p.13, n°20.

⁹¹ F.O. ETOUNDI, *op.cit.*, p.753.

⁹² F.-C. DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, *op.cit.*, p.23 « Le contrat peut être civil, commercial ou mixte ; tout dépend des personnes qui contractent et du dessein qu'elles poursuivent. (...) Le seul moyen de distinguer les contrats commerciaux des contrats civils tient donc à la qualité des parties.

⁹³ F. COLLART DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, *op.cit.*, p.29, n°27.

⁹⁴ Pire encore M. DOGUE considère le bail à usage professionnel comme un contrat commercial. Oublierait-il que celui puisse être conclu entre deux professionnels non commerçants ? Nous ne le pensons pas.

⁹⁵ F.O. ETOUNDI, *op.cit.*, p.771.

⁹⁶ V. J.-J. BARBIERI, « Contract management ? » *Defrénois* 15 juin 2015, n°11, p.605. Il s'agit selon l'auteur d'une variété d'expert en gestion de contrats intervenant au sein de la firme ou consulté par elle. Son rôle est d'appréhender tous les cycles de l'accord, de sa création à son terme, afin d'en maîtriser les risques et d'en optimiser l'exécution.

⁹⁷ J.-P. BERTREL, « Les holding des professions du droit », *Droit et Patrimoine*, N° 282, 1er juillet 2018

⁹⁸ V. Cass.civ.1^e, 23 janvier 1968, J.C.P.1968, II, 15433, note R.L. C'est qu'on a toujours pensé que la clientèle est hors commerce ; ce n'est pas un bien. Il fallait donc préserver la liberté de choix du praticien du client et la confiance que ce dernier place en celui-là.

clientèle médicale, distingué la vente de clientèle, qui n'est pas dans le commerce juridique et la présentation de clientèle⁹⁹. En France, un tournant décisif ayant été marqué par l'arrêt Woesser en matière de cession de la clientèle civile, un auteur a suggéré la transposition de cette jurisprudence en droit OHADA¹⁰⁰.

Le *contract management* est la discipline consistant à piloter les contrats d'affaires dans toutes leurs dimensions (juridique, financière, commerciale, technique, gestion de projet) et sur l'ensemble du cycle de vie contractuel, de la création du contrat jusqu'à sa clôture, en passant par son exécution¹⁰¹. Ainsi, les *contract managers* sont des praticiens chevronnés des contrats d'affaires complexes, et connaissent parfaitement, tout comme les juristes d'entreprise, les problématiques et enjeux des entreprises¹⁰². Or l'entreprise, comme nous le savons, peut être commerciale ou non¹⁰³.

B-UNE POSITION HESITANTE DE LA PART DU LEGISLATEUR

20. Selon F.O. ETOUNDI, les contrats spéciaux du droit OHADA sont les différents contrats faisant déjà partie de l'ordonnement juridique OHADA¹⁰⁴. A ces contrats spéciaux primordiaux organisés par des règles positives¹⁰⁵ sont venus s'ajouter d'autres, à la faveur de la réforme du droit comptable OHADA. Mais le constat demeure l'absence de prise en compte d'autres contrats, tout aussi importants. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que le besoin de protection de la partie supposée faible au contrat est l'option la plus partagée. Le législateur de l'OHADA n'est pas resté en marge de ce mouvement de sorte que l'on peut noter un rapprochement entre certains contrats réglementés et les contrats de situation, issus certes de la pratique, mais qui sont en train d'être de plus en plus mis dans un corset législatif. Ainsi, le fait que l'on assiste à une réglementation cantonnée (1) n'exclut pas une référence à

⁹⁹ Cour de Cassation, 1^e chambre civile, 7 juin 1995, Leone c/Mlle Giray, Recueil Dalloz, 1995, pp.560 et s. V. Egalement C. GALL, « Cession de clientèle et contrat de présentation : antinomie ou pléonasme ? » LPA 13 juin 1997, n°71, p.36. L'objet du contrat de présentation de clientèle c'est une obligation de faire et le matériel technique.

¹⁰⁰ A. FOKO, « Contribution à l'étude juridique de la clientèle » à propos de l'avenir de la notion, Revue EDJA, n°82/2009

¹⁰¹ J. BURKLE, R. MAHIEU « Nouveau droit des contrats et « contract management » : pour une meilleure performance des contrats d'affaires », Revue Lamy Droit civil, n°159, 1^{er} mai 2018

¹⁰² J. BURKLE, R. MAHIEU, Ibid.

¹⁰³ Voir la Note 1 de l'annexe n°1 au Règlement n°03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine. A travers la définition de l'entreprise, on peut retenir les trois critères suivants : les moyens matériels et humains, l'activité économique et l'autonomie de décision.

¹⁰⁴ F.O. ETOUNDI, op.cit., p.753.

¹⁰⁵ L'expression est de J. DOGBENOU, « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats », op.cit., p.2.

des valeurs communes de protection de la partie supposée faible au contrat, tant dans les contrats nommés qu'innomés (2).

1. Une réglementation cantonnée ou partielle des contrats spéciaux

21. Le législateur de l'OHADA semble avoir fait sien le propos suivant de Claude Lévi-Strauss : « L'humanité est constamment aux prises avec deux processus contradictoires dont l'un tend à instaurer l'unification, tandis que l'autre vise à maintenir ou à rétablir la diversification¹⁰⁶ ». Ainsi, si certains contrats ont été expressément consacrés (a), d'autres ne le sont guère (b).

a- Les contrats expressément prévus

Les contrats spéciaux OHADA ont pour fondement légal l'AUDCG ainsi que les autres Actes uniformes. Le Doyen J. MESTRE les a classés en trois catégories : les contrats structurels, ponctuels et les contrats qui constituent une catégorie à part.

Pour J. MESTRE, les contrats structurels sont ceux qui gravitent autour du fonds de commerce¹⁰⁷. Il s'agit du bail commercial, de la vente et location-gérance du fonds de commerce. En revanche, les contrats ponctuels sont la vente commerciale¹⁰⁸, les contrats de transports de marchandises par route. Quant aux contrats d'intermédiaires, ils constituent des contrats à part. D'ailleurs, on constate une limitation textuelle de l'intermédiation aux actes juridiques à caractère commercial¹⁰⁹

Pourtant, un effort a été fait dans la prise en cas de certains contrats tels que la franchise, la concession, même si le pari ne semblait pas gagné d'avance. Il n'est que de consulter les écrits de certains auteurs pour s'en convaincre. Ainsi, selon H. SERI, les nouvelles méthodes commerciales comme la franchise ou le franchising permettent d'assurer, à un commerçant indépendant, les avantages d'une certaine concertation en exploitant son commerce ou entreprise sous une enseigne, une marque et un nom connus du grand public sur le plan national et international. (...) Il est fort regrettable que ces contrats modernes ne soient pas abordés dans les Actes uniformes de l'OHADA alors qu'ils devraient, à notre avis, faire partie

¹⁰⁶ C. Lévi-Strauss, *Race et histoire*, Paris, Denoël, 1987, p.84.

¹⁰⁷ J. MESTRE, « Regards contractuels sur l'OHADA », Revue Le Lamy droit civil, n°67, 1^{er} janvier 2010.

¹⁰⁸ En droit français, deux conceptions de la vente commerciale existent : une conception large en vertu de laquelle la vente commerciale est un contrat conclu par un commerçant dans l'exercice de son commerce et une conception stricte selon laquelle la vente commerciale est une vente entre seuls commerçants pour leur activité professionnelle. Dans le premier cas, l'acte peut être mixte ou conclu entre deux commerçants. V. O. SALVAT, Synthèse-Vente commerciale, Jurisclasseurs-Contrats Distribution, 28 Mai 2018, n°3.

¹⁰⁹ Article 169 AUDCG

du nouveau droit des affaires pour les Etats africains. Ces modes de collaboration qui dépassent le cadre national et régional, ont une importance indéniable en termes de création d'entreprise et de création d'emploi. Les législateurs de l'OHADA doivent tenir compte de ces contrats modernes qui se sont développés sur le plan international et qui demeurent des instruments d'échanges commerciaux entre les entreprises des pays du nord et celles des pays du sud¹¹⁰. Comme rappelé ci-dessus, le législateur de l'OHADA a réglementé le contrat de franchisage, d'affacturage et de sous-traitance. Ces différents contrats sont consacrés respectivement par le chapitre 35 du Titre VIII du Plan comptable Général, le chapitre 15 du Titre VIII du Plan comptable Général et du compte 62 à la sous-traitance.

22. En revanche, pour les contrats de concession, le législateur de l'OHADA envisage toutes les catégories existantes tout en intégrant le contrat de concession exclusive dans le régime de la franchise. De même, il reste disert vis-à-vis d'autres figures contractuelles.

b-Discrétion notée vis-à-vis des autres figures contractuelles

23. L'expression « discrétion » est empruntée à un auteur qui, en parlant de l'intuitu personae dans les contrats entre professionnels a relevé le peu d'articles consacrés à ceux-ci dans le Code civil¹¹¹. C'est à croire que le législateur de l'OHADA ignore le phénomène de l'explosion contractuelle d'autant que des contrats comme celui de transfert de technologie¹¹², de recherche, d'auteur, de la propriété industrielle ne sont pas consacrés. Cela s'explique certainement par la volonté de ménager les susceptibilités en n'empiétant pas sur le domaine de compétence des organisations d'intégration juridiques telles que l'OAPI, l'UEMOA, voire la CEDEAO. Pourtant, au même titre que les contrats liés au financement, de coopération interentreprises, de partenariat public-privé, miniers et pétroliers, ils sont perçus comme indispensables au développement des activités économiques de l'Afrique¹¹³.

24. Cependant, la discrétion relevée ci-dessus n'empêche pas le législateur de l'OHADA de chercher à protéger la partie au contrat supposée faible.

¹¹⁰ H. SERI, *L'ohada et la pratique*, op.cit., p.130. L'auteur renvoie à la Revue internationale de droit de comparé de 1982 plus particulièrement à l'article de FINKELSTEIN intitulé « Les accords de distribution exclusive en France et aux Etats-Unis ».

¹¹¹ V.M.-E. ANDRE, « L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, Mélanges M. CABRILLAC, p.24.

¹¹² La CEDEAO entend promouvoir la technologie (article 3 du Traité), encourager la coopération dans ledit domaine, promouvoir l'autonomie individuelle et collective en la matière, coopérer dans le développement, l'acquisition et la vulgarisation de la technologie, harmoniser les législations en matière de transfert de technologie (article 27 du Traité). Voir également la loi sénégalaise n°2019-04 du 1^{er} février 2019 relative au contenu local dans le secteur des hydrocarbures

¹¹³ H.-D. M. KOKO BEBEY, LPA 25 sept. 2015, n°192, p. 45.

2. La référence à des valeurs communes de protection de la partie au contrat supposée faible

25. Le droit OHADA étant à bien des égards un droit des contrats spéciaux, l'accueil des procédés de protection de la partie faible dans cet ordre juridique est nécessaire¹¹⁴. Cette velléité de protection de la partie faible traduit la nouvelle vision du contrat qui privilégie la coopération, collaboration au détriment de la préservation des intérêts purement égoïstes. Pour faire simple, la référence à la bonne foi, standard controversé¹¹⁵, est devenue une exigence. C'est parce que *le droit n'est pas un ensemble de règles arbitraires et naïves. Il est porteur de valeurs et traduit généralement une politique, une certaine vision des rapports sociaux, plus ou moins fondamentale pour le législateur*¹¹⁶

Il est vrai qu'il peut paraître pour le moins curieux de parler de protection dans les contrats d'affaires puisque celle-ci s'apprécie plus en droit civil qu'ailleurs¹¹⁷. Ne dit-on pas d'ailleurs que le droit commercial est le droit des forts, le droit civil celui des faibles¹¹⁸ ? En effet, l'une des constantes du droit civil des contrats réside dans la volonté du législateur de préserver un équilibre entre les parties à l'acte¹¹⁹. C'est ainsi que beaucoup de concepts nouveaux ont vu le jour : l'attente légitime, l'obligation essentielle, la subjectivisation de la cause. Pourtant, le

¹¹⁴ G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, L.G.D.J, 2013, p.244, n°304. Pourrait-il d'ailleurs en être autrement quand on sait que le droit OHADA s'intéresse à la morale ? Selon PH. LE TOURNEAU, « la loyauté est particulièrement intéressante. Car, elle ne se contente pas de soumettre les contractants à un certain comportement. Elle irradie aussi la responsabilité délictuelle, par la condamnation de la concurrence déloyale. (...) la concurrence déloyale permet de condamner le commerçant qui inflige à ses confrères une concurrence contraire à la *morale des affaires*, et cause ainsi un *trouble commercial* » ; PH. LE TOURNEAU, « Ethique et droit », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 2006, Tome XLVIII, pp.14-15.

¹¹⁵ V. R. JABBOUR, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *RTDCiv*, 2017, p.941. Si l'auteur est d'avis que la bonne foi donne un cadre aux comportements, qu'il faudrait dépasser l'antagonisme droit et morale, elle précise néanmoins, citant Corneille, que rien n'est si dangereux que trop de bonne foi. Cette opinion fait écho à celle d'auteurs tels que J. CARBONNIER et J.P. CHAZAL. Il faut dire que la bonne foi permet de s'interroger sur la vision du contrat, qui, est soit individualiste, soit solidariste (Carbonnier est contre cette vision et a pris le contre-pied de Demogue en ces termes « On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage » (*Les obligations*, P.U.F., 18e éd., 1994, § 113) Selon Christophe Jamin, la bonne foi traduit la philosophie solidariste du contrat ; C. JAMIN, « Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ? », **LPA 6 mars 1996, n° PA199602901, p. 3**

¹¹⁶ G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, L.G.D.J, 2013, p.208. Comp. B. OPPETTIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, n°17, p.28 ; H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, Paris, coll. Que sais-je ? , PUF, 9e éd., 1993, p.77-78.

¹¹⁷ V. PH. LE TOURNEAU selon qui : « certaines disciplines juridiques, sont spécialement inspirées par des considérations morales, de protection des faibles, singulièrement le droit du travail ou le droit de la consommation ; bon nombre des incriminations pénales sont aussi des fautes morales. On le voit, le droit se tient dans l'ombre de l'éthique. L'alliance des deux permet de surmonter leurs contradictions, tout en assurant la paix ». PH. LE TOURNEAU, « Ethique et droit », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2006, Tome XLVIII, p.14.

¹¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, 2005, p.19.

¹¹⁹ Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA* 25 oct. 2004, n° PA 2004, n°213, p. 6.

droit des affaires n'ignore pas la protection des faibles d'autant que des clauses abusives existent même entre professionnels et parfois, les règles du droit du travail sont invoquées dans une relation commerciale notamment entre franchiseur et franchisé au profit de ce dernier¹²⁰. En effet, les rapports de pouvoir ne doivent pas échapper au contrôle du droit parce qu'ils se manifestent dans la sphère privée des rapports contractuels et des rapports d'affaires. Leur légitimité même peut être contestée¹²¹.

Ainsi, grâce au mandat d'intérêt commun (a), on peut espérer un rapprochement entre les contrats d'intermédiation et de situation (b), au-delà du fait que les contrats d'affaires ont le plus souvent le même contenu¹²².

a- L'existence d'un mandat d'intérêt commun

26. On sait qu'afin d'adoucir le sort du mandataire dont le mandant révoquerait unilatéralement et sans indemnité la procuration, les juges ont forgé la notion de « mandat d'intérêt commun », bilatéralisant ce vieux contrat de bienfaisance, à l'origine conclu dans le seul intérêt du représenté, avec cette conséquence que si la révocation reste toujours possible, le représentant recevra une indemnisation, dont il ne sera privé que s'il est excipé d'un juste motif, subjectif (faute du mandataire) ou objectif (motif économique, du type réorganisation de l'entreprise)¹²³.

Le mandat d'intérêt commun est une construction dégagée par la jurisprudence pour tempérer la rigueur de l'article 2004 du Code civil¹²⁴ pourtant, en règle générale, dans les contrats

¹²⁰ Aux termes de l'article L.781-1-2° du Code du travail, les dispositions de ce code qui visent les apprentis, les ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une entreprise industrielle et commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise aux conditions et prix imposés par ladite entreprise. Dans une affaire opposant M. Sierra à la Société Franche Acheminement, cette disposition a été appliquée. V. H.KENFACK, « Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du code du travail à une relation commerciale », *Le Dalloz*, 2002, n°24, p.1934, note sous Cour de cassation, soc. 4 décembre 2001.

¹²¹ G. FARJAT, « Les « sujets » de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz 1997, p.319.

¹²²V. H. SERI, *op.cit.*, p.131, n°180. Selon l'auteur, l'armature du contrat commercial repose sur quatre grands points à savoir l'intitulé de la convention, l'exposé préliminaire, le contrat proprement dite et les mentions de fin de convention.

¹²³ P.-Y. GAUTIER, « Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat », *RTDCiv*, 1998, p.130.

¹²⁴ A. LECOURT, « Résiliation du mandat d'intérêt commun », Cour de cassation, com. 11 mars 2014, *AJCA* 2014, p.93.

d'intégration, la domination n'est pas acceptée, d'où la difficulté de dégager un intérêt commun qui prime les intérêts catégoriels des parties à l'opération¹²⁵

La Cour d'appel de Paris résolut bien légèrement la question en affirmant qu'il y avait intérêt commun dès lors que le contrat assurait des avantages aux deux parties¹²⁶.

b- Une possible consécration de la notion de contrat de situation

27. La notion de contrats de situation est apparue sous la plume de M. CABRILLAC. Ce sont des contrats déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique¹²⁷. C'est l'exemple des contrats de distribution ou de production¹²⁸. On parle aussi de contrats de dépendance, c'est-à-dire des contrats, non plus de consommation, mais de production et de distribution, qui placent l'une des parties dans la dépendance économique de l'autre¹²⁹. A titre d'exemple nous avons le contrat de concession, de franchise et l'agent commercial. Ces derniers, comme nous l'avons relevé ci-dessus, sont consacrés par le législateur de l'OHADA.

Plusieurs dispositions sont protectrices de l'agent commercial. Parmi celles-ci nous pouvons citer l'article 232 réputant non écrites les clauses ou conventions dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions des articles 186 à 189 AUDCG, l'article 228 du même Acte uniforme qui impose le respect d'un préavis avant la rupture du contrat à durée indéterminée. Cette protection devrait permettre d'assimiler les contrats d'intermédiation ou tout au moins certains, tels que celui d'agence commerciale, aux contrats de situation. Les

¹²⁵ A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, KHARTALA, CRES, p.167, n°345.

¹²⁶ G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1er) », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 25, 21 Juin 1990, 15809.

¹²⁷ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. MARTY*, Université de Toulouse, 1978, p.235.

¹²⁸ D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges M. CABRILLAC*, p.165.

¹²⁹ F. CHENEDE, « Repenser le droit des contrats ? Le titre III du Livre III du Code civil à l'épreuve des ordres juridiques européens », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la direction de B. BONNET, L.G.D.J., 2016, p.783. Pour l'auteur, les contrats d'adhésion renvoient aux contrats de consommation. De même, le premier facteur d'évolution du Code civil de 1804 sont l'apparition de nouveaux types contractuels tels que les contrats d'adhésion, les contrats de dépendance. C'est ainsi que sous la poussée de la doctrine, le législateur (lois spéciales sur le transport, le contrat d'assurance, l'agent commercial, les droits spéciaux tels que le droit de la consommation, des pratiques restrictives de concurrence) et la jurisprudence (violence, cause, bonne foi) ont cherché à protéger l'adhérent et le dépendant. Le second facteur d'évolution est celui de l'apparition des nouvelles sources (CEDH, droit de l'Union Européenne)

dispositions nationales telles que celles limitant les contrats d'exclusivité à 10 ans¹³⁰ pourraient également servir d'appoint.

28. En droit français, la protection des intermédiaires en fin de contrat part de l'article 2004 du Code civil. L'encouragement implicite d'un « congédiement » par les dispositions de l'article 2004 du Code civil était de nature à justifier l'élaboration d'une protection en fin de contrat commune aux intermédiaires chargés de prospector une clientèle¹³¹

En outre, le besoin de protection du concessionnaire, franchisé a été tellement pressant au point que l'on s'est interrogé sur la nécessité d'extension des règles de faveur de l'intermédiaire et du droit du travail à ces derniers. Le juge est catégorique : « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun...le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation¹³² ». Cette position a été réaffirmée dans l'arrêt *Maine Auto c/ SA Volvo automobiles France*¹³³. Qu'en pense la doctrine ?

Pour le savoir, il faut prendre connaissance de l'article de PH. GRIGNON selon qui l'application du concept d'intérêt commun aux contrats de distribution est subordonnée à la création du statut du concessionnaire ou du franchisé¹³⁴. De l'avis de certains auteurs, l'absence de textes ou statuts réservés au contrat de franchise entraînerait comme

¹³⁰ L. AMIEL-COSME, *op.cit.*, nous livre la raison : « Ce qui explique notamment l'article 1^{er} de la loi du 14 octobre 1943, aujourd'hui codifié à l'article L330-1 du Code de commerce qui limite à dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité. Ce dispositif avait précisément été inspiré par la dépendance dans laquelle se trouvaient certaines entreprises françaises de fabrication de chaussures à l'égard d'une entreprise américaine, United Shoes Machinery Company ».

¹³¹ PH. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *Mélanges M. CABRILLAC, LITEC*, 1999, p.134.

¹³² Arrêt du 7 octobre 1997 cité par P.-Y. GAUTIER, *op.cit.* Selon l'auteur le refus de protection du concessionnaire ne constitue pas une nouveauté et tient au fait que celui-ci dispose de sa propre clientèle (C'est le point des auteurs tels que J.HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J, 1996, n°31119). V. Pour un point de vue réservé P.Y.GAUTIER, « Intérêt commun, analogie ou quasi-contrat ? Le franchisé reçoit enfin une indemnité compensatrice, *RTDCiv*, 2008, p.119, J. BEAUCHARD, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat, *Mélanges PH. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, spéc.p.41 et s. En effet, P.-Y. GAUTIER n'apporte aucune caution intellectuelle à cette décision pour trois raisons : possibilité d'existence dans le contrat de concession d'un mandat, même si celui-là n'est pas un mandat, de se référer au critère d'intérêt commun dégagé dans le mandat et enfin parce que le concédant doit motiver sa décision. V. Pour un point de vue contraire C. JAMIN, note sous l'arrêt D. 1998. 413 (si pour l'auteur il y a identité entre le mandat d'intérêt commun et la concession en raison de l'intérêt commun, cependant dans le deuxième contrat, il n'y a pas de mandat)

¹³³ Selon la Cour de cassation : « Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun et peut donc être résilié par le concédant sans donner de motif sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus de droit », D.1998, p.413, note CH. JAMIN.

¹³⁴ PH. GRIGNON, *op.cit.*, p.144, n°25.

conséquence l'application du droit commun, suffisant pour protéger le franchisé, partie faible au contrat¹³⁵.

29. Quant à la seconde question, remarquons que les commerçants individuels se trouvent fréquemment placés dans des situations de dépendance extrême : les contrats d'approvisionnement exclusifs, le développement de la franchise et de la sous-traitance engendre une subordination économique. D'où une tendance accrue à utiliser au maximum de ses possibilités un texte de droit du travail qui devait initialement avoir un domaine restreint : l'article L781-1 du Code du travail¹³⁶. En effet, bien que juridiquement indépendant, le franchisé se trouve dominé par le franchiseur : le contrat est incontestablement asymétrique¹³⁷

Dans tous les cas, la notion de contrat d'intérêt commun n'a pas forcément eu la faveur du législateur, du juge, en dépit de sa défense par la doctrine¹³⁸ et de sa consécration par la loi Doubin du 31 décembre 1989.

La seconde raison de la difficile systématisation est liée à un suivisme de la part du législateur de l'OHADA relativement au régime juridique des groupes de sociétés. Pourtant, le législateur français qui lui sert de modèle a évolué sur la question.

II-UN MINIMALISME CONSTATE DANS LES SITUATIONS DE DEPENDANCE REGIES PAR L'OHADA

30. Historiquement, les Etats ont progressivement été soumis à des règles de droit destinées à protéger les individus et la société du pouvoir qui s'exerce en son sein. Le temps est maintenant venu de protéger les individus et la société-et l'environnement naturel-de toutes

¹³⁵Philippe Le Tourneau, Michel Zoïa, FRANCHISAGE. – Variétés du franchisage. – Indépendance et domination dans le franchisage. – Droit de la concurrence et franchisage, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc 1045, n°24

¹³⁶ R. VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°40, 3 Octobre 1985, 14546. Cette disposition assimile les salariés à des personnes dont la profession consiste essentiellement soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par la dite entreprise ».

¹³⁷ Fasc. 1045 :FRANCHISAGE . – Variétés du franchisage . – Indépendance et domination dans le franchisage . – Droit de la concurrence et franchisage, 29 Février 2016, n°4.

¹³⁸ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrats d'intérêt commun », Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p.99

les organisations qui exercent du pouvoir ; et ce compris les plus grandes entreprises¹³⁹. Il s'agit des gouvernements privés ou des pouvoirs privés économiques pour reprendre une expression chère à C. CHAMPAUD. Pour le professeur PAILLUSSEAU, l'une des fonctions essentielles du droit est d'organiser sur le plan juridique des relations, des opérations, des situations, des activités, des groupements, des organismes, des institutions... qui ne sont pas juridiques par nature¹⁴⁰. Le groupe de sociétés, même s'il n'a pas la personnalité juridique, n'est pas ignoré par le droit. Alors que l'idée de groupe repose sur celle de dépendance économique des sociétés groupées, le droit des sociétés est fondé sur un postulat : celui de l'autonomie et de l'indépendance de la société. Pourtant, là encore, le droit des groupes se construit peu à peu : en droit fiscal, en droit du travail, en droit de la concurrence, au regard des textes relatifs aux investissements étrangers ou à la consolidation des comptes, etc.¹⁴¹. C'est dire que l'on sort un tout petit peu de la difficulté du droit à appréhender et expliquer le groupe de sociétés¹⁴², malgré l'existence de situations non encore résolues¹⁴³.

31. Le droit des groupes en OHADA ne constitue pas un tout cohérent. Il comporte donc des lacunes, qui lui vaudront des critiques car comme on dit, il existe des façons de ne pas être satisfait d'une loi : en signalant les lacunes ou les manques¹⁴⁴. Pour ce faire, il faut se référer à la pratique¹⁴⁵, à des textes autres que ceux de l'OHADA (A). De même, il urge de s'inspirer de la jurisprudence ou des textes français, le tout dans le même souci de cohérence (B).

A- Le recours obligatoire à la pratique et à d'autres textes

¹³⁹ J.-PH.ROBE, « L'au-delà de la « doctrine de l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, Mars 2013, Dossier 8. Selon cet auteur, « nous vivons dans une société organisationnelle, faite aussi de gouvernements « privés », opérant souvent à l'échelle planétaire. Ces organisations exercent des pouvoirs qui affectent les individus, la société et l'environnement naturel. Elles ne sont pas l'objet de droit de propriété et ne peuvent être pensées en des termes cohérents avec ce qu'elles sont : des organisations exerçant du pouvoir ». Précisons que cet article a été rédigé en réaction à l'ouvrage de C. CHAMPAUD (*Manifeste pour la doctrine de l'entreprise-Sortir de la crise du financialisme* : Larcier, 2011) qui s'en est pris à la théorie de la valeur actionnariale.

¹⁴⁰ J.PAILLUSSEAU, « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », Etudes offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité, LITEC, 2005, p.568, n°2.

¹⁴¹ J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 27, 5 Juillet 1985, 100740

¹⁴² Jean Paillusseau, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », J.C.P. 1971, éd. C.I., I, 10173 ; éd. G, 1971, I, 2401 bis. Du même auteur : Les groupes de sociétés, analyse du droit positif français et perspectives de réforme : Rev. trim. dr. com., 1972, p. 813 s. ; La filiale commune et les groupes de sociétés : Rev. fr. compt. 1975, p. 362 s., Litec, Paris, 1975, p. 30 s.

¹⁴³ Défaut de définition légale du groupe en droit français, défaut d'unanimité quant au mode de constitution du groupe

¹⁴⁴ R. LIBCHABER, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats-Le sort des engagements non bilatéraux, Revue des contrats 2015, n°111z4, p.634

¹⁴⁵ V. J.-M. MOUSSERON, sur la définition de la pratique. Pour l'auteur, la pratique c'est ce qui se fait ; là où la technique renvoie à ce qui peut se faire, l'usage à ce qui s'étant fait, doit se faire ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4^e édition, 2010, p.19.

32. Le recours à la pratique et à d'autres textes (2°) est justifié par les nombreuses lacunes constatées dans le régime juridique du groupe de sociétés (1°). C'est dire que pour remédier à cette situation, un changement d'approche s'avère plus que nécessaire (2).

1° Incomplétude du régime du groupe de sociétés, raison du recours

Le groupe de sociétés en droit OHADA, peut mieux faire, pour reprendre l'intitulé de la contribution d'un auteur à propos du droit de la consommation¹⁴⁶. Cette remarque tient certainement aux dangers que représente l'entité pour les minoritaires¹⁴⁷ ou à une mauvaise représentation qu'on en a eu¹⁴⁸. Cependant, l'accent sera mis ici sur la définition du groupe ou les critères du groupe.

Aux termes de l'article 173 AUSCGIE, un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elle de contrôler les autres. Le législateur de l'OHADA pose une présomption de détention du contrôle à l'article 175 AUSCGIE après avoir défini celui-ci à l'article précédent du même Acte uniforme. Par nature, le contrôle est intrinsèquement lié à la propriété des titres sociaux qu'une entité détient¹⁴⁹. Ce serait le moyen le meilleur, sinon le seul, d'assurer la solidité, la constance et la durée de l'unité de décisions économiques¹⁵⁰. Le critère tiré du droit de propriété est consacré à l'article 179 AUSCGIE. Le législateur de l'OHADA ne s'est pas contenté de critère, largement inspiré des propos de C. CHAMPAUD, peut-être parce que critiqué. A côté de celui-ci, il y a celui né du droit de vote et visé par l'article 175 AUSCGIE. Ainsi, nous avons un droit de vote né de la propriété à l'alinéa 1 et un droit de vote né de la convention dans le second alinéa. Il s'agit dans cette dernière hypothèse des conventions de vote qui peuvent revêtir des formes multiples : cessions d'usufruit, gages, contrats de portages, simples

¹⁴⁶ F. STEINMETZ, "Le droit de la consommation... peut mieux faire", in J.-C. AULOIS, Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, pp.1049 et s.

¹⁴⁷ Monsieur H.-D. Modi Koko Bebey a mis en évidence les dangers de la convention intra-groupe pour les actionnaires minoritaires. M. KOKO BEBEY, La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>, consulté le 26-08-2018, à 11h 33. Pourtant, ceux-ci ne sont pas oubliés en matière de fusion V. **article 674 AUSCGIE. Il en est de même des obligataires comme le précise l'article 678 du même Acte.**

¹⁴⁸ On a toujours pensé que le groupe ne peut être composé que de sociétés. Pourtant, tels n'est pas le cas pour des auteurs tels que Y. CHARTIER et D. PORACCHIA pour qui : « le groupe peut parfaitement être constitué d'entités qui ne sont pas des sociétés. Il existe de véritables groupes associatifs qui peuvent être extrêmement puissants. Il suffit de songer ici aux fédérations internationales sportives » ; D. PORACCHIA, « Les groupes de sociétés », in Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966, sous la direction d'I.URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC, Dalloz, 2018, p.254.

¹⁴⁹ G. GURY, L'accord collectif de groupe, contribution à l'étude du droit des groupes, LexisNexis, Planète social, 2016, p.19.

¹⁵⁰ C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », RTDCom, 1967, p.1003.

engagements de vote¹⁵¹. Le législateur communautaire est en avance par rapport à son homologue français qui lui, n'a pas jugé opportun de livrer une définition du groupe de sociétés. En outre, les questions de financement des groupes, d'information des tiers, associés sont réglées à travers les comptes consolidés¹⁵².

Ainsi, le groupe peut être fondé sur des liens de détention, de contrôle ou d'influence¹⁵³. Or, dans la définition prévue à l'article 173 AUSCGIE, on s'aperçoit que le législateur de l'OHADA n'a consacré que le groupe de subordination constitué par la société mère et ses filiales¹⁵⁴. Pour le professeur Abdoulaye SAKHO, les juristes de droit privé ne se sont presque jamais aventurés sur le terrain de l'étude du pouvoir de la société dominante d'un groupe en tant que concept autonome. Ils se sont toujours limités à une notion voisine, mais ambiguë : le contrôle¹⁵⁵. Michel Storck n'écrivait-il pas que « si le pluralisme doctrinal peut être source de progrès par les réflexions et les propositions qu'il implique, en revanche la diversité légale engendre confusions et doutes quant à la réalité d'une notion ; il sera difficile d'instituer une réglementation cohérente des groupes de sociétés si l'on ne parvient pas, au préalable, à unifier le concept de contrôle sur lequel repose tout l'édifice¹⁵⁶ » ?. Le contrôle couvrirait la détention du capital, l'influence notable et le pouvoir de prendre des décisions. Et ce, pour atteindre un objectif commun. Le législateur laisserait une place non négligeable à l'ingéniosité des décideurs réservant aux tribunaux toute latitude de mettre un frein aux situations injustes ou intolérables¹⁵⁷. C'est la notion clé pour caractériser le groupe¹⁵⁸. L'auteur précise néanmoins qu'au-delà du contrôle, les règles qui s'appliquent aux groupes sont la participation, l'influence dominante, déterminante ou notable¹⁵⁹.

33. Pourtant, le groupe n'est pas qu'à structure institutionnelle. Il y a aussi l'aspect contractuel. A titre d'exemple la joint-venture, technique de rapprochement entre entreprises réalisée par voie contractuelle (les règles applicables sont celles de droit commun parce qu'il n'y en a pas de spécifiques), le consortium, groupe de coordination, en ce sens que sa cohésion et son unité intérieure ne se fondent pas sur des rapports de domination d'une société

¹⁵¹ G. GURY, *op.cit.*, p.23.

¹⁵² A. COURET, « Vers un nouveau droit des groupes ? », LPA 18 avril 1997, n°47, p. 4

¹⁵³ G. GURY, *op.cit.*, p.3, n°9.

¹⁵⁴ F. K. COMPARATO, « Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions », R.ID.C, 1978

¹⁵⁵ A. SAKHO, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », RIDE 2013/4, pp.545-555.

¹⁵⁶ (« Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés* 1986.384),

¹⁵⁷ M. PARIENTE, *op.cit.*, p. 465.

¹⁵⁸ J.PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », D.2003.2346.

¹⁵⁹ J. PAILLUSSEAU, *Ibid.*

sur l'autre ou les autres, mais uniquement sur la communauté de direction, en ce qui concerne les activités communes¹⁶⁰. Il n'est pas rare que les groupes de sociétés « greffent sur leur propre groupement unitaire un second groupement contractuel qui évite de multiplier les filiales et les investissements tout en arrivant au même résultat économique¹⁶¹ ». Ainsi, les groupes sont très souvent constitués sous forme de réseau contractuel¹⁶² ou institutionnel¹⁶³ en raison des appréciations des auteurs.

34. On doit cependant à la vérité de préciser que le droit OHADA a des dispositions consacrées aux groupements contractuels. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE en est la parfaite illustration. C'est l'exemple de la société en participation, groupement d'affaires que le professeur C. CHAMPAUD qualifie de groupement d'entreprises et plus précisément de contrats d'union¹⁶⁴. L'OHADA s'inspire donc du COCC¹⁶⁵. Remarquons que contrairement à certains auteurs européens ou africains, le professeur C. CHAMPAUD, à propos des groupes de sociétés n'opère pas une distinction entre les groupes à structures contractuels et les groupes à structures sociétaires. C'est plutôt A. SUPIOT qui s'est donné cette peine. Il s'agit d'une conception large de la définition des groupes de sociétés¹⁶⁶. En effet, C. CHAMPAUD parle plutôt de « groupements »¹⁶⁷.

35. Si la société en participation est consacrée, il n'en va pas ainsi du contrat d'entreprise pilote¹⁶⁸, des *joint-ventures* qui sont des contrats d'union¹⁶⁹. Cette situation traduit la limite de

¹⁶⁰ F. K. COMPARATO, « Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions », R.I.D.C, 1978, p.800.

¹⁶¹ C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », RTDCom, 1963, pp.451 et s.

¹⁶² Dans ce type de réseau, même s'il y a une subordination économique, il n'en demeure pas moins vrai que celle juridique est exclue.

¹⁶³ Le réseau institutionnel, contrairement à celui contractuel traduit l'idée de pouvoir. V. LOKIEC. Les critères sont le but commun partagé par les membres du réseau d'où l'idée d'organisation et l'unité de décision (maître du réseau)

¹⁶⁴ C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », RTDCom, 1967, pp.65 et s.

¹⁶⁵ Aux termes de l'article 1443 COCC abrogé par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE, le groupe de sociétés peut se constituer en société civile, commerciale, ou en participation. V. A. SAKHO, « Une nouvelle forme juridique pour la concentration économique des entreprises : le contrat de groupe, Commentaire des articles 1443 à 1448 du COCC, Revue EDJA, Oct-Nov-Déc, 1994, n°23, pp.20 et s

¹⁶⁶ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », RTDcom, 1985, p.625.

¹⁶⁷ Pourtant certains auteurs distinguent le groupe des groupements. C'est l'exemple de Yves Chartier. Selon cet auteur, si les groupes sont constitués de sociétés ayant des liens financiers, les groupements d'entreprises peuvent être composés d'entreprises individuelles, réunir des personnes physiques et morales, exister entre des sociétés ayant des associés et des dirigeants différents. A titre d'exemple nous pouvons citer le GIE, la filiale commune, la société en participation, le contrat de consortium, d'entreprise-pilote, de joint-venture, les contrat de concession, sous-traitance et de franchise. Y. CHARTIER, *Droit des affaires, sociétés commerciales*, PUF, Tome 2, 1985, p.617.

¹⁶⁸ V. F. GUIRAMAND, A. HEBRAUD, *Droit des sociétés*, DUNOD, 10^e édition 2003, Manuel et applications, p.453. Ces auteurs définissent le contrat d'entreprise pilote comme celui qui va lier plusieurs sociétés, qui vont donner un mandat à l'une d'entre elles, qui deviendra le mandataire des autres.

¹⁶⁹ Les contrats d'union sont soit temporaires (contrat d'entreprise pilote), soit durables (joint-venture).

l'influence du droit sénégalais¹⁷⁰ Pour avoir une vision globale du groupe de sociétés, il faudrait adopter une approche systémique.

2. L'exigence ou l'urgence d'une approche systémique du groupe de sociétés

36. La notion de système qui peut être défini comme un ensemble de variables reliées les unes aux autres et représentant les facettes propres d'un objet donné¹⁷¹, est employée dans le domaine industriel, en biologie, physique et en droit¹⁷². Avoir une approche systémique du groupe, c'est suivre le conseil de John T. Dunlop, pionnier de l'application de l'approche systémique aux relations industrielles selon qui les réalités du domaine industriel doivent être abordées dans leur globalité et non pas au niveau « micro »¹⁷³. Ainsi, l'insuffisance du régime juridique prévu par l'AUSCGIE n'étant plus à démontrer, le secours viendra certainement de la pratique (a), des textes nationaux et communautaires (b).

a- Les conventions intra-groupe, situations juridiques à prendre en considération

37. Les relations au sein d'un groupe peuvent être financière ou pas (convention d'assistance administrative¹⁷⁴. La première catégorie se rencontre très souvent dans le cadre d'une LBO¹⁷⁵. Pourtant, l'OHADA ignore la centralisation des opérations de trésorerie¹⁷⁶. En revanche, la question des garanties ascendantes est expressément consacrée par le législateur OHADA¹⁷⁷. L'article 507 AUSCGIE en est la parfaite illustration. En effet, l'habituel, dans la vie d'un groupe, est que la société dominante soit amenée à garantir les engagements de ses filiales ou sous-filiales¹⁷⁸. Ces garanties peuvent prendre la forme d'un cautionnement, d'une lettre de confort ou d'une garantie à première demande.. L'apport de l'OHADA serait de ranger ces différentes conventions parmi celles qui sont réglementées, interdites ou courantes. C'est pourquoi selon F. GUIRAMAND, A. HERAUD, si l'usage des conventions

¹⁷⁰ Selon l'article 1443 COCC. Cette disposition a fait dire au professeur SAKHO que le contrat de groupe n'est pas la seule technique contractuelle de regroupement du COCC. A.SAKHO, « Une nouvelle forme juridique pour la concentration économique des entreprises », op.cit., p.21.

¹⁷¹ VIATEUR LAROCHE, E. DEOM, « L'approche systémique en relations industrielles », Relations industrielles, Vol. 39, n°1, 1984, p.116.

¹⁷² V. P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1982, 353 pages.

¹⁷³ J. T. DUNLOP, *Industrial Relations Systems*, New York, Henry Holt, 1958, 399 p cité par G. HEBERT, *Traité de négociation collective*, Gaetan Morin, 1992, p.1090, n°29.4.4.

¹⁷⁴ La convention d'assistance peut aussi être financière ou commerciale.

¹⁷⁵ D. PORACCHIA, L. MERLAND, *LBO-Acquisition avec effet de levier*, Répertoire des sociétés, n°66

¹⁷⁶ P. BOUTEILLER, « Groupe de sociétés : centralisation des opérations de trésorerie », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 42, 18 Octobre 2001, p. 1658.

¹⁷⁷ C.H. CHENUT, « Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères », *Revue des sociétés* 2003 p.71.

¹⁷⁸ A. CHARVERIAT, « Garantie par une société mère des engagements de ses filiales », *RJDA* 1991 ; D. GIBIRILA, « La société caution », *Revue des sociétés*, 2011, p.663, A. VIANDIER, « Intérêt social et caution », *Revue des sociétés*, 2014, p.714.

réglementées est délicat au sein des groupes de sociétés, celui des conventions interdites strictement définies, reste la notion de convention courante conclue à des conditions normales¹⁷⁹.

Les conventions intra-groupes sont à rechercher en droit interne de la plupart des Etats membres de l'OHADA. C'est pourquoi l'article 14 de la loi portant réglementation bancaire qui dispose que les interdictions définies à l'article 13 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise puisse procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres, mérite d'être cité. C'est dire que les prêts intragroupes constituent une limite au monopole bancaire. En droit français, leur validité est conditionnée par la contrepartie reçue par la société prêteuse, le lien entre le prêt accordé et l'activité de la société prêteuse, l'absence d'abus de majorité.

38. Le risque encouru par les opérations de trésorerie c'est d'être qualifiées d'abus de biens sociaux ou d'acte anormal de gestion.

Avec l'arrêt Rozenblum, les pools de trésorerie ont été considérés comme exclusifs de tout abus de biens sociaux. Cette conception vise à instaurer un équilibre harmonieux entre les intérêts particuliers des différentes sociétés d'un groupe et les intérêts généraux du groupe¹⁸⁰. Cependant trois critères doivent être respectés : être en présence d'un groupe, l'opération litigieuse doit être dictée par un intérêt économique, social et financier commun, le concours ne doit être ni excessif, ni dépourvu de contrepartie.

39. Les critères de l'acte anormal de gestion sont le manque à gagner excessifs (appréciation quantitative), un acte non justifié par l'intérêt de l'entreprise.

Si nous lisons l'arrêt Willot, nous pouvons dire que le juge a fait référence à cette notion sans la nommer. Dans tous les cas, dans un arrêt du 16 novembre 2016, le Conseil d'Etat français a décidé, dans une affaire où une société mère a consenti une avance en compte-courant à sa filiale en difficulté, que le fait de consentir ladite avance peut être considéré comme un acte anormal de gestion si, compte tenu de la solvabilité de la filiale et du montant de l'avance, l'entreprise prend un risque qui, au regard de l'intérêt que présente pour elle l'accès de sa

¹⁷⁹ F. GUIRAMAND, A. HEBRAUD, *Droit des sociétés, Manuel et applications*, DUNOD, 10^e édition, 2003, p.462.

¹⁸⁰Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe – Forum europaeum sur le droit des groupes de sociétés, Rev. Sociétés 1999. 43.

filiale à des facilités de trésorerie, excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer la situation de son entreprise¹⁸¹

40. L'autre flux financier intra-groupe c'est le management fees¹⁸². Il arrive souvent que la société mère passe, avec chacune de ses filiales, des contrats par lesquels elle s'engage à leur fournir diverses prestations de caractère administratif ou moyennant des redevances calculées généralement en fonction d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la filiale¹⁸³

b. La convocation des textes complémentaires à ceux de l'OHADA.

41. Il s'agit des textes nationaux et communautaires. En effet, de nombreuses autres dispositions de l'Acte uniforme permettent le rapprochement d'entreprises situées dans des Etats différents. C'est le cas des dispositions relatives aux groupes de sociétés et à l'appel public à l'épargne qui montrent que le législateur semble encourager des opérations transfrontalières. Cela constitue la preuve de la volonté d'intégration économique régionale dans la réforme de l'OHADA. Il faut simplement concilier cet objectif avec les exigences d'une concurrence saine et loyale à l'intérieur du marché intégré. La réforme annoncée du droit de la concurrence devra en tenir compte¹⁸⁴. Le Professeur Mody Koko Bebey n'a pas eu tort de le préciser. C'est dire que la réglementation UEMOA et CEMAC viennent compléter celle de l'OHADA. En effet, le droit communautaire de la concurrence a pour fondement textuel le Règlement n°2/2002/CM/2002 sur les pratiques anticoncurrentielles. L'article 4.3 dudit Règlement assimile les opérations de concentration à savoir la fusion, le contrôle, la création d'une entreprise commune à un abus de position de dominante.

Au-delà de la nécessité d'avoir une approche systémique du groupe de sociétés, le législateur de l'OHADA devrait prendre en compte les évolutions notables en droit français.

B-Pour une prise en compte entière des évolutions notables en droit français

42. Les groupes de sociétés sont devenus les acteurs incontournables d'une activité économique dont l'expression dépasse très largement aujourd'hui le simple cadre de nos

¹⁸¹ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, L.G.D.J, 7^e édition, p.371, n°642.

¹⁸² D. LAFORGE, « La holding animatrice », *Droit des sociétés* n° 6, Juin 2017, dossier 12

¹⁸³ G. LHUILLIER, P. DALION, *Droit des sociétés*, Nathan, 2^e édition, 2012, p.146.

¹⁸⁴H.-D. M. KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Rev. sociétés* 2002. 255. Il est vrai qu'en 2001, l'OHADA avait émis le vœu de légiférer en matière de concurrence. Cependant, ce projet a été avorté. En outre, le rapprochement entre entreprises de la zone OHADA demeure possible au regard de l'article 199 AUSGIE.

frontières. Ces ensembles sont protéiformes, rebelles à la synthèse¹⁸⁵, même s'il est communément admis que le groupe n'a pas de personnalité juridique¹⁸⁶.

43. Depuis la loi NRE, le droit français des sociétés commerciales a beaucoup évolué et ce pour être en conformité avec les meilleures pratiques internationales. Cette évolution s'apprécie dans trois domaines : la transparence, le devoir de vigilance anti-corruption¹⁸⁷ et le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹⁸⁸. Si le voile de la personnalité juridique était souvent invoquée pour permettre à la société mère d'échapper à toute responsabilité en raison d'un préjudice causé par sa filiale, le constat fait est qu'il n'est plus imperméable¹⁸⁹. Dans cette évolution, le droit des sûretés n'est pas en reste.

44. Comme le précise un auteur, le groupe de sociétés est un navire qui réserve souvent de mauvaises surprises à ses pilotes ; ils imaginent leur vaisseau protégé par les cloisons étanches que constituent les personnalités juridiques des diverses entités, mais que la tempête survienne et leurs prévisions sont souvent déjouées¹⁹⁰. La levée de cette immunité doit être lue à l'aune de l'impact du groupe de sociétés¹⁹¹. Ainsi, l'article L225-102-1 modifié

¹⁸⁵ C.-H. CHENUT, « Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères », *Rev. sociétés* 2003. 71

¹⁸⁶ La question se pose de savoir si le groupe est une société, une personne morale sui generis, une entreprise ? selon F. K. COMPARATO, le groupe n'est certes pas une association, mais une société. F. K. COMPARATO, « Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions, RIDC, 1978, p.808 ; En parallèle avec le mouvement de personnification de l'indivision, nous préconisons la personnalité juridique ou à tout le moins le centre d'intérêts V. C. ALBIGES, *Indivision : généralités*, Répertoire de droit civil, Mars 2011 (actualisation : Mars 2019), n°36 et s. En outre, en raison de l'intérêt du groupe, nous préconisons une personnification du groupe. V. Egalement G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.* 2002. 221.

¹⁸⁷ Loi Sapin 2 du 9 décembre 2016

¹⁸⁸ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017

¹⁸⁹ L'article L512-17 du Code de l'environnement (la société mère peut être considérée comme responsable des dommages environnementaux en cas de liquidation judiciaire de sa filiale. De même, en droit de la concurrence, il y a une présomption de responsabilité de la société mère pour les pratiques anticoncurrentielles commises par leurs filiales (arrêt Akzo Nobel du 10 septembre 2009)

¹⁹⁰ A. VIANDIER, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés (Étude de deux confirmations récentes) », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 18, 1er Mai 1985, doct. 3188.

¹⁹¹ V. M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013, p.11. Selon l'auteure, alors que certaines d'entre elles (parlant des entreprises multinationales) jouent un rôle quasi politique et participent à l'action sociale, notamment éducative, d'autres, à l'inverse, contribuent au pillage des ressources naturelles qui forment la toile de fond de nombreux conflits, notamment en Afrique. Toujours selon elle, si les ETN peuvent faire valoir des droits vis-à-vis des Etats devant la CEDH, le CIRDI, elles ne peuvent ni faire l'objet de requête d'une requête pour violation des droits de l'homme, ni se voir imputer de crimes par la justice pénale internationale. Il en conclut que le recours contre les ETN reste le point faible de la justiciabilité (p.159). Dans l'arrêt Doe v. Unocal, le juge américain a étendu l'ATS aux personnes physiques et ETN. Donc, ne sont pas uniquement visés que les Etats et leurs agents. Cependant dans l'affaire Sosa, l'ATS a été encadrée au nom de la courtoisie internationale. Il s'agissait certainement d'une préparation de la jurisprudence KIOBEL. Au regard de toutes ces faiblesses et pour éviter que chaque juge, juge les violations des droits de l'homme selon son propre droit national, l'auteur préconise l'adoption d'une convention internationale sur les violations du droit international des droits de l'homme par des ETN. En attendant, la class action et l'*ombusdam* constituent des mécanismes d'effectivité de la justiciabilité et opposabilité des droits sociaux.

par l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 et son décret d'application n° 2017-1265 du 9 août 2017¹⁹², impose aux entreprises cotées : 20 millions d'euros (total du bilan), 40 millions d'euros (montant net du chiffre d'affaires), 500 salariés permanents (au-delà de ces seuils, il faut rédiger une déclaration de performance extra-financière

Le *reporting* extra-financier « consiste à mesurer la performance d'une organisation en matière de développement durable, à en communiquer les résultats puis à en rendre compte aux parties prenantes internes et externes.¹⁹³ »

En France, avant la réforme de 2017, la doctrine a été la première à prôner la consécration de la responsabilité civile des sociétés mères du fait de leurs filiales¹⁹⁴. C'est parce que l'on part du constat selon lequel puisque le groupe, dépourvu de personnalité morale, est par ailleurs dans l'incapacité juridique de trouver seul les ressources nécessaires à son action, les membres qui le composent s'y emploient individuellement¹⁹⁵. En ce sens, le droit introduit une coupure entre le pouvoir et la finance¹⁹⁶. C'est désormais chose faite en matière civile vu que le mouvement avait déjà été amorcé en matière environnementale et de concurrence. La loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés et entreprises donneuses d'ordre consacre une responsabilité pour faute personnelle¹⁹⁷. Toutes ces règles constituent un durcissement de la RSE

45. Comme évoqué précédemment, une autre évolution perceptible en droit français tient à la force engageante de la lettre d'intention. Les lettres d'intention s'utilisent le plus souvent dans le cadre d'un groupe de sociétés, une société mère confortant ainsi les engagements de ses filiales. (...) Leur portée va du simple engagement moral à l'obligation principale, en fonction

¹⁹² V. N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. sociétés* 2018. 347.

¹⁹³ J.-P. GOND et J. IGALENS, *La RSE*, PUF 2010, p. 96.

¹⁹⁴ B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés*, 2009, p.715. Voici ce qu'écrit l'auteur : « qu'une filiale d'un groupe ne puisse plus honorer ses dettes n'est pas de nature à permettre à ses créanciers d'agir contre la société mère. Or l'injustice à laquelle conduit la solution pour les tiers victimes de dommages causés par la filiale amène à reconsidérer la question » ; Adde J. SCHMEIDLER, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.*2013, p.584. L'auteur cite l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour cassation du 12 juin 2012 qui exige que l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale crée pour le cocontractant de cette dernière une apparence trompeuse. De même, toujours selon l'auteur, les exceptions au principe d'irresponsabilité de la société mère sont l'apparence, l'immixtion et la faute de la société mère.

¹⁹⁵ C.-H. CHENUT, « Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères », *Rev. sociétés* 2003. 71.

¹⁹⁶ D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Librairies techniques, 1982, n° 1 p. 11.

¹⁹⁷ V. Dossier : *Le devoir de vigilance*, *Droit social* 2017. 792.

de leur rédaction¹⁹⁸. C'est dire qu'elle porte en elle une multitude de questions et fait appel à de nombreuses théories fondamentales issues des droits et obligations et des sociétés, mais aussi à des notions complexes, dynamiques comme la commune intention des parties, la volonté, la loyauté ou la bonne foi. Il serait bien dommage qu'elle disparaisse du paysage juridique¹⁹⁹. Le vœu de cet auteur a été exaucé car malgré les inconvénients de cette pratique, la lettre d'intention a fait son entrée dans le code civil²⁰⁰. Mais bien avant cela, rappelons que c'est la Cour de cassation, dans sa décision du 21 Décembre 1987 qui a précisé la nature contractuelle de la lettre d'intention. La problématique qui sous-tend la lettre d'intention c'est celle de la portée de cet engagement : celui-ci n'a-t-il qu'une valeur morale ou est-ce un vrai cautionnement ? La Cour de cassation, dans l'arrêt précité a décidé qu'une lettre d'intention acceptée par son destinataire eu égard à la commune intention des parties constitue un engagement contractuel, de faire, de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation de résultat. En 1990, la Chambre commerciale de la cour de cassation, dans un arrêt du 23 Octobre, a décidé que la lettre d'intention est une garantie au sens du droit des sociétés. Ainsi, s'il s'agit d'une obligation de faire, il faut une autorisation du conseil d'administration.

46. Face à toutes ces évolutions quelle est la position de l'OHADA ? Sans trop se faire d'illusions, remarquons que les juges ne cessent, relativement au groupe de sociétés, de rappeler le principe de l'autonomie juridique des entités le composant²⁰¹. En ce qui concerne la lettre d'intention, le législateur n'en a consacré qu'une seule catégorie : la lettre d'intention n'ayant qu'une valeur morale. Et pourtant, dans ce domaine, la diversité est de mise car à côté de la catégorie précitée, il y a une lettre d'intention qui constitue un véritable cautionnement, celle qui comporte une obligation de faire ou de ne pas faire²⁰². D'ailleurs, même la position de la CCJA peut surprendre, elle qui a constaté dans son arrêt, que malgré le fait qu'une société mère ait fourni une lettre de garantie de bonne fin, la délégation de loyers par laquelle le loueur accepte de déléguer les loyers à lui revenir de son contrat de location, n'est ni un cautionnement, ni un aval, ni une garantie au sens de l'article 449 de l'AUSCGIE²⁰³. S'il est

¹⁹⁸ J.-C. ASFOUR, J.-L. MALARD, *La gestion du risque client à l'international*, Le MOCI, 2003, pp.38-39. Les auteurs précisent que non seulement une lettre de confort peut être émise par un particulier, mais également par une société n'ayant aucun lien capitalistique avec une autre.

¹⁹⁹ M. PARIENTE, « Les lettres d'intention », in Mélanges Y. GUYON, p.879.

²⁰⁰ V. P. Le Cannu, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », RTD com. 2006 p. 421.

²⁰¹ CCJA, 1^{er} ch., n°239/2018 du 29 novembre 2018, inédit

²⁰² En droit français, depuis l'ordonnance de 2006, seule cette dernière situation s'apprécie en une lettre d'intention. V. PH. SIMLER, « Le nouvel article 2322 du Code civil et le régime de la lettre d'intention », Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires 2008

²⁰³ CCJA, 9 juin 2016, BTICI-TOGO SA contre Société Togo Terminals, *inédit*

vrai que la CCJA ne s'est pas prononcée sur cette question parce qu'elle ne lui a certes pas été posée²⁰⁴, nous pensons être en présence d'une lettre d'intention dans la mesure où dans celle-ci, le souscripteur s'engage à permettre au débiteur d'exécuter ses obligations vis-à-vis du créancier. La lettre de garantie de bonne fin n'avait pas en l'espèce un autre but.

CONCLUSION

Aux termes de cette étude force est de constater que la notion de contrats d'affaires est très usitée certes, mais peu conceptualisée, voire théorisée. C'est une platitude que de rappeler la difficulté à l'appréhender ; laquelle ne signifie guère que nous sommes en présence d'un concept rétif à toute analyse. S'il est vrai que le polymorphisme des contrats d'affaires a pour conséquence la difficulté de leur systématisation, il ne devrait pas sonner comme un dédouanement de la communauté épistémique dans la mesure où des efforts notables consentis par le législateur de l'OHADA sont à relever. Pour s'en convaincre, il n'est que de s'imprégner du SYSCOHADA révisé qui prévoit un tant soit peu des règles dédiées au contrat de franchise, de concession et de sous-traitance. Ces efforts ne seront pas vains dans la mesure où une frange de la doctrine en a conscience²⁰⁵. Sur ce plan, elle n'a fait que remplir sa fonction traditionnelle dogmatique et de systématisation²⁰⁶. Cette posture entraînera-t-elle pour conséquence le retour en force de l'innommé en matière contractuelle ?²⁰⁷ Rien ne permet de l'affirmer. Dans tous les cas, si l'on souhaite y arriver, on devrait passer d'une approche dogmatique à une approche empreinte de scientificité²⁰⁸.

²⁰⁴ Le propos doit être relativisé en raison du pouvoir d'évocation de la CCJA d'une part et de la condamnation in solidum de la CIAGEP, souscriptrice de la lettre de garantie de bonne fin.

²⁰⁵ V. J. GATSI, « Filiale, succursale, groupe de sociétés », in Encyclopédie du droit OHADA, pp.802 et s.

²⁰⁶ Ce faisant, elle classe, définit et rend plus cohérent. V. M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC, 2010, n°1, p.383.

²⁰⁷ D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », D.2000, 331.

²⁰⁸ V. P. ORIANNE, *Apprendre le droit. Eléments pour une pédagogie juridique*, Paris-Bruxelles, Edition Frison-Roche et Labor, 1990, 330 pages.

Publié officiellement sur le site de la **Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique** (Afrilex) : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>

Relayé par [Légibénin](#), site d'information juridique et de recherche juridique au Bénin