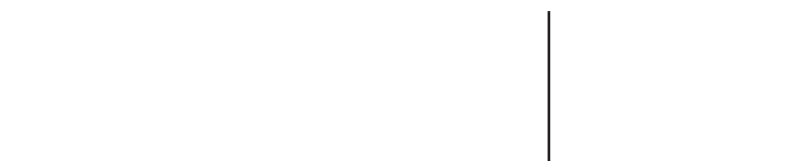


# LA VULNERABILITE DANS LE DROIT DES AFFAIRES OHADA ???

**YOLI BI MANH**

Enseignant-chercheur à l'UFR SJAG  
De l'Université Alassane OUATTARA de Bouaké

---



## PLAN

### I. LA VULNERABILITE PREVENUE

#### A. LA CONSÉCRATION DE L'INAPTITUDE DES INCAPABLES

1. Le mineur non- émancipé
2. Le majeur incapable

#### B. LA RECONNAISSANCE DE L'INAPTITUDE EN PRÉSENCE DE LA CAPACITÉ

1. La protection de la vulnérabilité économique
2. La protection de la vulnérabilité liée à une situation contractuelle

### II. LA VULNERABILITE SECOURUE

#### A. LE SECOURS DES JURIDICTIONS CIVILES

1. L'invalidité des actes accomplis
2. L'inopposabilité des actes accomplis

#### B. LE SECOURS DU JUGE RÉPRESSIF

1. La pluralité des moyens de soutien
2. L'indifférence des sanctions de droit commun

## INTRODUCTION

En disant que « Le droit commercial est le droit des forts », Thaller soulignait déjà la nécessité de disposer d'une certaine vigueur pour exercer le commerce<sup>1</sup>. La vulnérabilité évoquant le droit de la protection des faibles<sup>2</sup>, son étude dans le droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) n'est pas surprenant au regard de la position de certains auteurs qui soutiennent que, « *la vulnérabilité peine à s'imposer dans le foisonnement du droit national. Le mot sent l'Europe, les droits de l'homme, le droit mou* »<sup>3</sup>. En effet, il nous semble inexact de penser que la protection des personnes vulnérables n'est pas appréhendée par le droit affaires OHADA croyant que ce droit suppose régir les relations entre personnes averties, parlant le même langage, évoluant dans une connaissance partagée du monde des affaires<sup>4</sup>. Ce concept bien que peinant à

1 E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1936, p. 35 et s. voir E. BOKALLI, « Le commerçant », in encyclopédie OHADA, Lamy, 2011, p. 527.

2 J.P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in, F. COHET-CORDEY, la vulnérabilité et le droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, Grenoble, PUG, 2000 p.243-264.

3 TH. FOSSIER, « peut-on légiférer sur la vulnérabilité » ? Dr.fam.2011, Dossier 2.

4 La vulnérabilité de l'investisseur. Consultable en ligne, 1<sup>er</sup> mars 2021.

, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2009\\_3408/etude\\_person](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_person)

accéder au rang de notion technique opératoire, sous-tend manifestement bon nombre de dispositions issues des Actes Uniformes<sup>5</sup> justifiant que l'on s'intéresse au sujet<sup>6</sup>.

Dans le langage courant, la vulnérabilité évoque la fragilité, la faiblesse d'une personne par rapport aux autres. Cette acception correspond d'ailleurs à la définition académique de la vulnérabilité : caractère de ce qui est vulnérable, fragile<sup>7</sup>. Apparue en 1836 sous la plume d'Honoré de Balzac, le terme « vulnérabilité » renvoie à ce qui est vulnérable<sup>8</sup>.

Or est vulnérable, au sens propre, ce qui peut être blessé, atteint, frappé par des coups, par un mal physique<sup>9</sup>. L'adjectif s'applique en ce sens à un être animé ou une partie du corps exposée aux blessures, aux coups et par extension à la douleur physique, à la maladie. Dans un second sens, acquis au milieu du XIXe siècle, l'adjectif vulnérable qualifie une chose concrète qui peut être attaquée, atteinte facilement, avec succès, qui offre une cible aux coups de l'adversaire. Enfin, au sens figuré, l'adjectif peut s'appliquer à une personne, une partie de sa personnalité ou à une chose abstraite. Ainsi en est-il d'une personne très sensible, qui donne prise aux attaques morales, aux agressions extérieures et qui les ressent douloureusement, d'une chose discutable par ses insuffisances, qui prête à la critique, qui présente des imperfections ou des insuffisances, au sens d'attaquable, critiquable<sup>10</sup>.

5 Article 6, 7 AUDCG, articles 52, 53 AUPC, article 13 et 40 AUS.

6 La constitution ivoirienne de 2016 en son article 32 dispose que, « L'Etat s'engage à garantir les besoins spécifiques des personnes vulnérables. Il prend les mesures nécessaires pour prévenir la vulnérabilité des enfants, des femmes, des mères, des personnes âgées et des personnes en situation de handicap. Il s'engage à garantir l'accès des personnes vulnérables aux services de santé, à l'éducation, à l'emploi, à la culture, aux sports et aux loisirs ».

7 L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de la vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat, Limoges, 2004. P. 6.

8 Il existe plusieurs travaux sur la question de la vulnérabilité on ne saurait vraiment être exhaustif. Not. F. Cohet-Cordey(ss.dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000 ; F. Rouvière (ss.dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, Études de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2011 ; *Vulnérabilités, handicap et droit des incapacités aux nouvelles capacités*, Journée notariale de la personne et des familles (20 janv. 2010), RLDC, juill.-août 2010, supplém. n° 73. -Encore : L. Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse Limoges, 2004 ; V. Gittard, *Protection de la personne et catégories juridiques, Vers un nouveau concept de vulnérabilité*, thèse Paris II, 2005 ; Cl. Lacour, *Vieillesse et vulnérabilité*, thèse Toulouse I, 2006, PUAM, 2007 ; S. Zouag, *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs, une notion en devenir*, thèse Lyon III, 2015 ; M. Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, thèse Bordeaux, 2015 ; J. Dugne, *Essai sur la vulnérabilité du majeur en droit privé*, thèse Montpellier, en préparation, dir. F. Vialla.-Aussi : B. Lavaud-Legendre, *La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même: les contradictions d'un «droit de la vulnérabilité» en construction*, RDSS 2010-3, p. 520 ; B. Beignier, *Synthèse, in Vulnérabilités, handicap et droit des incapacités aux nouvelles capacités*, RLDC juill.-août 2010, suppl. n° 73, p. 76 ; B. Delabre, *D'une incapacité, créer de nouvelles capacités in vulnérabilité, handicap et droits des incapacités*, RLDC juillet-août 2000, suppl. n°73, p. 76, p.8

9 M. BLONDEL, *La vulnérabilité en droit international*, thèse, Bordeaux 2015 p.28.

10 Cette définition du terme vulnérable contenue dans quatre dictionnaires : Institut national de la langue française, B QUEMADA (Sous-dir.), *Trésors de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIXe et XXe siècle 1789-1960*, Paris, Gallimard, 1994 ; Le Grand Robert, ; Larousse, L. GUILBERT, R LAGANE, G. NIOBEY (Sous-dir.), *Grand dictionnaire des lettres, Grand Larousse de la langue française en sept volumes*, Paris, Larousse, 1986 ; E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1967.

La vulnérabilité n'est donc pas universelle, mais au contraire, éminemment relative et contingente. La menace d'une blessure ne plane pas uniquement sur l'être humain<sup>11</sup>. La vulnérabilité appliquée à l'animal va de soi car, il est considéré pour ce qu'il est en fait, un être vivant, et non pour ce qu'il est en droit : « L'animal n'est « être » que sous l'angle de la sensibilité »<sup>12</sup>. Mais si le terme blessure est pris dans son sens moral, la vulnérabilité ne concerne, parmi ces êtres vivants, que les hommes et exclut les animaux<sup>13</sup>. En effet, toutes les personnes physiques sans exception sont susceptibles de connaître les mêmes causes de vulnérabilité, même si elles ne les connaissent pas toutes effectivement. C'est d'ailleurs, à la personne physique que l'on pense naturellement lorsque l'on évoque l'idée de vulnérabilité<sup>14</sup>. Toutefois, elle est une notion émergente en droit privé. C'est en droit

11 Des auteurs soulèvent le problème de la personnification de l'animal comme condition de la reconnaissance de sa vulnérabilité pour l'écartier : « plutôt que de heurter cette distinction immuable, n'est-il pas préférable de voir dans les choses vulnérables, des choses spécifiques impliquant une protection propre et indépendante de toute personnification ? ». Et plus loin, p. 71 : « En réalité, la nature vivante et sensible de l'animal demeure parfaitement compatible avec celle de chose » Mme Suzanne Antoine défend la soumission de l'animal au droit des biens avec la création de nouvelles catégories juridiques : les « organismes vivants » et les « biens naturels », In : L'animal et le droit des biens : D. 2003, Chron. pp. 2651-2654

12 S. ANTOINE, Les « organismes vivants » et les « biens naturels », In : L'animal et le droit des biens : D. 2003, Chron. pp. 2651-2654.

13 S'agissant de l'être humain non né, il était possible de l'exclure a priori de notre étude comme le dit BLONDE, : il n'est pas une personne physique à part entière nonobstant certains effets de la personnalité juridique qui lui sont parfois octroyés par le droit. Son statut est particulier. Cela dit, sa qualité de personne physique potentielle mérite qu'il soit évoqué, bien que la notion de vulnérabilité, telle qu'elle est aujourd'hui appréhendée par le droit, a peine à s'adapter à cet être spécifique. voir : P MALAURIE, L. AYNES, Les personnes, les incapacités, Paris, Defrénois, 2003, n° 6 p. 11 et n° 300 pp. 104 s. ; S. JOLY, Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain : Droit de la famille, n° 10, octobre 2001, Chron. 22, pp. 9-15 ; Claire NEIRINCK, L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ? D. 2003, Chron. pp. 841-845 ; M. BLUMBERG-MOKRY, L'embryon humain aux prises avec le droit : L.P.A. 2003, n° 48, pp. 12-19.

14 Le droit ne semble pas s'intéresser à la personne morale sous l'angle de la vulnérabilité. Il est vrai cependant que l'on pouvait imaginer une période légale pendant laquelle une société commerciale est considérée comme vulnérable. Notamment avant ou lors de la période suspecte, de la période d'observation. Cependant, l'organisation juridique de cette vulnérabilité de la société vise plus la protection des tiers, clients, créanciers, salariés que celle de la société elle-même directement. On peut aussi songer à la vulnérabilité cognitive d'une petite société, d'une association ou d'un syndicat face à des entités plus puissantes économiquement ou juridiquement. L'abus de puissance économique d'une société sur le marché peut également révéler la vulnérabilité d'entreprises plus petites qui en sont victimes. Mais, ainsi que le note justement un auteur, la protection contre l'exploitation abusive par une entreprise de la dépendance économique d'une autre vise la protection du marché et non celle directement de l'entreprise victime : M.L. IZORCHE, La genèse du délit d'abus de faiblesse, In : Equipe de recherche sur la politique criminelle, Ch. LAZERGES (Sousdir.), Réflexions sur le nouveau Code pénal, Paris, Pédone 1995, pp. 107-119, p. 113.

pénal qu'elle apparaît en premier lieu et qu'elle demeure aujourd'hui encore principalement présente<sup>15</sup> même si elle semble trouver un terrain favorable en droit des contrats<sup>16</sup>.

Mais la vulnérabilité, c'est-à-dire « l'aptitude à être blessé », est bien présente dans le droit des affaires OHADA; lequel regroupe plusieurs matières dont une liste non exhaustive est prévue par l'article 2 du traité instituant le traité de l'organisation<sup>17</sup>. De toute évidence l'appellation droit des affaires qui se veut plus moderne, a remplacé celle de droit commercial selon la doctrine<sup>18</sup>. Mais au-delà du phénomène de mode, il faut y voir le souci des initiateurs du traité de mieux rendre compte des réalités économiques en ayant une vision plus globale de la vie juridique<sup>19</sup>. L'expression « *droit des affaires* » de plus en plus utilisée envoie sans doute à l'ensemble des règles concernant les activités de production, d'échanges effectués par les entreprises commerciales<sup>20</sup> y compris tous les acteurs de la vie économique. Cette terminologie fait apparaître que toute question à sa réponse dans les principes trouvant leur source dans des disciplines multiples. Il est remarquable qu'elle est peu satisfaisante car, trop générale et désignant tout le droit privé à l'exception du droit de la famille<sup>21</sup>. En dépit de ces observations, évoquer la notion de vulnérabilité dans le droit des affaires fait penser à la petite entreprise économiquement vulnérable face à ses cocontractants, mais également à toute personne, physique ou morale, qui s'exposerait dangereusement en engageant un capital qui lui est nécessaire, en se portant caution pour permettre la poursuite de l'activité d'une entreprise qu'elle dirige ou en procédant à des investissements non compatibles avec ses capacités financières<sup>22</sup>. La vulnérabilité apparaît ainsi comme une notion toute relative puisqu'elle dépend de l'aptitude de l'individu à se défendre. Même un investisseur de sommes très modestes sera vulnérable si ce qu'il engage n'est pas à la mesure de ce qu'il possède. Est vulnérable celui qui prend un risque lourd et la lourdeur de ce risque sera naturellement fonction des épaules qui le supportent<sup>23</sup>. Dans le droit des affaires OHADA, la personne vulnérable sera donc celle qui se trouve anormalement exposée à prendre des risques inconsidérés.

15 Elle apparaît pour la première fois dans le Code pénal grâce à la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs par le biais de la notion de personne vulnérable. Cette loi érigeait en circonstance aggravante du viol et de l'attentat à la pudeur le fait que la victime soit « une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale.

16 En particulier en droit des contrats, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 13 janvier 1999 retient qu'une personne vulnérable, en l'espèce l'ancienne adhérente d'une secte, séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, peut être victime d'une violence morale.

En outre, lorsque dans l'édition de l'année 2000 de son ouvrage de droit civil sur les personnes le doyen Carbonnier consacre un paragraphe à la particulière vulnérabilité, une évolution quant à l'extension possible de la notion se dessine. La notion pénale est appliquée au droit civil, en référence à l'article 1112 du Code civil. Selon cet auteur, le mot vulnérabilité évoque une exceptionnelle sensibilité aux coups et blessures du corps et de l'esprit, un défaut de défense plus grand que dans la moyenne des humains. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, P.U.F., Thémis, Coll. Droit privé, 22e éd., 2000, p. 296. Le terme de vulnérabilité figure même à l'index de l'ouvrage p. 144.

17 Il s'agit de l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécutions, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et de toute autre matière que le conseil des ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure.

18 D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>e</sup> éd. Sirey 2018, p. 4.

19 D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>e</sup> éd. Sirey, 2018 op. cit. p. 4.

20 B. HESS-FALLON, A. M. SIMON, *Droit des affaires*, Sirey 20<sup>e</sup> 2017, p. 4.

21 D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>e</sup> éd. op. cit. p. 4.

22 L. DUTHEIL –WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse Limoges, 2004 p. 18 ets.

23 L. DUTHEIL –WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, op. cit. P. 18.

Réfléchir sur la vulnérabilité dans ce domaine semble intéressant à plus d'un titre. D'une part, en droit étranger, la notion est accueillie largement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière y a recouru lorsqu'elle est amenée à interpréter certains articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>24</sup>. En plus, y recourir permet de dépasser les classifications traditionnelles portant sur la nature de l'acte et la qualité des parties à savoir le critère fuyant de la commercialité. En outre, la constitution ivoirienne de 2016, le code du travail de 2015, la loi n°2016-412 du 15 juin 2016, relative à la consommation envisagent la protection des personnes vulnérables. Des législations étrangères se soucient de la protection de cette catégorie de personnes telle que la loi allemande du 12 septembre 1990, met d'avantage l'accent sur la protection que sur l'incapacité de la personne<sup>25</sup>. La notion de personne vulnérable semble plus appropriée que celle d'incapacité<sup>26</sup>. Subsidièrement, la vulnérabilité apparaît comme un élément correcteur du déséquilibre des forces entre les parties, un facteur de l'équité contractuelle<sup>27</sup>.

D'autre part, la nécessité de protéger les personnes vulnérables contre les atteintes qu'elles pourraient subir du fait de leur grande faiblesse semble s'imposer. Ainsi, dans le domaine médical ou biomédical, la vulnérabilité de la personne est une préoccupation récurrente, notamment en ce qui concerne les problèmes liés à la pratique d'actes de médecine d'exception<sup>28</sup>. Cependant, si la nécessité de protéger les personnes vulnérables s'impose, sous la plume doctrinale, comme fondement sociologique à toute une série de dispositions protectrices, cette référence à la vulnérabilité n'a a priori aucune signification juridique. Elle dénoterait simplement l'aspect «utile» d'un terme fédérateur en ce qui regroupe un ensemble de situations de faiblesses analogues donnant lieu à une protection juridique sous différentes formes. Le plus souvent, le droit protège des catégories de personnes vulnérables sans avoir recours au terme expressément. Seule l'analyse permet de reconnaître la vulnérabilité derrière ces dispositions. La vulnérabilité recouvre une matérialité que le droit prend en compte à travers d'autres notions telles que celles de faiblesse, de dépendance, de l'âge ou la maladie ou encore la fragilité psychologique. Dès lors que le droit se préoccupe de ces personnes faibles, dans l'hypothèse où leur état ou leur situation les expose à un risque particulier d'atteinte, l'abstract de vulnérabilité est présent<sup>29</sup>.

L'analyse du sujet invite à réfléchir sur les mécanismes de protection de la vulnérabilité. L'absence de la notion peut-elle conduire au rejet de son appréhension ? Dans la négative, quelles sont les mécanismes de protection ? La notion d'incapacité recouvre-t-elle la vulnérabilité ? Le droit des affaires OHADA ne prévient-t-il pas la vulnérabilité ? La liberté d'entreprendre peut-elle justifier le défaut de protection de la vulnérabilité ?

24 J. P MARGUENAU, *La Cour européenne des droits de l'homme, Paris, Connaissance du droit*, Dalloz, 2e éd., 2002, p.1 et *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Que sais-je ? P.U.F., 5e éd., 2002, p. 3.

25 T. VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français » ? J.C.P 1993., éd. N., I. pp. 396-402, p. 396.

26 B. HOHL, M. VALDING, « Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand » ? Gaz. Pal. 2000, mars-avril, Doctr. pp. 634-635.

27 D. LEKEBE-OU MOUALI, « La vulnérabilité des parties dans les contrats consacrés par l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général », *Annales africaines nouvelles séries*, janvier 2019, n° spécial p. 283.

28 Relevant de techniques hors norme, par opposition aux actes relevant de la médecine ordinaire, qui sont des actes médicaux ordinaires. L. DAUBECH, « Les formes légales du consentement » : Gaz. Pal. 1999, I, Doctr., Colloque, « Le consentement aux actes médicaux », pp. 19-26.

29 L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse Limoges 2004, p. 41 et s.

La réflexion fait apparaître que même si la notion n'est pas consacrée par les rédacteurs des actes uniformes, les fonctions assignées à la vulnérabilité s'y retrouvent. En effet, il est donné de constater que la vulnérabilité est protégée à travers d'une part, l'affirmation de l'incapacité des incapables à exercer le commerce<sup>30</sup>, la prohibition de certains types de sociétés entre les époux<sup>31</sup>, l'assistance des témoins illettrés<sup>32</sup>, la restriction de la liberté du débiteur soumis à une procédure collective<sup>33</sup>. D'autre part, en soumettant à des sanctions les actes accomplis par toutes ces catégories de personnes, le droit des affaires entend secourir la vulnérabilité. Ces différents éléments montrent que la vulnérabilité dans le droit des affaires OHADA est à la fois prévenue (I) et secourue (II).

## I. LA VULNERABILITE PREVENUE

La prévention de la vulnérabilité dans le droit des affaires se manifeste par la consécration de l'incapacité des incapables (A) et par la reconnaissance de l'incapacité en présence de la capacité de certains majeurs (B).

### A. LA CONSÉCRATION DE L'INCAPACITE DES INCAPABLES

Selon l'article 6 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, (AUDCG) « *nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ». La mise en œuvre de cette disposition conduit à disqualifier de la profession commerciale le mineur non-émancipé (1) et le majeur incapable (2).

#### 1. Le mineur non-émancipé

« Est mineur, la personne qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans accomplis »<sup>34</sup>. Le terme mineur est parfois l'équivalent de l'enfant<sup>35</sup> ; lequel est « *Tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* »<sup>36</sup>. Un tel enfant ne peut ni accomplir les actes de commerce ni acquérir la qualité de commerçant sauf s'il est émancipé<sup>37</sup>. Celle-ci affranchit le mineur de l'autorité parentale ou de la tutelle, le rend capable d'accomplir tous les actes de la vie civile y compris les actes de commerce à certaines conditions<sup>38</sup>. Au Bénin l'émancipation n'a aucune incidence sur la capacité à exercer le commerce<sup>39</sup>. Il s'ensuit que quelque soit l'âge, le mineur ne peut devenir commerçant ni faire occasionnellement des actes de commerce. Une telle position appelle des observations.

30 Article 6 AUDCG.

31 Article 8 AUDSC.

32 Article 14 AUS.

33 Articles 11, 52, 53 AUPC

34 Article 1<sup>er</sup> de la loi n°2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité. Cette définition est retenue par le législateur français, Togolais béninois etc.

35 Article 259 de la loi n° 2012-014 du 6 juillet 2012 portant code des personnes et de la famille du Togo.

36 Article 1<sup>er</sup> de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant Nations Unies, du 20 novembre 1989, Assemblée générale, Résolution 44/25 Selon Article 2 de la Charte Africaine et du Bien-être de l'enfant, Addis-Abeba, juillet 1990. « L'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans ».

37 Selon l'article 7 alinéa 1 de l'AUDCG, « Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de de commerçant ni effectuer des actes de commerce ».

38 Article 119 de la loi relative à la minorité.

39 Selon l'article 539 du code des personnes et de la famille du Bénin, « Le mineur, même émancipé, ne peut pas faire le commerce ».

Le mineur étant tout individu qui n'a pas atteint la majorité, il est évident qu'on ne peut pas traiter de la même façon un enfant de trois ans et un jeune homme de 16 ou 17 ans<sup>40</sup>. Cette observation a conduit à la distinction entre *l'infans*, le mineur capable de discernement, et le grand adolescent. Traditionnellement *l'infans*, renvoie à l'enfant de moins de sept ans. Il ne peut accomplir aucun acte juridique et doit être intégralement représenté<sup>41</sup>. Toutefois, il peut être tenu pour responsable personnellement de ses fautes sur le fondement de l'article 1242 du code civil s'il cause un dommage à autrui. En droit ivoirien, « *Le mineur engage son patrimoine par ses délits, ses quasi-délits et son enrichissement sans cause* »<sup>42</sup>. Mais ses père et mère sont également directement responsables des dommages causés par l'enfant même sans faute de leur part en tant qu'ils exercent l'autorité parentale<sup>43</sup>.

Concernant le mineur capable de discernement, l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant dispose que « *Les Etats garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* »<sup>44</sup>. La notion de capacité de discernement n'étant pas liée à un âge déterminé, elle peut varier selon les cas. Le code civil a pris en considération cette capacité en permettant l'audition du mineur capable de discernement dans toute procédure le concernant<sup>45</sup>.

Quant au grand adolescent, il peut avoir une certaine activité juridique. Il a même été suggéré au législateur français de créer une pré-majorité<sup>46</sup> au cours de laquelle, cet enfant pourrait exercer seul un certain nombre de prérogatives sauf opposition du représentant légal<sup>47</sup>. Ce grand mineur peut accomplir plusieurs actes de la vie courante y compris certains actes d'administration avantageux<sup>48</sup>. Depuis la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, le mineur peut être un entrepreneur individuel à responsabilité limitée qui permet de se constituer un patrimoine séparé, affecté à une activité donnée sans création d'une personne morale<sup>49</sup>.

En droit des affaires OHADA, le mineur non-émancipé ne peut en aucun cas, exercer la profession commerciale<sup>50</sup>. Il ne peut non plus être associé dans une société dans laquelle il serait tenu solidairement et indéfiniment des dettes sociales<sup>51</sup>. Notamment être un associé

40 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, biens, personnes famille*, Sirey, 20<sup>e</sup> 2018, p.501.

41 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, biens, Personne, Famille*, op.cit., p. 501.

42 Article 36 de la loi de 2019 relative à la minorité.

43 Article 1384 alinéa 3 du code civil, voir également section de tribunal de Katiola, jugement n°6 du 5/03/1987, in CNDJ /Rec, 1996 n°2, p. 4.

44 Article 12 alinéa 2 de la Convention des Nations Unies relatives aux Droits de l'Enfant, ratifiée et publiée respectivement par les décrets n°s 1162 et 1163 du 28 septembre 1990, JO n°41 du 25 octobre 1990 pages 349 et 350.

45 Article 388- 1 du code civil, L. n°2007-293 du 5 mars 2007.

46 L'âge pourrait varier entre 14 et 18 ans.

47 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, biens, Personne, Famille*, op. cit. p. 501.

48 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op cit*, p. 501

49 La précision qu'il doit s'agir d'un mineur de seize ans a été apportée par l'article 32 de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012.

50 Article 7 AUDCG.

51 Article 9AUDSC.



dans les sociétés en nom collectif<sup>52</sup>, ou commandité dans les sociétés en commandite simple<sup>53</sup>. Cette prohibition de l'exercice de l'activité commerciale est justifiée.

D'un côté, les actes de commerce sont des actes juridiques ; lesquels sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit<sup>54</sup>. Or le jeune âge constitue en lui-même un facteur de vulnérabilité, puisque l'enfant, immature et inexpérimenté par nature, ne peut se défendre à armes égales avec un adulte. Ce constat a conduit à la mise en place d'un statut juridique protecteur : la minorité<sup>55</sup>. Aux termes de l'article 32 de la loi relative à la minorité, « *Le mineur est incapable d'accomplir seul les actes de la vie civile* ». Pour tous ces actes, il est nécessairement représenté par un administrateur légal ou par un tuteur<sup>56</sup>. Notamment pour les actes d'administration et de disposition. Ce faisant, il ne peut pas être commerçant car, « *Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession* »<sup>57</sup>. Mais en plus de l'accomplissement des actes de commerce, le candidat doit être indépendant. Au demeurant, l'acquisition de la qualité de commerçant requiert à la fois l'accomplissement d'actes de commerce par nature à titre de profession<sup>58</sup> et l'indépendance. Or, le mineur représenté dans tous les actes de la vie courante n'est pas indépendant. Par conséquent, il ne saurait valablement exercer le commerce.

De ce point de vue, la notion de vulnérabilité semble d'aucune utilité sur le plan juridique car, la référence à la minorité est suffisante et plus précise. En effet, contrairement à la vulnérabilité, la minorité implique un statut juridique défini assorti d'un régime protecteur stable<sup>59</sup>.

D'un autre côté, les actes susceptibles d'être passés par le mineur peuvent avoir un contenu patrimonial ou extrapatrimonial. Mais s'il est admis que les actes extrapatrimoniaux tels que le mariage ou la reconnaissance d'un enfant sont intrinsèquement personnels et ne peuvent être accomplis que par l'incapable lui-même<sup>60</sup>, les actes patrimoniaux, en revanche, sont soumis à une réglementation stricte. Aussi, la validité de l'acte dépend-t-elle de la catégorie à laquelle il appartient. Les actes conservatoires ayant pour but d'assurer la conservation du patrimoine du mineur peuvent être accomplis y compris certains actes d'administration destinés à assurer la gestion du patrimoine<sup>61</sup>. Les actes de disposition conduisant à la suppression d'un bien du patrimoine du mineur exigent la représentation<sup>62</sup>.

A cet égard, le mineur non-émancipé, en raison de son âge qui présume de manière irréfragable sa vulnérabilité, est exclu de l'activité commerciale. Cette incapacité du mineur non-émancipé s'étend au majeur incapable.

52 Article 270 AUDSC.

53 Article 293 AUDSC.

54 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd. puf 2016, p. 21.

55 En droit pénal le jeune âge est pris en compte. En effet, l'article 404, 2° du code pénal ivoirien punit d'un emprisonnement à vie si le crime est commis sur un mineur ou sur une personne dont la vulnérabilité est due à son âge à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ou connue de l'auteur ; loi n°2019-574 du 26 juin 2019, J0 n°61 spécial du mercredi 10 juillet 2019.

56 Article 33 de la loi relative à la minorité

57 Article 2 AUDCG.

58 Article 2 AUDCG.

59 Voir la loi de 2019 relative à la minorité.

60 M. DOUCHY-OU DOT, *Droit civil 1<sup>re</sup> année, personnes, Famille, Dalloz*, 9<sup>e</sup> éd. 2017, P. 286.

61 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op cit*, p. 501

62 Idem.

## 2. Le majeur incapable

Contrairement au mineur, le majeur est toute personne physique qui a atteint la majorité<sup>63</sup> ; laquelle est fixée à dix-huit ans accomplis<sup>64</sup>. « *A cet âge chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance sauf s'il est déclaré incapable* »<sup>65</sup>. Est désigné sous le vocable de majeur incapable, les malades mentaux ou les faibles d'esprit qui font l'objet d'une mesure de tutelle<sup>66</sup>. En droit ivoirien, tout majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides<sup>67</sup>. Un tel interdit étant assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens, est soumis au régime juridique de la tutelle<sup>68</sup>. Conséquemment, il ne peut exercer l'activité commerciale car, seules les personnes jouissant d'une pleine capacité juridique peuvent être commerçantes<sup>69</sup>. En France, le régime de protection des majeurs a été profondément modifié par la loi du 5 mars 2007. Cette loi distingue quatre régimes, la tutelle, la curatelle, la sauvegarde de justice et le mandat de protection future.

La personne sous tutelle étant nécessairement représentée de manière continue dans tous les actes de la vie civile, ne peut exercer le commerce ; son tuteur ne peut le faire pour son compte<sup>70</sup>. La personne placée sous curatelle, n'est pas hors d'état d'agir elle-même. Elle a besoin d'être assistée et contrôlée dans les actes importants de la vie civile. Un tel majeur a besoin d'une autorisation pour les actes portant atteinte à son patrimoine. Il n'est pas en principe interdit d'exercer le commerce. Mais un tel état semble incompatible avec l'exercice de l'activité commerciale<sup>71</sup>. La personne sous sauvegarde de justice, conserve l'exercice de ses droits. Mais le juge peut confier la gestion de son patrimoine à un mandataire. Une telle mesure ne s'oppose pas à l'exercice du commerce. Mais les actes effectués peuvent être rescindés pour lésion ou réduits pour excès compte tenu de sa fortune, de la bonne ou mauvaise foi des tiers avec lesquels il traite et de l'utilité de l'acte<sup>72</sup>.

Le mandat de protection future, permet au mandataire d'accomplir tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation<sup>73</sup>. Il s'ensuit que son bénéficiaire ne peut pas exercer le commerce.

La justification de l'interdiction de la profession commerciale des majeurs incapables réside dans l'amoindrissement des facultés mentales et/ou physiques qui les rend certainement vulnérable à certains risques. Cette altération des facultés qu'elle soit passagère ou durable, trouve sa source dans la réduction des capacités de résistance<sup>74</sup>. Ce qui rend la

63 F.J. PANSIER et al., *Petit lexique juridique, Mots et expressions*, 2<sup>e</sup> éd. Larcier 2017, P.213.

64 Voir l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2019-572 du 26 juin 2019,

65 Article 414 du code civil.

66 E. BOKALLI, « Le commerçant », in encyclopédie OHADA, Lamy 2011, p. 527.

67 Article 489 de la loi

68 Article 509 de la loi, « Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ».

69 M. MENJUNCQ, *Droit commercial et des affaires*, Gualino, 11<sup>e</sup> éd. 2018-2019, P.35.

70 B. HESS-FALLON et al. *Droit des affaires* 20<sup>e</sup> éd. Sirey 2017, P. 48.

71 B. HESS-FALLON et al. *Droit des affaires* 20<sup>e</sup> éd. op. cit p. 48.

72 D. LEGEAS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 24<sup>e</sup> éd. 2018, P. 34. Cependant, les tiers ne sont pas protégés par une publication au Registre du commerce et des sociétés

73 Selon l'article 477 du code civil, toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle, ou d'habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un mandat de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seules à ses intérêts.

74 J. PRADEL, *La condition civile du malade*, Thèse de doctorat, Paris, LGJD, Paris, 1963, p.20.

personne incapable de protéger ses propres intérêts<sup>75</sup>s'exposant ainsi plus facilement aux différents risques<sup>76</sup>. Le handicap, la maladie et la fragilité sont des hypothèses d'altération des facultés.

Les personnes en situation de handicap sont celles qui « *présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* »<sup>77</sup>.

La maladie est l'expression de la fragilité et de la finitude de l'être humain : « *entrer dans la maladie [...] c'est entrer dans la fragilité de la vie* »<sup>78</sup>. Mais la vulnérabilité corporelle qui s'exprime dans la maladie signifie la perte de l'autonomie<sup>79</sup>car, la personne perd ses opportunités de bien vivre, conformément à ses intérêts personnels<sup>80</sup>. Pour Pradel, la maladie est un trouble pathologique, entraînant ou non une altération mentale, mais diminuant les capacités de résistance du sujet<sup>81</sup>.

A ces causes classiques s'ajoute l'état de grossesse, lequel peut être apparenté à une situation d'altération des facultés dans la mesure où, à un stade relativement avancé, il constitue un handicap physique, et peut également, entraîner une vulnérabilité psychologique de la femme<sup>82</sup>. Toutefois, en droit des affaires, l'état de grossesse n'est pas un handicap entraînant une inaptitude<sup>83</sup>parce qu'il relève principalement « *de besoins spécifiques en matière de santé, d'hygiène, de besoins physiologiques ou liés au rôle de mère* »<sup>84</sup>.

Relativement à la personne âgée, l'infantilisation voulue protectrice par l'effet du seuil d'âge paraît pour certains inappropriée. En effet, qui aurait estimé Victor Hugo ou le Doyen Carbonnier vulnérables en raison uniquement du constat de leur âge avancé disait Noguéro<sup>85</sup>? Cependant, la vulnérabilité qui frappe l'individu pendant son existence, est le signe d'une débilité du corps ou/et de l'esprit. Dans le cadre des Nations Unies, la nécessité de protéger les personnes âgées est passée par l'adoption de plans successifs par

75 Council for International Organization of Medical Sciences (CIOMS) en collaboration avec l'Organisation Mondiale de la Santé, International Ethical Guidelines for biomedical research involving humans subject, Genève, 2002, Règle 13, p.64.

76 M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse Bordeaux, 2015, p. 77.

77 Article 1<sup>er</sup> de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006. Le droit international des droits de l'homme assure une protection globale des personnes handicapées, qui a pris corps récemment au sein de cette convention.

78 G. LE BLANC, « La vie psychique de la maladie », in *Esprit*, janvier 2006, p.109. Cité par BLONDEL, p. 68.

79 B. HOFFMASTER, "What does vulnerability mean?", *The Hastings Center Report*, v.36, Issue 2, mars – avril 2006, New-York, éd. Institute of Society, Ethics and the Life Sciences, p.42.

80 C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée, Bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, *Léviathan*, 2009, pp.38 – 39.

81 J. PRADEL, *La condition civile du malade*, thèse de doctorat, *op cit.* p.20.

82 M. BLONDEL, *op cit* p. 65.

83 Article 7 alinéa 2 AUDCG.

84 F. TERCIER, « Les femmes dans la guerre : plus vulnérables que les hommes » ? Eclairage publié sur le site du CICR, 1er mars 2007, consultable en ligne (le 2 mars 2021).

: <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/women-vulnerability-010307.htm> >

85 D. NOGUERO, « Vulnérabilité et aptitude », Rapport français, Association Henri Capitant, <http://www.davi-dnoguero.com/wp-content/uploads/2016/02/Barreau-Libéralités-et-majeurs-protégés-2018.pdf> rné parisienne, dir. Denis Mazeaud, Paris, 17 mai 2018, consulté le 11 février 2021 à 10h.

l'Assemblée générale<sup>86</sup>. Ceux-ci énoncent leur droit de vivre dans un environnement où leur sécurité et leur dignité sont assurées. L'attention portée à cette catégorie de personnes se retrouve, également, dans des instruments de droit européen, comme la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne<sup>87</sup>, dont l'article 25 traite du droit des personnes âgées de vivre dignement, ainsi que la Recommandation concernant les personnes âgées<sup>88</sup>, qui invite les membres de l'Union européenne à lutter contre l'exploitation de ces personnes<sup>89</sup>. Dans l'espace OHADA, en plus des dispositions communautaires<sup>90</sup>, certaines dispositions de droit internetelles que l'article 32 de la constitution ivoirienne de 2016, l'article 457 du code des personnes et de la famille du Bénin<sup>91</sup> envisagent la protection des personnes vulnérables<sup>92</sup>. Ces différents textes démontrent bien la prise en compte juridique d'une vulnérabilité liée au grand âge. Mais en droit commercial, le majeur ne bénéficie d'un régime de protection que lorsqu'il est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération sans doute médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté<sup>93</sup>. Selon BOKALLI, leur mise à l'écart du monde des affaires se justifie par leur incapacité à lutter à armes égales avec leurs concurrents<sup>94</sup>.

Une autre justification de l'interdiction tient au maintien de la sécurité des transactions. Ce souci de sécurité des transactions ainsi que le rôle de l'apparence expliquent la décision de la cour de cassation française de censurer un arrêt qui avait exclu l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un majeur sous tutelle au motif que cette personne avait perdu sa qualité de commerçant. Pour la cour de cassation, « *Dès lors que la personne sous tutelle est inscrite au registre du commerce et des sociétés et poursuit une activité commerciale, elle peut être qualifiée de commerçant et être soumise à une procédure collectives* »<sup>95</sup>. Afin d'éviter ces difficultés, le décret n°2007-750 du 9 mai 2007 a modifié l'article R-123-461 du code de commerce afin d'imposer au tuteur ou curateur l'obligation de faire, dans un délai d'un mois, une inscription modificative audit registre du commerce pour mentionner

86 Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 37/51 concernant la « question du vieillissement » du 3 décembre 1982, document A/RES/37/51 ; Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 46/91 relative à l'« Application du Plan d'action international sur le vieillissement et activités connexes » du 16 décembre 1991, document A/RES/46/91. Nations Unies, Deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, tenue à Madrid du 8 au 12 avril 2002, « Déclaration politique et Plan d'action international sur le vieillissement » du 11 avril 2002, document A/CONF.197/MC/L.2.

87 Union Européenne, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » proclamée solennellement par le Parlement européen, le Conseil et la Commission le 7 décembre 2000, JO CE du 18 décembre 2000, C 364, pp.1 – 22. Cette Charte a été incorporée dans le Traité de Lisbonne (JO UE du 17 décembre 2007, C 306, pp.1 – 271) et dispose ainsi d'une valeur juridique contraignante.

88 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres concernant les personnes âgées adoptée le 10 octobre 1994 lors de la 518e réunion des Délégués des Ministres, document n° R (94) 9 F (1994).

89 Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la dépendance adoptée le 18 septembre 1998 lors de la 641e réunion des Délégués des Ministres, document n° R (98) 9 F (1998). Ce document, sans mentionner spécifiquement les personnes âgées, porte plus largement sur les personnes dépendantes

90 Article 6 AUDCG, 8 AUDSC, 11AUPC, 14 AUS etc.

91 Article 457 alinéa 2 du code des personnes et de la famille du Bénin.

92 Article 32 de la constitution ivoirienne de 2016, le code du travail de 2015, la loi relative à la consommation, Le code des personnes et de la famille du Bénin.

93 Article 425 du code civil

94 E. BOKALLI, « Le commerçant » *op ; cit.* p. 532.

95 Cass.com. 8 dec 1998, RTD civ 1999, p. 359, note Hausser J. ; Cass. Com. 28 nov.2000, RTD civ2001, p334, note Hausser J.

« les décisions définitives plaçant un majeur sous tutelle ou sous curatelle au sens de l'article 440 du code civil et celles qui en donnent mainlevée ou qui les rapportent »<sup>96</sup>.

En droit des affaires OHADA, si la situation de l'assujetti à l'obligation d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier subit ultérieurement des modifications, qui exigent la rectification, il doit formuler, dans les trente (30) jours de cette modification, une demande en rectification ou de mention complémentaire<sup>97</sup>. Il s'ensuit que, lorsque l'incapacité a atteint un commerçant, celui-ci doit cesser ses activités. Son fonds de commerce doit être, soit vendu ou donné en location-gérance, soit accordé à une société commerciale autre que la société en nom collectif ; son représentant légal étant tenu de demander sa radiation<sup>98</sup>.

A cet égard, il apparaît de toute évidence qu'en droit communautaire OHADA, la prohibition de l'activité commerciale au majeur incapable est une protection de la vulnérabilité. Mais même au-delà des incapacités ce droit, malgré la capacité de certains majeurs, reconnaît leur inaptitude à accomplir des actes bien déterminés.

## B. LA RECONNAISSANCE DE L'INAPTITUDE EN PRÉSENCE DE LA CAPACITÉ

La capacité, bien que nécessaire en droit des affaires, n'est pas suffisante pour habilitier une personne à accomplir tous les actes de la vie courante. Ainsi, malgré la capacité de certains majeurs, leur aptitude à accomplir certains actes est réduite afin prévenir les engagements risqués. Le faisant, le droit des affaires protège la vulnérabilité économique<sup>(1)</sup> et celle liée à une situation contractuelle (2).

### 1. La protection de la vulnérabilité économique

La notion de vulnérabilité économique renvoie le plus souvent aux Etats et non aux individus<sup>99</sup>. En effet, en élaborant des instruments pour déterminer le degré de vulnérabilité des pays membres, le fonds monétaire international (FMI), cherche à prévenir les crises financières<sup>100</sup>. Concernant l'individu, la vulnérabilité économique s'inspire d'autres notions se rapprochant de celle de pauvreté, de précarité ou de fragilité<sup>101</sup>. En droit international public, la vulnérabilité de l'individu en raison de sa situation économique tend à être reconnue<sup>102</sup>.

96 M. MENJUNCQ, *Droit commercial et des affaires*, Gualino, 11<sup>e</sup> éd. 2018-2019, P.35

97 Article 52 AUDCG. Il peut s'agir de l'état civil, du régime matrimonial, de la capacité ou de l'activité de l'assujetti personne physique

98 E. BOKALLI, « Le commerçant », *op.cit.* p. 531.

99 M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse Bordeaux 2015, p. 87.

100 FMI, Fiche technique, Indicateurs de vulnérabilité, avril 2003. Cette fiche est consultable en ligne (le 20 février 2021) ; P.GUILLAUMONT, « La vulnérabilité économique, défi persistant à la croissance africaine », publication du Centre d'études et de recherches sur le développement international, Université d'Auvergne, série « Etudes et documents » no E 2006.41, consultable en ligne (le 21 février 2021) : < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs00557161/document> >.

101 M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse op cit. p. 77 et s.

102 Le droit pénal français accepte de reconnaître la vulnérabilité économique et sociale de la personne. Cf. en ce sens : Cass. crim., 4 mars 2003, Maxime B. : Bull. crim., n°58. De plus, le Rapport du Conseil économique et social, séance des 10 et 11 février 1987, Grande pauvreté et précarité économique et sociale, JORF du 28 février 1987, qui constituera une base de réflexion au niveau international, appréhende la vulnérabilité comme un élément du processus de marginalisation

Elle constitue un fondement pour l'obtention du statut de réfugié<sup>103</sup>. En droit international privé, la recherche de la loi de rattachement est une technique de protection de la vulnérabilité<sup>104</sup>.

Classiquement la vulnérabilité trouve sa source dans la pauvreté ; laquelle est définie comme « *Le fait d'avoir des revenus insuffisants pour acheter un panier minimum de biens et de services* »<sup>105</sup>. Une approche plus large de la notion de pauvreté, inclut la faim, le degré d'instruction médiocre, la discrimination, la vulnérabilité et l'exclusion sociale<sup>106</sup>. Dans ce cas, la pauvreté recouvre une situation, effectivement vécue par la personne, dont la vulnérabilité n'est qu'une composante, qui permet d'envisager une dimension nouvelle dans la lutte contre la pauvreté de sorte que l'impératif est de prévenir les individus vulnérables contre le risque de devenir pauvre et de le rester<sup>107</sup>. L'inadaptation des premières stratégies mises en place pour lutter contre la pauvreté a conduit la Banque Mondiale a proposé une nouvelle définition de la protection sociale qui permet d'anticiper sur les conséquences de la pauvreté<sup>108</sup>. De toute évidence, il existe un lien étroit entre la pauvreté et la vulnérabilité car, il est admis que « *les pauvres courent généralement plus de risques, mais n'ont qu'un accès limité à des instruments qui leur permettraient de gérer leurs risques* »<sup>109</sup>.

La vulnérabilité trouve aussi sa source dans la précarité, qui désigne la situation d'une personne qui ne bénéficie d'aucune stabilité d'emploi, de logement, de revenu<sup>110</sup> etc. Elle se caractérise par « *l'absence d'une ou plusieurs des sécurités permettant aux personnes et aux familles d'assumer leurs responsabilités élémentaires et de jouir de leurs droits fondamentaux* »<sup>111</sup>. L'insécurité conduit à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence ou qu'elle compromet gravement les chances de reconquérir ses droits et de réassumer ses responsabilités par soi-même dans un avenir prévisible<sup>112</sup>. L'absence de

103 J. Y. CARLIER, « Réfugiés : Identification et statut des personnes à protéger, la directive de "qualification" », in F. JULIEN-LAFFERIERE, H. LABAYLE, EDSTRÖM (Ö.) (dir.), La politique européenne d'immigration et d'Asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.289 – 322 ; Amnesty International, Y-a-t-il de « faux » réfugiés ? La réalité de l'exil, la responsabilité des Etats, Colloque tenu à Sciences-Po Paris le 6 avril 2012.

104 D. GUTMAN, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 2000, p.111.

105 Nations Unies, Comité économique et social, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration intitulée « Questions de fond sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : la pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels » adoptée le 4 mai 2001, document E/C.12/2001/10.

106 Nations Unies, Comité économique et social, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration intitulée « Questions de fond sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : la pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels » adoptée le 4 mai 2001, document E/C.12/2001/10.

107 Nations Unies, « Déclaration de Copenhague sur le développement social et Programme d'action du Sommet mondial pour le développement social tenu à Copenhague 6 – 12 mars 1995 », document A/CONF.166/9 (du 19 avril 1995), §19, p.49. Selon le programme : « La pauvreté se manifeste sous diverses formes ... »

108 Les stratégies selon Blodel, reposaient jusqu'à présent sur une analyse ex-post des situations de pauvreté, qui prend en compte le risque réalisé. Désormais, le concept de vulnérabilité économique de la personne permet d'anticiper les trajectoires de la pauvreté.

109 R. HOLZMANN, S. JÖRGENSEN, « Gestion du risque social : cadre théorique de la protection sociale banque mondiale », Série de document de discussion sur la protection sociale, Document de travail n°0006, Etude publiée dans le cadre des travaux de la Banque Mondiale, Unité de la Protection Sociale, Réseau du Développement Humain, Washington D.C., février 2000.

110 Le grand Larousse illustré 2019 p. 920.

111 Nations Unies, Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies, Résolution 2006/9 relative à l'« Application des normes et critères relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre l'extrême pauvreté » du 24 août 2006, document A/HRC/Sub.1/58/36 (du 11 septembre 2006), pp.28 – 40.

112 CEDH (Gde Ch.), 16 juin 2015, Sargsyan c. Azerbaïdjan, req. n°40167/06.

sécurité constitue l'origine matérielle de la vulnérabilité de la personne. La notion de sécurité renvoie à l'idée que des conditions de « vie normale » ne peuvent se concrétiser que lorsqu'une certaine stabilité géographique, économique, sociale est assurée<sup>113</sup>.

Dans d'autres hypothèses, qui sont pour partie les mêmes, c'est au regard de sa situation économique que la personne apparaît vulnérable. Il en est ainsi des époux qui seraient tenus indéfiniment et solidairement des sociales d'une personne morale<sup>114</sup>. Il en est de même des petits épargnants qui, à l'échéance de leur placement, constatent que leurs économies, non seulement n'ont pas fructifié comme ils l'espéraient, mais également, se trouvent amputées de pertes qui n'avaient été ni acceptées ni même envisagées<sup>115</sup>. D'ailleurs, les mutations technologiques récentes ont accentué la vulnérabilité de ces opérateurs qui, se voient désormais offrir, avec le mirage de gains faciles, la faculté de se ruiner à distance en faisant des placement par internet<sup>116</sup>.

En droit des procédures collectives, la vulnérabilité économique trouve sa source dans la fragilité de la personne qui peut prendre des engagements risqués. Cette situation justifie d'une part, que le débiteur en règlement préventif demande l'autorisation du président de la juridiction pour accomplir certains actes de disposition<sup>117</sup>. De même, le débiteur soumis à une procédure de redressement judiciaire est obligatoirement assisté par le syndic pour l'accomplissement des actes d'administration et de disposition<sup>118</sup>. Dans la procédure de liquidation des biens, le redressement ou le sauvetage de l'entreprise étant exclu, la continuation de l'activité ne peut se faire qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente dans des conditions restrictives<sup>119</sup>. Le débiteur est représenté par le syndic et ne peut plus participer à la gestion de l'entreprise. En cas de continuation, l'entreprise est gérée par le

113 Il peut s'agir par exemple d'une situation de guerre, qui va obliger la personne à quitter son toit, son travail. Il sera jugée précaire une famille de déplacés internes qui ne disposerait plus d'un logement permanent, dont les enfants auraient des difficultés à être scolarisés et les parents à trouver un emploi stable.

114 Article 9 AUDSC.

115 « La vulnérabilité en droit commercial » consultable en ligne, le 4 mars 2021.

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2009\\_3408/etude\\_person](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_person).

116 Idem.

117 Selon l'article 11 AUPC, « sauf autorisation motivée du président, de la juridiction, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit sous peine de nullité de droit, de payer en tout ou partie les créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure, de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté. Il est également interdit au débiteur de désintéresser les créanciers et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie lorsqu'elle ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ».

118 Article 52 AUPC alinéa 1 « La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes ».

119 La continuation de certaines activités peut valablement être ordonnée si, d'une part, elle ne met pas en péril ni l'intérêt public ni celui des créanciers et, d'autre part, si elle est nécessaire au bon déroulement de la liquidation, conformément aux dispositions de l'article 113 AUPC. Il en est ainsi de la poursuite des activités suivantes de la compagnie Air Afrique : l'assistance en escale des avions sur la plate-forme de l'aéroport Léopold Sédar SENGHOR ; la vente des billets par l'agence commerciale de la Place de l'indépendance pour les vols Air France ; la continuation des prestations du Centre de maintenance des avions de Dakar (CEMAD) et du Centre de formation aux professions aéronautiques de Dakar (CEFOPAD) (TRHC Dakar, 10-1-2003 : syndic Allia Diene DRAME sur procédure Compagnie Air Afrique, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-44).

syndic<sup>120</sup>. D'autre part, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés interdit aux personnes physiques de souscrire les garantie et contre- garantie autonomes<sup>121</sup>. Leur exclusion trouve sa justification dans les conséquences graves de ce types de garanties<sup>122</sup>. A cet égard, on peut affirmer que la vulnérabilité économique est protégée y compris sans doute celle liée à une situation contractuelle.

## 2. La protection de la vulnérabilité liée à une situation contractuelle

En disant que « le commerce a uni et mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées et rendu l'univers social », PORTALIS relevait déjà l'importance des relations contractuelles en matière des affaires<sup>123</sup>. Mais la notion de personne vulnérable en droit des affaires est très peu employée et renvoie à la désignation de l'incapable majeur. La vulnérabilité liée à une situation contractuelle est déterminée par le déséquilibre de la relation. En droit des contrats elle renvoie à la notion de partie faible. Celle-ci s'appréhende comme « l'état d'un individu qui par comparaison à celui d'un autre individu avec lequel le premier est en relation caractérisé par un manque de vigueur, de force physique ou morale, ou bien encore de capacité intellectuelle et de savoir »<sup>124</sup>.

Elle désigne une personne qui, sans être juridiquement incapable et protégée à ce titre, se trouve dans une situation d'infériorité dans la relation contractuelle. Le droit des affaires ne pouvant pas prévoir toutes les situations de faiblesse connues par une personne, la faiblesse du contractant doit se conjuguer avec une certaine gravité du risque pesant sur lui<sup>125</sup>. Cette faiblesse de l'un des cocontractants conduit le plus souvent au même résultat : « un contrat au contenu abusif, ouvertement contraire à l'équité et consacrant l'exploitation du faible par le fort »<sup>126</sup>.

A cet égard, les notions de partie faible et de personne vulnérable ont la même fonction en droit des contrats. Il s'agit d'apporter une protection à un contractant vulnérable à un risque inhérent à sa relation contractuelle, présentant un certain degré de gravité et qui n'est pas protégé à un autre titre.

Dans bien des cas, la vulnérabilité naît du défaut d'information. En effet, parfois, la personne s'engage dans l'ignorance de certains éléments d'appréciation que son cocontractant connaît ; plus fréquemment, elle ne dispose pas des aptitudes ou des connaissances

120 Il résulte des dispositions des articles 52 et 53 de l'AUPCAP que le dessaisissement s'opère à l'encontre du débiteur essentiellement et non à l'encontre des créanciers qui peuvent toujours agir aux côtés du syndic ; qu'en outre, ce dessaisissement n'est pas total car le débiteur conserve des possibilités d'actions individuelles dans certains cas ; par ailleurs et, conformément aux dispositions de l'article 205 de l'AUSCGIE, le président du conseil d'administration, dans le cas d'espèce, en sa double qualité d'administrateur, représentant la SOSACO et d'associé, a pleinement qualité et intérêt pour agir dans le sens de sauvegarder les intérêts de ladite société (CA Ouagadougou, Ch. civ. et com., n° 52, 16-4-2004 : SOSACO c/ K. H. (BTM) & BATEC-SARL & Entreprise DAR-ES-Salam, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-04-375 ; voir aussi Ohadata J-04-374).

121 Article 40 AUS. La garantie autonome est la convention par laquelle le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire sur première demande. La contre garantie autonome est l'engagement par lequel le contre-garant s'engage à payer une somme déterminée au garant sur première demande.

122 J. ISSA- SAYEGH, Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2018, p. 900.

123 J. E. M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet du code civil », éd. Confluences, 2004, p. 78.

124 F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Étude de conflit de lois, Bruxelles, Bruylant, 1995, p.1.

125 M. BLONDEL, *op. cit.* p.96

126 F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Étude de conflit de lois, *op. cit.*, p.3.



suffisantes pour se représenter exactement les risques encourus. Il en est ainsi toutes les fois que l'information nécessaire à l'appréciation des risques présente une technicité telle qu'elle n'est pas accessible à un profane. Ainsi, l'investisseur qui place en bourse ses économies pour les faire fructifier est d'autant plus vulnérable au risque de retournement du marché qu'il est moins informé de l'existence et des modalités de réalisation de ce risque. Or la diversification et la complexification des produits financiers proposés aux investisseurs n'ont fait qu'aggraver le degré d'incompréhension de l'opérateur profane<sup>127</sup>.

Les contrats qui comportent une partie faible ont fait l'objet d'une réglementation particulière en droit de la consommation<sup>128</sup>. Dans ce domaine, le besoin de protection semble d'autant plus fort dans l'hypothèse où, à la disparité économique, s'ajoute d'autres sources de risques. Les facteurs de faiblesse d'un contractant sont de diverses natures et parfois liés à sa situation économique ou sociale<sup>129</sup>, notamment l'ignorance ou l'incompétence technique<sup>130</sup>. La doctrine considère cette situation comme une faiblesse subjective, car interne à l'individu, la qualifiant d'« infériorité-ignorance » ou d'« infériorité-vulnérabilité »<sup>131</sup>. Ce type de faiblesse constitue le fondement du droit de la consommation<sup>132</sup>: le consommateur est vulnérable dans la relation contractuelle en raison de son infériorité cognitive et économique<sup>133</sup>.

La protection inconditionnée des consommateurs divise la doctrine. Certains estiment que le consommateur n'a pas le monopole de la faiblesse économique, d'autres à l'inverse, pensent qu'il n'est pas nécessairement toujours vulnérable<sup>134</sup>. Ainsi, si « à vulnérabilité variable, protection variable », il semble cependant difficile de fragmenter le droit de la consommation pour ces situations marginales<sup>135</sup>.

127 L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse Limoges, 2004, p. 89.

128 Article 56 de la loi n°2016-412 du 15 juin 2016 relative à la consommation ; D. ALEXANDRE, « Préface », in F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Étude de conflit de lois*, op. cit 27 ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ., 1994, Paris, Dalloz, pp.239 et s. Voir aussi, Loi autrichienne de droit international privé du 15 juin 1978, §41, in *Rev. crit. d'extr. int. privé*, 1979, Paris, Sirey, p.176 ; Loi suisse du 18 décembre 1987, art.120, *Rev. crit. d'extr. int. privé*, 1988, Paris, Sirey, p.409

129 Article 56 alinéa 2 de la loi relative à la consommation ; « constitue un abus de faiblesse, l'exploitation de la vulnérabilité, de l'ignorance ou de l'état de sujétion psychologique ou physique d'une personne afin de la conduire à prendre des engagements dont elle ne peut apprécier la portée ».

130 Selon l'article 57 de la loi relative à la consommation « Les dispositions de l'article 56 ci-dessus sont applicables, dans les mêmes conditions, aux engagements obtenus : soit par le moyen de visites à domicile ; (...) soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat ».

131 M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in M. FONTAINE, J. GESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco belges*, Paris, LGDJ, Coll. bibliothèque de droit privé, t.261, 1996, p.646

132 Article 56 alinéa 2 de la loi relative à la consommation « Constitue un abus de faiblesse, l'exploitation de la vulnérabilité, de l'ignorance ou de l'état de sujétion psychologique ou physique d'une personne afin de la conduire à prendre des engagements dont elle ne peut apprécier la portée ».

133 M. BLONDEL, *op cit*, p. 97. M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales 1978, p. 235 ; J. P CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 1996, n°155 et s.

134 F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p.64 ; L. BIHL, L. WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur : mille ans de luttes*, Paris, Aubier, coll. Floréal, 1994.

135 J-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, op. cit., p.8

La faiblesse de l'une des parties peut être liée à des facteurs, externes à l'individu, telle qu'une « infériorité-contraite »<sup>136</sup> résultant de la « *position de force du contractant, économique ou monopolistique notamment* »<sup>137</sup>. On peut citer le cas du travailleur, qui se trouve dans une situation d'infériorité structurelle vis-à-vis de son employeur<sup>138</sup>. On retrouve ce type de vulnérabilité dans le droit des assurances notamment dans l'hypothèse du contrat d'adhésion, où l'un des cocontractants fixe l'ensemble des clauses de manière unilatérale, l'autre n'ayant pour option que d'adhérer ou non<sup>139</sup>.

En droit des sûretés la caution illettrée c'est-à-dire la caution qui ne sait ni lire ni écrire et qui s'engage à acquitter une obligation auprès du créancier lorsque le débiteur principal n'exécute pas ladite obligation est un cas de vulnérabilité<sup>140</sup>. Pour sa protection, l'article 14 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), exige qu'elle soit assistée par deux témoins qui certifient son identité et attestent que les effets de l'acte ont été précisés<sup>141</sup>.

La situation d'infériorité de l'un des contractants a conduit certains auteurs à s'interroger sur l'opportunité d'une protection juridique particulière. Ainsi, G. Ripert constatait que le Code civil français ne fait pas de la faiblesse du consentement une cause de nullité du contrat, précisément parce que le droit tient compte du fait que l'égalité parfaite n'existe jamais entre deux cocontractants<sup>142</sup>. Le contrat étant conclu par les parties en fonction de l'utilité qu'elles en retirent, et qu'il est inéluctablement plus ou moins inégal, la notion de partie faible pourrait être écartée, car en réalité applicable à tous les contrats<sup>143</sup>.

En tout état de cause, l'évolution du droit des contrats tranche la question en faveur de la protection de la personne contre les abus éventuels, par le biais de la qualification de partie faible qui est d'ailleurs parfois secourue<sup>144</sup>.

## II. LA VULNERABILITE SECOURUE

Le secours, dériver de secourir, a un double sens. Il représente une aide matérielle apportée à une personne dans le besoin. Il renvoie aussi à une assistance effective apportée à une personne en péril<sup>145</sup>. En droit des affaires OHADA, les personnes vulnérables reçoivent le soutien tant des juridictions civiles (A) que du juge répressif (B).

136 G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in FONTAINE (M.), GESTIN (J.) (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco belges, op. cit., p.342.

137 G. COUTURIER, op. cit., p.342.

138 M.S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthode de protection de la partie faible en droit international privé », RCADI, t.315, 2005, Dordrecht, MartinusNijhoff, p.169

139 F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Étude de conflit de lois*, op. cit., p.3.

140 C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2<sup>e</sup> éd. Bruylant, 2016 p. 157.

141 Selon l'article 14 alinéa 1 de l'AUS, « La caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement, son identité et sa présence et attestent en outre, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés... ».

142 G. RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, Paris, LGDJ, 1955, p.272

143 M. BLONDEL, op.cit. p.99.

144 Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique », transposant la directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ; Loi 2005-67 du 28 janvier 2005 « Tendante à conforter la confiance et la protection du consommateur ».

145 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd. puf 2016 p.948.

## A. LE SECOURS DES JURIDICTIONS CIVILES

Lorsque les personnes vulnérables accomplissent des actes, ceux-ci peuvent être déclarés soit invalides (1), soit inopposables toutes les fois que le juge est saisi (2).

### 1. L'invalidité des actes accomplis

Pour constituer la source d'un droit subjectif, l'acte juridique doit être valable. Lorsqu'il émane d'un incapable, il peut être annulé ou rescindé. En effet, selon l'article 38 de la loi relative à la minorité, « *l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ». La nullité est caractérisée par la sanction de l'inobservation d'une condition de formation du contrat et l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique<sup>146</sup>. Elle est soumise à la prescription quinquennale<sup>147</sup>. La vulnérabilité qui attendrait une certaine intensité pourrait servir d'excuse pour l'écoulement du délai traduit en empêchement conduisant à l'impossibilité d'agir. Il en va ainsi pour le mineur qui accomplirait un acte juridique entrant dans son incapacité<sup>148</sup>. La déclaration de majorité n'a pas d'incidence sur l'annulation<sup>149</sup> car, sans cette règle, la déclaration de majorité deviendrait une clause de style et paralyserait la protection du mineur<sup>150</sup>. Réserve est faite des manœuvres frauduleuses du mineur, fautif pour dissimuler sciemment sa minorité lors de la conclusion d'un acte<sup>151</sup>.

On retrouve également la nullité pour le majeur protégé. En effet, « *Pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit* »<sup>152</sup>. Comme pour le mineur, la nullité est de droit pour les actes postérieurs à la tutelle<sup>153</sup>, accomplis par le tuteur seul, sans passer par la représentation<sup>154</sup>. Il n'y a pas à démontrer un préjudice au contraire de la nullité facultative en cas de défaut d'assistance pour réaliser l'acte<sup>155</sup>, hypothèse de la curatelle<sup>156</sup>.

Dans les deux hypothèses, l'acte accompli par l'incapable peut être rescindé. La rescision est la nullité d'un acte juridique pour cause de la lésion. Elle est ajoutée aux trois vices du consentement mais en réalité il s'agit d'un déséquilibre économique objectif entre les charges respectives des contractants qui n'est d'ailleurs admis que dans certains cas limités au profit des incapables et en ce qui concernent les capables dans certains contrats seulement<sup>157</sup>. La lésion entraîne la rescision de l'acte. En dehors de l'habilitation familiale qui ne les prévoit pas, il existe aussi les actions spéciales en rescision pour simple lésion, sans

146 F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. p. 97.

147 Article 40 de la loi relative à la minorité.

148 Voir également l'article 1147 du code civil.

149 Article 1149 alinéa 2 du code civil.

150 Article 38 de la loi relative à la minorité.

151 Y. BUFFELAN-LANORE, *op. cit.* p. 503.

152 Article 313 de la loi n° 2012-014 du 6 juillet 2012 portant code des personnes et de la famille du Togo

153 D. NOGUERO, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée », LPA 5 janv. 2010, n° 3, p. 5 ; N. Peterka, Le sort des actes de gestion du patrimoine de la personne vulnérable, LPA 4 nov. 2010, n° 220 spécial, p. 18 ; J.-M. Plazy, « Les actes juridiques des majeurs protégés », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz 2012, p. 549.

154 Article 465 du code civil

155 J. MASSIP, « La valeur juridique des actes en cas d'ouverture d'une curatelle », *Defrénois* 2009, art. 38975, p. 1461 ; D. Noguéro, *op.cit.*, n° 3, p. 5 ; D. Noguéro, Critère de la nullité facultative pour défaut d'assistance en curatelle publiée et opposable, *Defrénois* 13 sept. 2018, n° 36, *doctr.*, 139c3, p. 23.

156 Article 465 alinéa 3 du code civil.

157 D. NOGUERO, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée », *op. cit.*, p. 5

quotité fixée, et en réduction pour excès. Elles s'appliquent pour les majeurs à la capacité fragilisée ayant agi dans leur sphère de capacité juridique résiduelle<sup>158</sup>.

L'article 1151, alinéa 1, issu de la réforme de 2016 du Code civil énonce que « *Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci* ». Cette interférence du droit commun des contrats sur les sanctions propres aux majeurs protégés semble regrettable. D'ailleurs, certains s'en réjouissent, d'autres déplorent ces nouvelles règles susceptibles d'affaiblir la protection due aux personnes faibles au nom de la sécurité juridique des tiers<sup>159</sup>.

La nullité relative, en tant que moyen de protection est ouverte à celui que l'on souhaite défendre or, il est permis au cocontractant d'y faire obstacle. Pour y parvenir, il doit démontrer que, l'acte est à la fois utile au majeur et exempt de lésion<sup>160</sup>. En l'absence de jurisprudence et de précision sur la nature objective ou subjective de lésion, le texte ne manquera pas de soulever des interrogations pour son application. En effet, accorder de telles prérogatives au cocontractant entraîne l'affaiblissement des règles de protection des majeurs vulnérables<sup>161</sup>. Par cette prérogative, le cocontractant peut essayer d'anéantir les effets d'une action en nullité en montrant que l'acte n'a pas causé de préjudice au majeur. Dans ce cas, que peut devenir une nullité de droit qui normalement n'exige pas la preuve d'un préjudice ? Même si le fardeau de la preuve repose sur le cocontractant, le majeur vulnérable va devoir expliciter qu'il subit un tel préjudice. La logique protectrice de la vulnérabilité devrait prévaloir sur la soi-disant sécurité recherchée dans l'optique contractuelle<sup>162</sup>. En droit ivoirien, « *les personnes capables ne peuvent pas opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté* »<sup>163</sup>. Cette difficulté disparaît dans l'hypothèse de l'inopposabilité des accomplis par les personnes capables déclarées inaptés.

## 2. L'inopposabilité des actes accomplis

L'inopposabilité se dit d'un acte juridique dont la validité en tant que telle n'est pas contestée mais dont les tiers peuvent écarter les effets<sup>164</sup>. Comme la nullité, l'inopposabilité prend sa source dans une imperfection contemporaine de la formation du contrat. Elle sanctionne, en général, le non-respect d'une règle qui a pour seul objet la protection des tiers. Il en est ainsi des règles prescrivant des formalités de publicité. Selon TERRE, aussi bien, limitant la portée de la sanction à ce qu'exige la sauvegarde du but poursuivi par la règle transgressée,

158 N. PETERKA, « La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », AJ contrat, mars 2018, p. 107.

159 J.-J. LEMOULAND, obs. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Réforme du droit des contrats, D. 2016, Pan., p. 1523, spéc. p. 1526 ; J. Hauser, La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille. Premiers aperçus, AJ fam. oct. 2016, p. 460 ; D. Noguéro, Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables, LPA 25 nov. 2016, n° 236, p. 7 ; N. Peterka, Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées, AJ fam. nov. 2016, p. 533 ;

160 N. PETERKA, « La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », *op cit.*, p. 107.

161 D. NOGUERO, « Vulnérabilité et aptitude », Rapport français, Association Henri Capitant, Jouhttp://www.davidnoguero.com/wp-content/uploads/2016/02/Barreau-Libéralités-et-majeurs-protégés-2018.pdf née parisienne, dir. Denis Mazeaud, Paris, 17 mai 2018, consulté le 11 février 2021 à 10h. p. 15.

162 Idem.

163 Cour suprême de Côte d'Ivoire 4 mars 2010, in répertoire annuel de jurisprudence OHADA 2012 p. 44, E.M. BEHIRA, Droit commercial, ABC 2018, p.101.

164 M. F. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, BruylantBruxelle, 2002, p. 168.

le droit prive le contrat non de la totalité de ses effets, comme c'est le principe en matière de nullité, mais uniquement de ses effets à l'égard des tiers<sup>165</sup>.

Elle est prévue par l'article 1321 du code civil selon lequel, « *Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers* ». La contre-lettre suppose l'intervention de deux conventions, l'une ostensible et l'autre occulte intervenues entre les mêmes parties, dont la seconde est destinée à annuler les stipulations de la première<sup>166</sup>. Dans ce cas, l'inopposabilité vise à protéger les tiers trompés par l'apparence créée par l'acte ostensible. Il en résulte que seul les tiers de bonne foi peuvent prétendre s'en tenir à l'acte apparent<sup>167</sup>. L'inopposabilité peut aussi être considérée comme une sanction du bénéficiaire de l'acte secret. Il ne lui sera pas possible d'invoquer les droits qu'il a dissimulés<sup>168</sup>.

Dans le cadre des procédures collectives, les actes accomplis par le débiteur soumis à une de ces procédures, en violation des règles restrictives de sa liberté sont inopposables à la masse des créanciers<sup>169</sup>. Cette sanction trouve son fondement dans le dessaisissement du débiteur après l'ouverture d'une telle procédure. En effet, il a été soutenu que le dessaisissement entraîne l'incapacité du débiteur d'administrer ses biens et d'en disposer. Mais en réalité il s'en distingue car, l'incapable ne peut pas faire des actes juridiques, et c'est en général pour sa propre protection que l'incapacité est dictée. Le dessaisissement vise à protéger les créanciers et non le débiteur. Il implique que le débiteur soit représenté par le syndic qui a qualité pour agir en son nom et pour son compte<sup>170</sup>. Toutefois, l'assistance du débiteur est limitée dans le temps. Elle court à partir de la date de la décision d'ouverture et prend fin à la date de l'homologation du concordat ou la date de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens<sup>171</sup>. Elle est aussi limitée quant au domaine car, le débiteur peut accomplir des actes bien que inopposables à la masse, inattaquables tant pour lui-même que pour les tiers<sup>172</sup>. L'inopposabilité ayant un caractère général, s'applique même si le contractant a ignoré le jugement d'ouverture. En effet, elle implique d'une part, que celui qui a payé au débiteur paye une nouvelle fois entre les mains du syndic. D'autre part, elle oblige celui qui a été payé par le débiteur à restituer la somme perçue au syndic<sup>173</sup>. Ainsi, celui qui a cacheté un bien du débiteur, non seulement, doit rendre les biens, mais également, il ne peut produire pour obtenir le remboursement du prix payé au débiteur. Même si le cocontractant dispose d'un recours personnel contre le débiteur, il est de faible portée car, il ne sera utile que si le débiteur revient à meilleur fortune après la clôture de la procédure<sup>174</sup>. L'application des sanctions civiles n'exclut pas le recours au soutien du juge répressif<sup>175</sup>.

165 F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 9<sup>e</sup> éd. p.98 n° 82.

166 Cass.civ. 1<sup>re</sup> civ. 13 janvier 1953, Bull. Civ. I. n°15 p. 12.

167 Cass.civ. 9 février 1848, S.48.1481 ; req., 13 mars 1899, s. 1900.1.72.

168 F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. p. 540.

169 Article 52 et 53 AUPC.

170 CA. Bobo Dioulasso, ch. civet com. N°319 janvier 2004, GMB c/SBH, Ohadata, J-04-196.

171 A. KAKOU, *Droit des entreprises en difficulté*, ABC, édition 2016, p. 246 ets.

172 M. F. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, BruylantBruxelle, 2002, p. 168.

173 Article 71 AUPC.

174 M.F. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté, op cit.*, p. 177.

175 Le dirigeant d'une personne morale même condamné par le juge civil, peut être poursuivi devant le juge correctionnel pour banqueroute frauduleuse (TRHC Dakar, n° 4025, 27-8-2002 : MP et Toutelectric c/ Papa Aly Guèye, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-05-272).

## B. LE SECOURS DU JUGE RÉPRESSIF

Le fait générateur de la responsabilité pénale est l'existence d'un comportement qui viole la loi pénale. Mais il est unanimement admis qu'en la matière la répression pénale ne doit s'exercer que vis-à-vis des personnes responsables. Il s'ensuit que le recours aux causes d'imputabilité qui autorise le juge répressif à déclarer irresponsables certains incapables, aux excuses absolutes lorsque les faits sont commis par une certaine catégorie de mineurs et la poursuite des infractions de banqueroute constituent un soutien à la vulnérabilité. La diversité de moyens de soutien (1) n'exclut pas, cependant, les sanctions de droit commun (2).

### 1. La pluralité des moyens de soutien

Le soutien du juge répressif peut se traduire de diverses manières. Le soutien pris dans son sens positif se traduit par la consécration des droits égaux. D'une part, le juge pénal ne peut retenir la responsabilité pénale d'une personne physique que si celle-ci est apte à comprendre et vouloir ses actes<sup>176</sup>. Il s'ensuit que d'un côté, l'altération des facultés mentales supprime la responsabilité. En effet selon l'article 102 du code pénal ivoirien, « Il n'y a pas de responsabilité pénale lorsque l'auteur des faits est atteint lors de leur commission d'une altération de ses facultés mentales ou d'un retard anormal de son développement, tels que sa volonté est abolie ou qu'il peut y avoir conscience du caractère illicite de son acte ». D'un autre côté, l'article 113 du code pénal, institue une présomption d'irresponsabilité absolue des mineurs treize ans. Parmi ces mineurs, il faut distinguer suivant que l'enfant est ou non âgé de plus de dix ans. En effet, les faits commis par un mineur de 10 ans ne sont pas susceptibles de qualification et de poursuites pénales. L'impossibilité de qualifier pénalement les faits résulte de l'absence d'infraction dont la justification réside dans l'inexistence de l'élément moral. Ainsi, quel que soit la gravité de l'infraction, ceux-ci ne peuvent jamais être condamnés à des peines<sup>177</sup>. Quant au mineur de treize ans, il bénéficie de l'excuse absolue de minorité ou d'excuses atténuantes selon les circonstances<sup>178</sup>.

Dans un sens négatif, le juge répressif apporte son aide à la vulnérabilité en sanctionnant les infracteurs. Il en est ainsi de la poursuite de la banqueroute frauduleuse. Cette infraction appréhende les fautes ou comportements jugés particulièrement graves. Elle suppose la poursuite par un commerçant ou le dirigeant d'une personne morale commerçante de l'exploitation devenue déficitaire de ses activités alors que l'intéressé ou la société est en état de cessation des paiements ; laquelle est « L'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible à l'exclusion des situations où les réserves de crédits ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible »<sup>179</sup>. La réforme de l'AUPC a étendu la sanction de banqueroute à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole<sup>180</sup>. Le recours à la banqueroute implique la violation du devoir de restriction de la liberté des pouvoirs du débiteur soumis à une procédure de règlement préventif<sup>181</sup>. Ainsi est frappé de banqueroute le débiteur qui, a sans autorisation du président de la juridiction compétente, payé les créances nées

176 Article 94 du code pénal ivoirien

177 A. A. AYE, Droit pénal général, 5<sup>e</sup> éd. ABC, 2009, p.108.

178 Article 113 du code pénal.

179 Article 25 alinéa 2 AUPC.

180 Article 1-1 AUPC.

181 Article 11 AUPC.

antérieurement à l'ouverture de la procédure et ou a fait un acte étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou a consenti une sûreté<sup>182</sup>. Il en est ainsi du paiement de dettes ne correspondant à aucun élément du patrimoine ou de l'activité du commerçant<sup>183</sup>.

On y a recours à une double condition de l'état de cessation des paiements et de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur. Selon la jurisprudence, elle ne peut prospérer en l'absence de preuve de la cessation des paiements. Ainsi, l'infraction de banqueroute ne peut pas être retenue à défaut de titre exécutoire même si la société a perdu plus de trois quart du capital social malgré l'allégation d'un défaut de paiement<sup>184</sup>. Mais le défaut de constatation de la cessation des paiements n'est pas un obstacle à la condamnation dès lors que la qualité de commerçant du prévenu est établie<sup>185</sup>. La condamnation pour banqueroute peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée judiciairement<sup>186</sup>. On en déduit que la constatation d'un tel état est une condition indispensable pour la prise de décision<sup>187</sup>.

A travers les sanctions visant essentiellement le banqueroutier, le juge répressif protège la vulnérabilité **car**, le débiteur soumis à une procédure collective est, autant vulnérable que les créanciers en raison de l'asymétrie de l'information. En effet, face à un professionnel rompu sans doute aux techniques des affaires, les créanciers sont vulnérables. C'est d'ailleurs, cette situation qui justifie leur représentation par un expert qui agit en leur nom<sup>188</sup>. En outre, la sanction pénale n'a pas toujours pour seul but de réprimer les délinquants, mais aussi de prévenir les éventuels candidats. L'objectif visé, selon la doctrine, est d'obtenir le respect des règles régissant les procédures collectives afin d'assurer la moralisation et l'efficacité<sup>189</sup>. En tout état de cause, les peines d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.000.000 à 3.000.000 francs prévues par la loi ivoirienne<sup>190</sup> n'excluent pas les sanctions de droit commun<sup>191</sup>.

## 2. L'indifférence des sanctions de droit commun

La capacité de discernement d'une personne raisonnable permet non seulement de réguler son comportement, mais aussi, d'avoir conscience du bien et du mal. Etre responsable suppose un minimum d'aptitude, entendue largement. En responsabilité, l'accent a longtemps été mis sur le fait générateur, partant l'auteur du dommage, donc éventuellement sa vulnérabilité. Eu égard à l'article 1382 du code civil devenu article 1240 avec la réforme de 2016, selon lequel « *Tout fait*

182 Article 229, 2°) AUPC.

183 Constitue le délit de banqueroute frauduleuse le paiement de dettes ne correspondant à aucun élément du patrimoine ou de l'activité du commerçant, un acte manifeste de mauvaise foi (TRHC Dakar, corr., n° 5992/2001, 4-12-2001 : Le Ministère public et héritiers de feu Yally FALL c/ Cheikh Talibouya DIBA et autres, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-05-269).

184 TRHC Dakar, 27-8-2001 (ou 7-8-2002 ?) : Ministère public et Société TOUTELECTRIC c/ Pape Aly GUEYE, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata-J-03-101).

185 TRHC Dakar, corr., n° 5992/2001, 4-12-2001 : Le Ministère public et héritiers de feu Yally FALL c/ Cheikh Talibouya DIBA et autres, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-05-269.

186 TRHC Dakar, corr., 4-12-2001 : Ministère public et héritiers Yally FALL c/ Cheikh Talibouya DIBA, ManéDIENG et Astou FALL, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-100.

187 TRHC Dakar, corr., 4-12-2001 : Ministère public et héritiers Yally FALL c/ Cheikh Talibouya DIBA, ManéDIENG et Astou FALL, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-100.

188 Cet expert prend le nom de syndic, de mandataire judiciaire etc.

189 M. F. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 351.

190 Article 34 de la Loi n°2017-727 du 9 novembre 2017 portant répression des infractions prévues par les actes uniformes du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, AJ, n°95/2017 p.37.

191 Article 246 AUPC.

*quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », la vulnérabilité neutralise-t-elle la responsabilité. ?

Depuis plusieurs décennies, l'œuvre prétorienne, est préférentiellement orientée vers la victime, afin de favoriser son indemnisation. Les dérives de la victimologie ont parfois pu être dénoncées. Le but politique peut bouleverser la cohérence du système au profit d'une solution pratique, parfois d'opportunité ou d'équité. Il convient de préciser que, malgré l'existence de dispositions légales et la multiplication de textes spéciaux, le droit de la responsabilité est essentiellement jurisprudentiel. Le traitement de la vulnérabilité exprime les tensions et les débats sur les fondements, les fonctions ou les mécanismes de la responsabilité civile<sup>192</sup>.

Historiquement, plutôt que de vulnérabilité sous-jacente, sont évoquées directement l'imputabilité, l'irresponsabilité, le discernement, l'inconscience ou le trouble mental. Pour NOGUERO, le palliatif de la responsabilité du fait d'autrui peut éviter l'examen de l'incidence de la vulnérabilité sur l'aptitude. En effet, pour l'enfant, il s'agit de la responsabilité des père et mère. Elle était posée à l'article 1384 du Code civil devenu l'article 1242, après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

En droit ivoirien « *Le mineur engage son patrimoine par ses délits, ses quasi-délits et son enrichissement sans* »<sup>193</sup>. Sa vulnérabilité n'a aucune d'incidence ni sur l'engagement deson patrimoine ni sur la responsabilité de celui qui exerce l'autorité parentale. L'idée est de garantir la victime en désignant des répondants du mineur dont l'inaptitude ou le défaut de discernement n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de cette responsabilité du fait d'autrui. L'autorité parentale des parents justifie qu'ils assument les conséquences dommageables en lien avec leur enfant sans égard pour sa vulnérabilité<sup>194</sup>. Cette autorité disparaît avec l'émancipation.

D'autres personnes, qui peuvent exercer une surveillance ou une garde, seront responsables du mineur si leur faute est démontrée. Il en est ainsi du tuteur. En effet, la Cour de cassation française, a jugé responsable du fait d'autrui, en qualité de tuteur, un beau père qui a accepté la garde du mineur adolescent, la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie<sup>195</sup>. Mais sur le terrain de la responsabilité personnelle, selon les circonstances, une faute peut être retenue à l'encontre de l'organe protecteur. Il en est ainsi dans l'affaire Blicck concernant un handicapé mental incendiaire<sup>196</sup>.

Concernant le majeur incapable, Selon l'article 414-3 du code civil, « *Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* »<sup>197</sup>. Cette disposition permet de retenir la responsabilité civile de la personne agissant sous l'empire d'un trouble mental en droit français. Mais en droit ivoirien,

192 D. NOGUERO, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée », *op cit.*, p. 5

193 Article 36 de la loi sur la minorité

194 Note sur le critère de la cohabitation conçue abstraitement, Ch. Radé, La responsabilité civile du fait d'autrui, trente ans plus tard : des mutations, certes, mais..., Resp. civ. et assur. févr. 2019, dossier 3. - Et sa disparition, pour la référence à la seule autorité parentale, dans le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, art. 1246. 164 C. civ., art. 413-7

195 Crim. 28 mars 2000, n° 99-84.075 : Bull. crim., n° 140.

196 Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : Bull. AP, n° 1.

197 La solution est devenue certaine avec la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. A été introduit dans le Code civil, l'ancien article 489-2, inchangé en substance, après la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.



une distinction s'impose entre la situation du majeur qui fait l'objet de protection et celui n'ayant fait objet d'aucune protection. Lorsque le majeur ne fait l'objet d'aucune mesure de protection, l'acte accompli ne peut être annulé que s'il est démontré l'existence d'un trouble suffisant et grave contemporain à la formation de l'acte<sup>198</sup>. S'il s'agit d'un fait juridique, l'aliéné est irresponsable de ce fait. Cependant, une distinction est faite selon que le trouble mental est total ou qu'il existe une période de lucidité<sup>199</sup>. Dans le premier cas, l'aliéné est irresponsable de ses fautes chaque fois que le trouble est grave et contemporain à la formation l'acte. Dans le cas contraire, il est dit responsable. Toutefois, la possibilité de considérer une personne comme responsable a été liée à l'existence de son discernement afin de caractériser le fait générateur de responsabilité. La jurisprudence Trichard a admis, que le discernement n'était pas indispensable pour la garde d'une chose, et l'exercice des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle<sup>200</sup>.

Dans le cadre des procédures collectives, la transgression des règles de moralisation et d'efficacité conduit à la sanction de banqueroute sans préjudice des dispositions pénales nationales applicables dans chaque Etat-partie. Ainsi, la publicité de toute décision de condamnation rendue est, aux frais des condamnés. Il s'ensuit que même si les frais de poursuite peuvent être avancés par le trésor public en cas d'insuffisance de denier du débiteur<sup>201</sup>, les frais de publication et d'affichage sont aux frais des condamnés. A cette fin, la juridiction est saisie par le ministère public, le syndic ou les contrôleurs<sup>202</sup>. Cette position trouve sa justification dans la disparition de la masse et la suppression du droit de poursuite individuelle des créanciers.

D'ailleurs, pour se constituer partie civile, il faut appartenir à la catégorie des personnes visées par l'article 234 AUPC car, l'acte uniforme interdit toute action des créanciers antérieurs à la décision d'ouverture tendant au paiement d'une somme d'argent<sup>203</sup>. En conséquence, la constitution de partie civile n'est recevable que dans des cas particuliers<sup>204</sup>. Telle qu'une action contre le complice d'un banqueroutier ne faisant pas l'objet d'une procédure collective<sup>205</sup> ou une action tendant à la réclamation d'éléments de preuve pour établir le montant de la créance<sup>206</sup>.

En somme, la notion de vulnérabilité semble a priori difficile à cerner juridiquement. Elle se manifeste de manière désordonnée sur la scène juridique et sousdiverses formes. On ne peut donc s'empêcher d'éprouver un regret qui porte sur sa faible lisibilité car, notion fuyante et complexe. Cependant, elle peut être appréhendée en droit des affaires comme une notion susceptible de recouvrir l'ensemble des situations juridiques dans lesquelles une faiblesse particulière amoindrit les capacités de défense d'une personne. Toutefois, même si la protection semble difficile en raison de nécessité de concilier la protection des intérêts

198 CS. Ch. Jud. Form. civ. com. Arrêt n°440 du 8/07/2004, dans lequel l'acte a été annulé pour trouble mental alors que le signataire de l'acte ne faisait pas l'objet d'une mesure de protection, in AIDD/Actualités juridiques, n°48 /2005, p.237.

199 M. B. KOUAKOU, *Droit civil, Personnes et Famille*, éd. ABC 2020, p. 228.

200 D. NOGUERO, « Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée », *op cit.*, p. 8.

201 Article 50 AUPC.

202 L'article 234 AUPC détermine les personnes titulaires de l'action quant à l'intervention des contrôleurs elle est prescrite par l'article 72 AUPC.

203 Article 75 AUPC.

204 Cass. crim, 20 février 1997, RJDA 7/97 n°967 et cas.crim 28 janvier 1998 Dr pénal 1998comm.84.

205 Cass.crim. 11 octobre 1993. B. N283 ; Cas. Crim. 14 février 1994 RJDA 5/94 N°590.

206 Cass.crim 31 janvier 1996 Dalloz aff. 96 p.558.

et la liberté d'entreprendre, le droit des affaires OHADA s'y est employé en réservant la protection aux personnes vulnérables qui n'ont pas toujours une connaissance suffisante des risques encourus.