



## **Réflexions sur la gratuité en droit commercial**

**Par**

**SECK Ibrahima**

**Docteur en Droit Privé**

**Enseignant-Chercheur**

**Université Assane SECK de Ziguinchor (SÉNÉGAL)**

### **Résumé**

La question de la prise en compte de l'acte gratuit en droit commercial se pose nécessairement à nous. En effet, le droit commercial est caractérisé par l'esprit du lucre. L'intention de réaliser un profit est l'essence voire l'âme du droit commercial. Pourtant, aujourd'hui, en marge de la logique spéculative de ce droit, l'on constate la prise en compte de la gratuité en matière commerciale. L'acte gratuit qui serait en dehors du champ commercial est bien présent dans le champ commercial. D'ailleurs, l'analyse de l'arsenal juridique africain encadrant le commerce révèle une diversité de sources légales (nationales comme communautaires) l'admettant. Il y a alors une possible conciliation entre la gratuité et le droit commercial. Mais le législateur, conscient du caractère suspect et parfois dangereux de la gratuité, a prévu des mécanismes stricts de contrôle.

### **Summary**

The question of taking into account the gratuitous act in commercial law necessarily arises for us. Indeed, commercial law is characterized by the spirit of profit. The intention to make a profit in the essence and even the soul of commercial law. However, today, on the sidelines of the speculative logic of this right, we see the taking into account of gratuity in commercial matters. The gratuitous act which would be outside the commercial field is indeed present in the commercial field. Moreover, the analysis of the African legal arsenal governing trade reveals a diversity of legal sources (national and community) admitting it. There is then a possible reconciliation between gratuity and commercial law. But, the legislator, aware of the suspicious and sometimes dangerous nature of free admission, has provided for strict control mechanisms.

### **Mots clés :**

**La gratuité - le droit commercial – admission légale – contrôle strict – bénéficiaires.**



## Introduction

N'y a-t-il pas un paradoxe à associer la gratuité et le droit commercial ? Nous reviendrait-il à l'esprit de se demander si le droit commercial, un droit par essence spéculatif<sup>1</sup>, serait un droit prenant en compte la gratuité ; surtout que, de l'avis de certains auteurs, l'acte gratuit serait en dehors du périmètre commercial<sup>2</sup>. D'autres vont plus loin en qualifiant l'acte à titre gratuit d'« anti-commercial »<sup>3</sup> puisque le commerce n'est pas désintéressé<sup>4</sup>. Cependant, l'analyse de l'arsenal juridique, national<sup>5</sup> comme communautaire, encadrant le droit des affaires africain<sup>6</sup>, révèle la prégnance de la gratuité en droit commercial en dépit de la logique spéculative de ce droit. C'est l'apparente conciliation de ces deux logiques, apparemment contradictoires, qui justifie l'objet de cette réflexion.

Notion ancienne, la gratuité n'a pas été définie par la loi. En l'absence d'une définition légale, la doctrine<sup>7</sup>, comme la jurisprudence, a tenté d'en cerner les contours mais reste divisées sur le contenu de la notion<sup>8</sup> du fait des définitions négatives<sup>9</sup> et positives<sup>10</sup> proposées. En effet, en voulant définir la notion de gratuité, une partie de la doctrine a essayé de distinguer la gratuité

---

<sup>1</sup> B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD Com.*, 2012, p. 455.

<sup>2</sup> Sur la question, V. F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Thèse, Paris I, 1978 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n°56.

<sup>3</sup> Voir : J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les contrats commerciaux. Le mandat commercial, les transports* par J. Hémar. Lib. Du Recueil Sirey, broché, 1955.

<sup>4</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial: Commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales*, t. 1, 12 éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, spéc. n°312.

<sup>5</sup> V. L'article 10 du Traité de l'OHADA dispose : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Il résulte de ce texte que les dispositions nationales non contraires peuvent s'appliquer en droit commercial. Il y a une cohabitation entre les normes communautaires et les normes nationales non contraires.

<sup>6</sup> Sur le droit africain des affaires, V. Nd. DIOUF, « Quel avenir pour les droits communautaires africains », *RSDA*, n° 36, janvier- juin 2011, pp. 97 et s ; J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, Coll. Dr. Unif., Bruylant, 2000, 245 pages ; P. S. A. BADJI, *Pour un droit des affaires. Quand une approche pluridisciplinaire du droit s'impose*, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp. 1 et s.

<sup>7</sup> V. A. BRANGER, *La gratuité en droit d'auteur*, Thèse, Université Paris Saclay, 2018, pp. 5 et s ; P. DEPPEZ, « Gratuité et propriété intellectuelle », in *Le prix de la culture*, dir. P. MBONGO : Mare & Martin, 2011, p. 19 ; A. TESTART, « Échange marchand, échange non marchand », *Revue française de sociologie*, 2001, 42-4, p. 723.

<sup>8</sup> Sur ces controverses, voir : L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, n°293 et s ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Les obligations, LGDJ, 1930, n°37 s

<sup>9</sup> Ici, les auteurs essaient de dire ce que n'est pas la gratuité. Ainsi, pour un auteur, il faut distinguer l'acte gratuit de la libéralité. Pour l'auteur, « l'acte juridique gratuit n'est pas nécessairement une libéralité : il peut s'agir d'un contrat de bienfaisance, par lequel une personne fournit un service gratuit à une autre » : St. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Université de Montpellier 1, 2006, p. 81, n° 138.

<sup>10</sup> Ici, les auteurs tentent de nous dire ce qu'est la gratuité. Ainsi, pour Jean Pierre TOSI, la gratuité recouvre deux variétés : les actes qui ont pour objet le transfert de la propriété d'une chose (libéralité, donation) et les actes par lesquels le disposant s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose (contrat de bienfaisance) : J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, L.G.D.J, N.E.A, 1981, n°59.



de l'onérosité<sup>11</sup> sans un réel succès. C'est ainsi qu'elle s'est appuyée sur l'étymologie du mot. Etymologiquement, la « gratuité » apparaît ainsi comme « un dérivé savant du latin *gratuitus* ou un emprunt au latin médiéval *gratuitas* « faveur ». La gratuité a signifié au XIV<sup>ème</sup> siècle « exemption de payer », puis au XV<sup>ème</sup> siècle, « l'action d'accorder quelque chose par faveur »<sup>12</sup>. En outre, au XVI<sup>ème</sup> siècle, la gratuité renvoie au « caractère désintéressé d'une action ». À partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, elle s'applique au caractère de ce qui s'obtient sans payer (la gratuité de l'enseignement), au caractère de ce qui est non motivé »<sup>13</sup>. Il en résulte que la gratuité est une notion protéiforme et au contenu variable<sup>14</sup>. Tout de même, nous convenons avec un auteur qu'il y a gratuité « lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent »<sup>15</sup>. La gratuité serait alors un acte dépourvu de contrepartie<sup>16</sup> onéreuse, un acte en principe désintéressé, caractérisé par une intention libérale<sup>17</sup>. La gratuité traduirait le fait de donner sans rien attendre en retour.

Quant au droit commercial, l'antiquité n'a pas découvert des mécanismes qui lui sont propres<sup>18</sup>, il n'a pas non plus fait l'objet d'une définition légale. Ainsi, sous le silence de la loi, la doctrine<sup>19</sup> a, de tout temps<sup>20</sup>, essayé de le définir. Mais elle reste divisée sur le sens à lui donner. En effet, au début, une partie de la doctrine se référait sur des critères de circulation, d'entreprise et de spéculation<sup>21</sup> pour définir le droit commercial alors qu'aujourd'hui, une autre

---

<sup>11</sup> Sur la question, V. St. BENILSI, *op. cit.*, pp. 2 et s ; Voir aussi : M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Sirey, 1941, p. 42 et s. L'auteur nous fait remarquer que le premier auteur à établir cette distinction fut Domat.

<sup>12</sup> P. DEPREZ, « Gratuité et propriété intellectuelle », in *Le prix de la culture*, (dir.) P. MBONGO : Mare et Martin, 2011, p. 19.

<sup>13</sup> A. REY (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 1999, cité par St. BENILSI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>14</sup> Son contenu varie d'un domaine à un autre comme nous le fait remarquer un auteur : « la gratuité existe donc en droit administratif, et si sa définition est incontestablement établie, cette dernière ne saurait être transposée en droit privé. En effet, dans la mesure où le droit privé régit les relations entre particuliers, chaque prestation régie par cette discipline est fournie à un bénéficiaire déterminé », St. BENILSI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, p. 160.

<sup>16</sup> Un auteur fait remarquer que la gratuité peut être assortie de contrepartie. V. A. BRANGER, *La gratuité en droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 86 et s. L'auteur n'a pas manqué dans le cadre de sa thèse de revenir sur la notion de contrepartie à la page 78.

<sup>17</sup> M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans la donation déguisée*, Thèse, Montpellier, 1941, p. 12.

<sup>18</sup> M.-H. RENAUT, *Histoire du droit des Affaires*, Coll. « Mise au point » Ellipses, 2006, p. 5.

<sup>19</sup> V. C. A. W. NDIAYE, *Droit des entreprises individuelles-commerçant-entrepreneur-bail à usage professionnel-fonds de commerce-vente commerciale- et commerce électronique*, Harmattan- Sénégal, 2018, pp. 16 et s ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, T. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1<sup>er</sup> volume par A. JAUFFRET, Dalloz, 1980, pp. 3 et s ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, T. 1, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, pp. 30 et s.

<sup>20</sup> Voir J. V. RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles Etablissements Emile Bruylant, 1954, pp. 3 et s.

<sup>21</sup> V. S. S. KUATE TAMEGHE, « Actes de commerce », in *Encyclopédie de l'OHADA* (Dir.) P. G. POUGOUE), 2011, pp. 8 et s.



partie de la doctrine se réfère sur des critères qualifiés d'objectif<sup>22</sup> et de subjectif<sup>23</sup> pour le définir<sup>24</sup>. Mais comme nous le fait remarquer un auteur, aucune des définitions proposées n'a été acceptée « par la commune opinion des juristes »<sup>25</sup>. Cela peut se comprendre si l'on sait que le droit commercial, est, à notre sens, un droit fantôme<sup>26</sup> dans la mesure où ses origines restent incertaines<sup>27</sup> et du reste ses critères d'identifications<sup>28</sup> continuent de poser de réels problèmes au fil du temps<sup>29</sup>. Ainsi, nous pouvons en déduire que définir le droit commercial reste une entreprise hardie et dont les auteurs ne cessent de s'y prêter.

La conception d'une définition du droit commercial est d'autant plus difficile si l'on sait qu'il s'agit d'un droit évolutif<sup>30</sup> et dont certains auteurs estiment même qu'il est appelé à disparaître<sup>31</sup>. Mais, l'on peut être tenté de dire que le droit commercial pourrait être défini comme l'ensemble des règles qui s'appliquent, de manière spécifique, aux commençants et aux activités commerciales<sup>32</sup>.

---

<sup>22</sup> Le droit commercial serait le droit des actes de commerce. En effet, certains auteurs disent que le droit commercial s'applique à tous ceux qui accomplissent des actes de commerce, quelle que soit la qualité de leur personne. Ce sont là les partisans de la « conception objective ». Pour eux c'est la nature de l'acte et non la qualité de la personne qui définit l'applicabilité du droit commercial. V. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 215.

<sup>23</sup> Sur ces critères, voir : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 215 ; GIVERDON, « Le droit commercial, droit des commerçants », *JCP*, 1949, 1. 770. À notre sens, le droit OHADA semble opter pour une conception dualiste. Voir Les articles 2 et 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général de l'OHADA.

<sup>24</sup> Sur ces controverses, V. P. DIDIER, « Remarques pour servir à une définition du droit commercial », *Dalloz* 1962, p. 221.

<sup>25</sup> P. DIDIER, « Remarques pour servir à une définition du droit commercial », *op. cit.*, p. 221.

<sup>26</sup> V. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le bicentenaire d'un fantôme », in *Livre du bicentenaire du code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 61.

<sup>27</sup> Sur la question des origines, voir : V. SIMON, « Le récit des origines du droit commercial : la doctrine commercialiste et l'argument historique », *RTD com.* 2018, p. 293.

<sup>28</sup> P. HUVELIN, *L'histoire du droit commercial. Conception générale, état actuel des études*, Paris, Cerf, 1904, p. 13-14. L'auteur estime que le droit commercial est caractérisé par six critères qui lui sont intrinsèques. Il s'agit des critères d'internationalité, de laïcité, d'individualité, de conventionalité, de restitutif et non répressif et de non formaliste.

<sup>29</sup> V. F.-X. VINCENSINI, *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, PUF, Aix, 1998. Pour l'auteur, le droit commercial n'est ni le droit des actes de commerce et ni celui de certains acteurs. Il est le droit de l'activité commerciale. Dans le même sens, V. J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube de XXI<sup>e</sup> siècle », *Dalloz*, 2003, pp. 260 s.

<sup>30</sup> Faisons remarquer que de nos jours, on est en train de dépasser la notion de droit commercial au profit de celle plus adaptée de droit des affaires ou droit économique. V. J. PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », *La semaine juridique Entreprise et affaires*, n° 11, 12 mars 1987, 14893 ; Y. REINHARD et alii, *Droit commercial, Actes de commerce-commerçants-fonds de commerce-concurrence consommation*, Lexisnexis, 2012, p. 4 ; P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *OHADATA*, D-06-50, p. 3.

<sup>31</sup> V. M.CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial », in *Ecrits en hommage à Jean FOYER*, PUF, 1997, p. 329 ; C. CHAMAPAU, *Le droit des affaires*, PUF, 1981, Que sais-je ?, pp. 22 et s. Il semble que les notions de droit des affaires ou de droit économique sont plus utilisées que l'appellation de droit commercial.

<sup>32</sup>V. Les dispositions de l'article 2 et de l'article 3 alinéa 1 de l'acte uniforme portant droit commercial général qui disposent respectivement : « Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession » ; « L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ».



Ainsi, perçue, il nous faut souligner que la gratuité sera analysée dans le droit commercial général *stricto sensu* et dans le droit des sociétés commerciales. L'étude portera sur ces entreprises commerciales quel que soit leurs situations économiques et financières, sur les sociétés coopératives ayant un objet commercial sans oublier les bénéficiaires de l'acte gratuit.

Le périmètre de la réflexion étant ainsi fixée, rappelons que l'environnement commercial est caractérisé pour l'essentiel par des actes à titre onéreux. D'ailleurs, ils constituent un critère intrinsèque à la commercialité<sup>33</sup>. Rien de surprenant si l'on sait que l'esprit du lucre, c'est-à-dire l'intention de réaliser un profit, constitue l'essence même du droit commercial<sup>34</sup>. Et comme l'a pu souligner un auteur, « les opérations désintéressées n'ont pas leur place en droit commercial<sup>35</sup> ».

Fort de ce constat, il devient alors intéressant d'apprécier l'admissibilité de la gratuité en droit commercial. En termes autres, en présence d'un droit caractérisé par l'esprit du profit, est-il possible d'admettre la gratuité ?

Parler de gratuité en la matière ne constitue-t-il pas un paradoxe<sup>36</sup> ? A première vue, la réponse semble être évidente, mais une analyse plus approfondie laisse apparaître une réponse moins évidente d'où l'intérêt de notre étude. En effet, la gratuité en matière commerciale présente une certaine spécificité. D'ailleurs, pour un auteur, la gratuité ne doit pas être entendue littéralement c'est-à-dire une gratuité désintéressée qui révèle « un esprit de générosité, mais plutôt sous un sens, plus désincarné. Il ne s'agit pas d'une gratuité-fin en soi, mais d'une gratuité-moyen, une gratuité dénuée d'arrière-pensées<sup>37</sup> ». Il est ici question d'une gratuité intéressée et non désintéressée. En réalité, il s'agit d'une gratuité au service d'une stratégie commerciale, un moyen d'appâter la clientèle et de la fidéliser<sup>38</sup>.

Par ailleurs, et sous un autre registre, la gratuité en matière commerciale reste un impératif dont sont assignées les entreprises qui, au lieu de poursuivre leur logique effrénée de recherche de profit, doivent aussi contribuer aux politiques de développement social. La politique de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) s'inscrit dans cette dynamique. La

---

<sup>33</sup> V. Art. 3 AUDCG.

<sup>34</sup> V. Art. 3 AUDCG et art. 4 AUSC/GIE.

<sup>35</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 21<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, p. 27.

<sup>36</sup> V. J.-C. RODA, « Un paradoxe : la gratuité en droit des affaires ? », *Revue Lamy Droit civil*, 2013.

<sup>37</sup> Ph. MALAURIE, *Les libéralités*, Défrénois-Lextenso, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n° 293.

<sup>38</sup> J.-C. RODA, *op. cit.* p. 1.



RSE oblige les entreprises à évaluer désormais leurs performances de façon globale sur trois axes du triple *Botton line* : environnemental, économique et social<sup>39</sup>.

Enfin, une partie de la doctrine commence à abandonner l'idée traditionnelle selon laquelle l'intention de réaliser un profit serait de l'essence du commerce. Ainsi, pour LAUFBNBURGBR, « Prétendre que le profit ou même la simple intention de le réaliser est la caractéristique du commerce, serait exclure tout le secteur du commerce coopératif, et le commerce par les collectivités publiques<sup>40</sup> ». Partant de là, l'on peut estimer que la recherche du profit n'est donc plus le mobile essentiel de l'activité commerciale. On ne peut plus le considérer aujourd'hui comme l'« âme » du droit commercial<sup>41</sup>.

A l'observation, nous nous rendons compte de la présence de la gratuité en droit commercial. Cette prise en compte de la gratuité peut se justifier par l'évolution des finalités du droit commercial. La recherche de profit n'est plus la seule finalité de l'exercice de l'activité commerciale. Les acteurs commerciaux se sont vus aujourd'hui assigner d'autres objectifs en marge de la logique spéculative.

Par ailleurs, même si le but final des acteurs de la vie commerciale est la recherche de profit, faisons remarquer que les moyens que l'on peut mettre en œuvre pour atteindre un tel objectif sont multiples et variés.

C'est pourquoi, on peut dire que la gratuité est admise en droit commercial (I). L'acte gratuit est présent en matière commerciale et se manifeste sous diverses formes et suivant des finalités différentes. Mais dans un domaine où la recherche du profit anime les acteurs au quotidien, le législateur accorde à la gratuité une attention particulière. C'est cette méfiance, qui entoure l'acte gratuit en droit commercial, qui justifie qu'il y soit strictement contrôlé (II) et sous diverses formes.

### **I- L'admission de la gratuité en droit commercial**

D'emblée faisons remarquer que la prise en compte de la gratuité en droit commercial est remise en cause par un certain nombre d'auteurs<sup>42</sup> et ce, à juste titre<sup>43</sup>. D'ailleurs, admettre l'acte gratuit dans le domaine commercial ne serait-il pas contradictoire au principe de

---

<sup>39</sup> M. L. BA et M. BAMBARA, « Rapport final sur le dialogue entreprises-collectivités locales dans le cadre de la RSE au Sénégal », juin 2011, p. 12.

<sup>40</sup> LAUFBNBURGBR, *Le commerce et l'organisation des marchés (Traité d'économie politique*, sous la direction de H. TRUCHY), p. 9 cité par J. V. RYN, *op. cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> V. RYN, *op. cit.*, p. 17.

<sup>42</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, Économica, 12<sup>e</sup> éd., 2003, n°56.

<sup>43</sup> Le droit commercial se caractérise par la recherche de profit. Il peut alors sembler paradoxal de penser que les acteurs du commerce puissent s'adonner à des actes non lucratifs.



spéculation qui est l'une des caractéristiques du droit commercial<sup>44</sup> ? La réponse à cette interrogation peut être négative dans la mesure où l'on constate une évolution des finalités du droit commercial. C'est ainsi que la gratuité apparaît dans le champ commercial et son admission légale (A) le prouve à suffisance. A noter aussi qu'à travers cette reconnaissance légale, la gratuité profite *stricto sensu* à l'entreprise et *lato sensu* aux tiers (B).

### **A- L'admission légale de la gratuité en droit commercial**

L'analyse de l'arsenal juridique communautaire comme national africain révèle l'existence de plusieurs sources reconnaissant la gratuité en droit commercial (1). C'est à travers cette reconnaissance légale, qu'il est possible de fonder la conciliation entre la gratuité et le droit commercial (2).

#### **1- L'admission fondée sur des sources légales diversifiées**

Depuis, la communautarisation de la vie des affaires dans les années 90<sup>45</sup>, le commerce se voit régir par des dispositions supranationales et nationales. Il est à préciser toutefois la primauté du droit communautaire sur le droit national<sup>46</sup>. Ainsi, en marge des lois internationales régissant le commerce, deux corps de règles ont vocation à régir l'activité commerciale : le droit supranational (OHADA, UEMOA et la CEDEAO) et celui national qui se caractérise par sa diversité<sup>47</sup>. Qu'il s'agisse du droit supranational ou national encadrant le commerce, la gratuité en matière commerciale y ait consacré. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer d'abord sur les sources communautaires.

Ainsi, à lire quelques dispositions contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, l'on se rend compte que la gratuité est prise en compte soit implicitement soit explicitement. En effet, si l'on s'en tient à la lecture de l'article 178 al. 3 de l'AUDCG, l'acte gratuit est

---

<sup>44</sup> Aux termes de l'article 3 de l'AUDCG, l'acte de commerce par nature qui confère la qualité de commerçant à un acteur économique est caractérisé par trois critères au rang desquels l'on peut citer la spéculation.

<sup>45</sup> V. Traité OHADA qui signifie Organisation pour l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique. L'organisation a été créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, modifié en 2008 au Canada, au Québec.

<sup>46</sup> V. L'article 10 du Traité de l'OHADA dispose : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

<sup>47</sup> V. Loi n°63-62 du 10 Juillet 1963, portant Code des Obligations Civiles et Commerciales publié au J.O du Samedi 31 Août 1963 ; Loi n° 94-63 du 22 août 1994, sur les prix, concurrence et contentieux économique, JO. n° 6342 du Samedi 28 Avril 2007 ; Loi n° 2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'appel, JO 1er juillet 2017 ; Loi 2008-08 du 25 Janvier 2008 relatifs aux transactions électroniques publié au journal officiel n°6404 du 22 Avril 2008, publié au J.O n°6404 du samedi 26 Avril 2008 ; Loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur, Journal Officiel n° 7438 du 10 juillet 2021 ; Décret 2008-718 du 30 Juin 2008 relatif au commerce électronique pris pour l'application de la loi n°2008-08 sur les transactions électroniques publié au J.O n°6440 du samedi 29 Novembre 2008.



implicitement consacré. En effet, le courtier avec l'accord de son commettant peut consentir une donation<sup>48</sup> qui par essence est un acte à titre gratuit.

Outre cette disposition, l'on peut aussi se référer à l'article 626-1 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC/GIE)<sup>49</sup>. Selon l'article 626-1 al. 1 de l'AUSC/GIE : « L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre... »<sup>50</sup>. Il résulte de ce texte que des actions peuvent ainsi être fournies à des salariés ou à des dirigeants, et ce, sans contre-prestation de leur part, ce qui correspond à la définition de la gratuité.

Au sens des dispositions des articles 178 et 626-1 précités, il est constaté l'idée de civilisation du droit commercial.

Dans le même ordre d'idées, faisons remarquer que la gratuité apparaît dans la gestion des sociétés commerciales. En effet, les fonctions de gérance peuvent être exercées gratuitement. L'on peut citer l'article 325<sup>51</sup>. Il est en de même de la gérance des sociétés coopératives ayant un objet commercial<sup>52</sup>. Il résulte des dispositions des articles 305 et 341 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives que les fonctions des membres du conseil d'administration ou des membres du conseil de surveillance sont gratuites<sup>53</sup>.

Toujours dans la même logique, la gratuité est notée dans certains moyens mis en œuvre pour le fonctionnement des sociétés commerciales. A titre d'exemple, l'on peut se référer aux opérations de trésoreries entre les sociétés d'un même groupe<sup>54</sup>. De telles opérations sont

---

<sup>48</sup> Voir l'alinéa 3 de l'article 178 de l'AUDCG « Toutefois, l'intermédiaire ne peut, sans un pouvoir spécial, engager une procédure judiciaire, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni consentir de donation ».

<sup>49</sup> Acte uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSC/GIE), 05 mai 2014, J.O. n° Spécial du 04/02/2014.

<sup>50</sup> Sur la question, voir : C. A. W. NDIAYE, « Le capital humain dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC/GIE) », *Annales africaines*, Nouvelle série, volume 2, décembre 2014, pp. 23 et s.

<sup>51</sup> Selon cette disposition, les fonctions de gérant d'une SARL peuvent être gratuites.

<sup>52</sup> Sur la question, V. art. 1 al. 3 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'OHADA du 15 décembre 2010. V. aussi : J.-C. SERNA, « Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs de commerçants indépendants », *Rev. Soc.* 1972, p. 443.

<sup>53</sup> Sur l'appréciation de la gratuité dans la gestion dans les sociétés coopératives, v. J. B. SARR, « L'associé coopérateur dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives », in *Bulletin de Droit Economique*, 2014 (2), pp. 21 et s. Voir aussi : St. BENILSI, *op. cit.*, pp. 256 et s.

<sup>54</sup> Le groupe de sociétés est défini comme « un ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers, qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres » : Art. 173 AUSC/GIE.





possibles selon la loi bancaire. En effet, la loi bancaire du 28 juillet 2008<sup>55</sup> en son article 14 prévoit que les interdictions définies à l'article 13 (toute personne autre qu'un établissement de crédit ne peut effectuer des opérations de banque à titre habituel, ni recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme) ne font pas obstacle, à ce qu'une entreprise, quel que soit sa nature, puisse procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres. Ainsi, entre les sociétés d'un même groupe, des prêts et avances peuvent gratuitement être consentis<sup>56</sup>. Outre, les opérations de trésoreries, il faut souligner que les entreprises évoluant dans le domaine commercial ont souvent recours au prêt à usage<sup>57</sup>, contrat essentiellement gratuit<sup>58</sup>. D'ailleurs, sur la question, dans un arrêt relatif au lieu de l'exécution de l'obligation de restitution dans le prêt à usage, la Cour de cassation a pu retenir que le maître de l'ouvrage avait « mis gratuitement à disposition de son sous-traitant [...] divers matériels, dont une presse à injecter, un compresseur et un chariot élévateur »<sup>59</sup>.

En marge des sources communautaires, la gratuité marchande est ensuite prévue par des sources nationales. Nous mettrons l'accent sur les lois nationales spéciales régissant le commerce et qui viennent en complément des dispositions communautaires applicables au domaine commercial.

D'abord, nous pouvons citer la loi de n°2008-08<sup>60</sup> sur les transactions électroniques régissant le commerce électronique au Sénégal. A la lecture des dispositions de l'article 8 de la présente loi définissant le commerce électronique, l'on peut relever que le législateur national admet que des actes à titre gratuit puissent constituer des actes de commerce électronique. En effet, selon ce texte, « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure, à distance et par voie électronique, la fourniture de biens et la prestation de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales,

---

<sup>55</sup> Loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire, JORS, du 8 novembre 2008.

<sup>56</sup> Sur la question, V. A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique : Droit, pouvoir et dépendance économique*, Karthala CRESS, 2010, pp. 200 et s ; G. TEBOUL, « Les conventions intragroupes et les procédures collectives », *LPA* 27 mai 2005, n° 105 ; D. OHL, « Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 35 n° 2, Avril-juin 1983. pp. 438-439 ; M. N. MBAYE, « les groupes de sociétés dans l'OHADA », in *Penant* n° 848, juillet-septembre, 2004, p. 280

<sup>57</sup> R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD Com.* 1977, p. 193

<sup>58</sup> V. Les articles 525 et 526 du COCC. L'article 525 dispose : « Le prêt est le contrat par lequel une des parties, le prêteur, remet à une autre, l'emprunteur, une chose dont ce dernier pourra user, à charge de la restituer, en nature ou par équivalent ». L'article 526 al. 1 prévoit que : « Si l'emprunteur n'acquiert pas la propriété de la chose prêtée, le contrat est un prêt à usage essentiellement gratuit ».

<sup>59</sup> Civ. 1ère, 30 sept. 2003, Contrats, Concurrence, Consommation, dec. 2003, n° 175.

<sup>60</sup> Loi n° 2008-08 du 25 Janvier 2008 relative aux transactions électroniques, publiée au journal officiel n°6404 du 22 Avril 2008, publiée au J.O n°6404 du samedi 26 Avril 2008.



des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, même s'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

Ensuite, la gratuité en matière commerciale est consacrée par la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur<sup>61</sup>. Pour s'en convaincre, il suffira de se référer aux opérations de prestation de service, des opérations économiques telles que le service après-vente qui peut être gratuit selon cette loi. Il est y défini comme « l'ensemble des services qui peuvent être délivrés par le fournisseur d'un bien ou un prestataire de service, à titre onéreux ou à titre gratuit, notamment la livraison à domicile, l'entretien, l'installation, le montage, la mise à l'essai et la réparation du bien vendu<sup>62</sup> ».

Enfin, dans le cadre des loteries publicitaires, l'article 37 de la loi prévoit que « Les annonces ou documents présentant l'opération publicitaire ne doivent pas être de nature à susciter la confusion, dans l'esprit du consommateur, avec toute autre opération ou tout autre document ou écrit de quelque nature que ce soit. Ils comportent un inventaire lisible des lots mis en jeu précisant, pour chacun d'eux, leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale. Ils doivent également reproduire la mention suivante : « Le règlement de l'opération est adressé, à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande » ».

Au regard de ces développements, l'on se rend compte que la gratuité marchande est consacrée légalement aussi bien par les sources communautaires que celles nationales.

La prise en compte de la gratuité en matière commerciale peut se justifier par la possible conciliation entre la gratuité et le droit commercial.

## **2- L'admission fondée sur la possible conciliation entre la gratuité et le droit commercial**

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que le droit commercial est caractérisé par la recherche de profit. D'ailleurs, la spéculation<sup>63</sup> reste un critère déterminant de qualification de l'activité commerciale. Donc, *a priori*, tout porte à croire que l'acte gratuit lui est incompatible et, à juste raison. Mais, en réalité, même si le but final des acteurs de la vie commerciale est la recherche de profit, les moyens utilisés pour y arriver sont divers et variés. C'est la raison pour laquelle les entreprises commerciales utilisent, entre autres, la gratuité marchande comme une technique juridique au service d'un but donné. Comme nous le fait remarquer un auteur, la technique

---

<sup>61</sup> Loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur, Journal Officiel n° 7438 du 10 juillet 2021.

<sup>62</sup> V. Art. 3 et 49 de ladite loi.

<sup>63</sup> V. S. S. KUATE TAMEGHE, « Actes de commerce », in *Encyclopédie de l'OHADA* (Dir.) P. G. POUGOUE, 2011, pp. 8 et s.



juridique<sup>64</sup> est indispensable à l'efficacité économique<sup>65</sup>. En effet, la technique juridique s'analysant comme le moyen qui permet de réaliser certaines finalités<sup>66</sup>, les entreprises commerciales y ont souvent recours pour parvenir à leurs fins notamment la recherche de profit<sup>67</sup>.

Ainsi, la gratuité marchande est une gratuité-moyen. Rien de surprenant puisque les acteurs commerciaux ne sont pas des philanthropes<sup>68</sup>. Ils sont guidés par l'esprit du lucre<sup>69</sup>. S'ils s'adonnent à la gratuité, c'est souvent pour obtenir quelque chose en retour soit dans l'immédiat ou dans un futur proche. A titre de preuve, l'on peut se référer à certaines pratiques commerciales notamment la gratuité du service après-vente, l'attribution gratuite d'actions aux salariés ou dirigeants de société. Toutes ces techniques renvoient à des mécanismes de management ou des stratégies commerciales dont l'unique but est d'appâter la clientèle ou de la fidéliser<sup>70</sup>. Il s'agit alors d'une gratuité intéressée. Voilà pourquoi, elle n'est pas incompatible avec le commerce. C'est ainsi que nous convenons avec un auteur que « Cette notion ne traduisant pas l'altruisme, elle n'est pas incompatible avec la logique marchande qui commande la recherche de son intérêt. Du reste, cette dernière est une règle de comportement impérative en matière fiscale. Ainsi, si les commerçants peuvent inclure dans leurs charges leurs dépenses publicitaires, ainsi que leurs dépenses de parrainage publicitaire et de mécénat, c'est sous réserve de la théorie de l'acte anormal de gestion. Il convient alors de remarquer que de nombreuses dépenses gratuites pourront être incluses dans les charges sans que cela soit incompatible avec la recherche des intérêts de l'entreprise<sup>71</sup> ».

Par ailleurs, faisons remarquer que la gratuité marchande peut être plus ou moins désintéressée. En effet, il est des cas où, derrière la gratuité, il n'y a, en principe, aucune volonté

---

<sup>64</sup> R. E. DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Recueil Dalloz*, 2004, p.711.

<sup>65</sup> Voir les opérations de restructuration des entreprises comme la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif. J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *Dalloz*, éd. E, n°34, 2003, pp. 2346 et s ; G. F. MARTIN, *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, *RTD. Com.*, 1974, p. 1.

<sup>66</sup> R. E. DE MUNAGORRI, *op. cit.*, p.711.

<sup>67</sup> D. COHEN, « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François TERRE, Paris, PUF, 1999, p. 264 ; Nd. S. D. NDIR, *La pratique du montage contractuel : réflexion sur une figure juridique en construction*, Thèse, UCAD, 2015, pp. 11 et s ; C. HANNOUN, « Méthodologie d'un droit des montages contractuels », *RDC*, juillet 2007, n° 3, pp. 1030 et s.

<sup>68</sup> Y. GUYON, « L'inaliénabilité en droit commercial », in *Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'Alain SAYEG, Litec, 1997, p. 267.

<sup>69</sup> B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD Com.* 2012, p. 455.

<sup>70</sup> L'attribution gratuite d'actions est un mécanisme de promotion des règles de bonne gouvernance qui a pour objectifs, entre autres, la fidélisation des salariés ou de certains dirigeants compétents de la société commerciale. Voir à ce propos : I. SECK, « Les métamorphoses de la qualité d'associé », in *Les Annales africaines*, Volume 1, Avril 2019, n°10, pp. 282 et s.

<sup>71</sup> St. BENILSI, *op. cit.*, p. 259.



de rechercher un profit. Pour s'en convaincre, deux opérations peuvent être évoqués : les conventions entre les sociétés du groupe de sociétés telles que les opérations de trésorerie<sup>72</sup> et le cautionnement<sup>73</sup> des dettes de la société par les dirigeants sociaux ou associés. En ce qui concerne les opérations intragroupes, il a été retenu qu'une « surfacturation » faite par une société au profit de sa filiale n'était pas constitutive d'abus de biens sociaux dès lors que cette aide n'avait pas compromis la situation financière de la société mère et qu'elle constituait une opération « normale » entre mère et filiale, excluant toute intention frauduleuse du dirigeant qui n'en avait retiré aucun profit personnel<sup>74</sup>. Dans le même sens, il a été considéré qu'il n'a pas commis de faute de gestion le président du conseil d'administration d'une SA qui s'était portée caution d'un prêt consenti à l'une de ses filiales en difficulté pour que celle-ci reprenne ses fabrications et qui, ayant ensuite cédé sa participation dans sa filiale, avait dû, en sa qualité de caution, procéder au remboursement des sommes empruntées qui n'avaient pas été remboursées<sup>75</sup>. Sans conteste, dans ces opérations, l'esprit du lucre n'est pas le but final. C'est ainsi qu'un auteur a pu souligner que le secteur commercial n'est pas que spéculatif<sup>76</sup>. D'ailleurs, les entreprises commerciales, à travers leur politique de responsabilité sociétale des entreprises, participent à la lutte contre la pauvreté et, par la même occasion, contribuent à l'effort de développement local.

Il ressort de ce qui précède que la gratuité présente une certaine particularité dans les entreprises commerciales puisqu'elle est souvent qualifiée de gratuité intéressée. Or, par moment, elle est désintéressée. C'est ainsi que son contenu est à géométrie variable en matière commerciale.

Partant de là, l'on peut affirmer que la gratuité est admise en droit commercial. Outre son admission en droit commercial, il faut souligner qu'elle profite à certains acteurs de la vie commerciale.

### **B- Les bénéficiaires de la gratuité en droit commercial**

La gratuité apparaît en droit commercial et est conciliable au commerce dans une moindre mesure. Elle se manifeste sous divers paradigmes avec des finalités différentes. Faisons remarquer que la gratuité constatée en droit commercial peut soit profiter à l'entreprise (1) soit profiter aux tiers (2).

---

<sup>72</sup> Sur la question, V. *Mémento pratique. Groupes de sociétés*, Francis LEFEBVRE, 2003-2004, pp. 288 et s.

<sup>73</sup> Le cautionnement peut être de nature civile ou commerciale. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, par nature gratuit. V. Y. R. KALIEU ELONGO, *op. cit.*, pp. 498.

<sup>74</sup> Cass. crim. 20-10-1986 : BRDA 1986/23 p. 11 ; voir aussi T. corr. Lyon 20-6-1985 : Gaz. Pal. 1986 p. 782.

<sup>75</sup> Cass. com. 30-11-1981 : Bull. civ. IV n° 414.

<sup>76</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1, 11<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 2001, pp. 50 et s.



## 1- La gratuité profitable à l'entreprise

La gratuité qui intervient dans l'intérêt de l'entreprise peut s'analyser comme un mécanisme de bonne gouvernance des entreprises commerciales<sup>77</sup> ou une technique d'appât, de fidélisation de la clientèle ou de promotion de la vente voire même de marketing commercial.

Dans le premier cas, l'on peut citer la technique de l'attribution gratuite d'actions dans les sociétés commerciales<sup>78</sup>. Sans conteste, le fait de donner des actions gratuitement aux salariés ou dirigeants s'analyse comme une méthode de promotion des règles de bonne gouvernance<sup>79</sup> au sein de l'entreprise. En effet, « Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que le moyen de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. L'existence d'un système de gouvernement d'entreprise efficace, au sein de chaque entreprise et dans l'économie considérée dans sa globalité, contribue à assurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. Il en résulte une diminution du coût du capital et un encouragement pour les entreprises à employer plus efficacement leurs ressources, et ce faisant, à alimenter la croissance »<sup>80</sup>.

Ce mécanisme innovant, bien que présentant un intérêt certain pour les bénéficiaires<sup>81</sup>, profite à l'entreprise et de façon considérable<sup>82</sup>. D'ailleurs, comme le fait souligner un auteur, l'attribution gratuite d'actions est d'abord une technique de renforcement de la culture d'entreprise<sup>83</sup>. En effet, selon l'auteur<sup>84</sup>, ce mécanisme « favorise « la citoyenneté salariale<sup>85</sup> »

---

<sup>77</sup> Sur la notion de bonne gouvernance des entreprises commerciales, V. M. SAMB, « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA : aspects généraux et droit transitoire », *Bulletin de droit économique de l'Université Laval*, (2014) 2 B.D.E, pp. 1 à 13 ; Ph. BISSARRA., « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », *Revue des sociétés*, 1998, pp. 6 et s ; P. S. A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 2 - Mars 2013, p. 210 et s.

<sup>78</sup> C. A. W. NDIAYE, *op. cit.*, pp. 23 et s.

<sup>79</sup> V. P. S. A., BADJI, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, nouvelle édition, janvier 2016, pp. 9 à 34. V. aussi : I. SECK, *La gestion des conflits d'intérêts en droit des sociétés commerciales OHADA*, Thèse, UCAD, 2017, pp. 28 et s.

<sup>80</sup> V. Principes de gouvernement de l'entreprise de l'OCDE 2004, [www.ocde.org](http://www.ocde.org) consulté le 10 février 2022 à 18H.

<sup>81</sup> Il permet aux bénéficiaires de devenir actionnaire sans au préalable faire un apport. V. I. SECK, *op. cit.*, pp. 282 et suivants ; J.-Ph. DOM, « L'attribution gratuite d'actions », *Dalloz, Revue des sociétés* 2006, p. 31 : « C'est la fourniture d'un service, au titre d'un contrat de travail ou d'un mandat social, qui, *ratione personae*, permet seule de justifier l'attribution gratuite d'actions » ;

<sup>82</sup> Sur la question, voir : R. D. GNAHOUI, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », *Ohadata D-04-31*, p. 24.

<sup>83</sup> C. A. W. NDIAYE, *op. cit.*, pp. 30 et s.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> Sur la question, voir : R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, thèse, AIX MARSEILLE 2001, p. 559



car source de motivation pour le salarié à se déployer pour que les performances de son entreprise se traduisent dans le cours de l'action<sup>86</sup> ». Partant de là, nous convenons avec une partie de la doctrine que l'attribution gratuite d'actions est « une stratégie managériale visant à attirer les meilleurs profils, à les fidéliser et à inciter les salariés à donner le meilleur d'eux-mêmes<sup>87</sup> » et ce, au grand profit de l'entreprise.

Le développement de l'actionnariat salarié participe à la rentabilité de l'entreprise<sup>88</sup> puisqu'au-delà des apports effectués par les associés, les crédits consentis par les tiers notamment les dispensateurs de crédits, le travail des salariés et la compétence des dirigeants sociaux restent un apport considérable.

S'analysant comme un mécanisme de renforcement de la culture de l'entreprise, l'attribution gratuite d'actions contribue, ensuite, à rendre compétitive les entreprises commerciales<sup>89</sup>. Nous vivons dans un monde de compétition<sup>90</sup> et de compétitivité des entreprises<sup>91</sup>. La compétitivité d'une entreprise dépend de la promotion de quatre facteurs à savoir l'énergie, le droit de propriété, la propriété intellectuelle et le travail. Ce dernier, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine estime<sup>92</sup>, contribue à la compétitivité des entreprises. En effet, l'intégration des salariés dans l'actionnariat, à la suite de leur performance réalisée dans l'entreprise, est source de motivation dans la mesure où ils donneront le meilleur d'eux-mêmes pour rendre compétitive l'entreprise<sup>93</sup>.

Ce mécanisme de management profite alors à l'entreprise en ce sens qu'en motivant les personnes concernées, l'entreprise serait attractive et compétitive<sup>94</sup>.

Par ailleurs, dans le second cas, la gratuité profite à l'entreprise dans la mesure où elle s'analyse comme une stratégie commerciale permettant d'appâter et de fidéliser la clientèle. Dans le domaine commercial, la gratuité est un instrument de la promotion des produits et des

---

<sup>86</sup> J.-Ph. DOM, *op. cit.*, p. 32.

<sup>87</sup> E. NICOLAS, « Le salarié, consommateur d'actions cotées de son entreprise », *Dalloz, Droit social* 2014, p. 530.

<sup>88</sup> J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir », *Les Petites Affiches*, 19 juin 1996, n° 74. 23

<sup>89</sup> Sur la question, V. C. A. W. NDIAYE, *op. cit.*, pp. 35 et s.

<sup>90</sup> Il faut avoir une économie forte si l'on veut gagner des marchés.

<sup>91</sup> Ph. MERLE, *Droit commercial Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2005, 3<sup>e</sup> Partie, p. 777.

<sup>92</sup> Pour Benjamin COURIAT, le métier constitue un obstacle à l'accumulation du capital. V. B. COURIAT, *L'atelier et le chronomètre, Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Paris, C. Bourgeois 1979.

<sup>93</sup> M. KOCHER, « L'actionnariat salarié : à la croisée des chemins de la gouvernance », *Dalloz, Droit social* 2014, p. 545.

<sup>94</sup> Sur la question, V. E. COHEN, « La longévité du personnel dirigeant et la performance », in *Les performances des entreprises française au XXe siècle*, Le Monde éd., 1995, spéc. pp. 258 et s



services au même titre que la vente à l'essai<sup>95</sup>, la vente à la dégustation<sup>96</sup> ou les ventes promotionnelles autorisées par le Ministre chargé du Commerce. Les vendeurs professionnels font usage de cet instrument pour attirer et conserver la clientèle, mais encore faudrait-il qu'ils respectent les règles de la concurrence. En cela, la gratuité marchande profite sans conteste à l'entreprise puisque comme nous l'avons déjà fait remarquer, il s'agit d'une gratuité-moyen.

En marge de la gratuité profitant à l'entreprise, il est des cas où la gratuite profite aux tiers.

## **2- La gratuité profitable aux tiers**<sup>97</sup>

Il apparaît que la société commerciale, par la réalisation d'une entreprise, a notamment pour finalité le partage des bénéfices entre associés<sup>98</sup>. Ce partage des bénéfices entre associés révèle une vision libérale et capitaliste de la société et de l'entreprise<sup>99</sup>. Cette conception ultra libérale de ces entités a, au fil du temps, été critiquée par de nombreuses voix issues du monde universitaire, religieux, politique, associatif, ou écologique. Selon ces derniers, toute entreprise doit notamment contribuer à l'accomplissement d'une croissance raisonnée, génératrice de bien-être et de progrès social comme environnemental. En effet, pour eux, l'entreprise a des responsabilités sociales, sociétales, environnementales et politiques et doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt commun des parties prenantes<sup>100</sup>.

Ainsi, face à ce qui semblait un horizon indépassable pour l'entrepreneur, des initiatives nombreuses se sont pourtant inscrites avec des objectifs différents parce que non centrés sur le gain financier. Depuis plus d'une décennie, au Sénégal comme ailleurs en Afrique, est en effet apparu ce nouveau secteur d'activités appelé social business ou économie sociale<sup>101</sup>. Elle procède de la crise de sens décelable au sein des entreprises, de la nécessité de s'en sortir face aux multiples interpellations d'un monde changeant. C'est ainsi que l'objet de l'entreprise sociale doit être interrogé de près.

La vision décalée voire contradictoire à celle de l'entreprise classique prône, comme déjà mentionné ci-dessus, d'autres objectifs moins centrés sur l'apporteur de capitaux ou de

---

<sup>95</sup> V. Art. 342 du COCC.

<sup>96</sup> V. Art. 352 du COCC.

<sup>97</sup> La notion de tiers doit être entendue au sens large. Nous visons notamment les clients, consommateurs, société civile, associations.

<sup>98</sup> V. Article 4 AUSC/GIE.

<sup>99</sup> V. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004, pp. 1 et s.

<sup>100</sup> F. BICHERON, « L'influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de société », in Actes de colloque sur le thème : *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, UCAD, 2018, pp. 74 et s.

<sup>101</sup> A. CHAUVEAU et J.-J. ROSE, *L'entreprise responsable*, Éditions d'Organisation, 2003, pp. 45 et s.



moyens<sup>102</sup>. C'est désormais une gouvernance nouvelle qui donne la voix à une pluralité de parties prenantes et ouvre la perspective aux acteurs jusque-là écartés des décisions entrepreneuriales fortes (clients, consommateurs, société civile, associations ...).

La nouveauté, mais aussi l'intérêt de la nouvelle démarche, repose sur la vision qui nourrit les tenants de ce concept qui, tout en revendiquant leur statut entrepreneurial, assument des objectifs plus larges. Les retombées sociales de leurs actions sont au cœur du projet d'entreprise qui doit obéir à un régime juridique spécifique. C'est à travers l'entreprise sociale qui, sous d'autres cieux<sup>103</sup> est appelée « société à finalité sociale », que l'on perçoit l'idée d'une gratuité profitable aux tiers. En effet, l'entreprise sociale traduirait l'idée selon laquelle « l'entreprise est incitée à aller au-delà de la seule finalité spéculative et économique au profit de ses seuls membres pour intégrer, dans sa prise de décision, des considérations de nature éthique, sociale et environnementale, pour le bénéfice de toutes les parties prenantes<sup>104</sup> ». Il en résulte que l'entreprise doit agir de manière socialement responsable car c'est son de devoir moral. Comme le fait souligner un auteur « qui eut cru que les professionnels ont du cœur ou qu'ils s'intéressent aux valeurs, qui peuvent être définies comme ce qui est recherché, désiré<sup>105</sup> ».

L'actualité financière récente a mis en avant de nouvelles exigences de gouvernance des entreprises rendues pressantes par la nécessité d'organiser l'environnement économique mondialisé<sup>106</sup>. Les acteurs internes comme externes exigent de nouvelles règles de transparence dans la reddition des comptes, mais surtout contestent la centralité des associés. Ils exigent une vision moins basée sur le capital et le court terme. Ces nouveaux enjeux sont globalement désignés par « la responsabilité sociale ou sociétale » de l'entreprise. Ils recoupent diverses préoccupations dont la prise en compte de la transition climatique, devenue un enjeu capital pour l'entreprise.

---

<sup>102</sup> Aux termes de l'Article 2 du règlement du parlement européen et du conseil établissant un programme de l'Union européenne pour le changement social et l'innovation sociale, l'entreprise sociale est « une entreprise dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales. Elle est soumise à une gestion responsable et transparente, notamment en associant ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques ».

<sup>103</sup> V. F. BICHERON, *op. cit.*, p. 81.

<sup>104</sup> I. Y. NDIAYE, « Introduction à la responsabilité sociale des entreprises », in Actes de colloque sur le thème *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>105</sup> P. S. A. BADJI, « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE : différence ou similarité d'approche ? », in Actes de colloque sur le thème *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>106</sup> V. R. BOFFA, « RSE et devoir de vigilance », in Actes de colloque sur le thème *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, p. 61.





Dans les pays en développement, la problématique est plus complexe. A l'impératif de compétitivité financière viennent se greffer des objectifs certes cruciaux mais non nécessairement en ligne avec les stratégies purement financières dégagées<sup>107</sup>.

Faisons remarquer par ailleurs que la RSE n'est régie que par un cadre juridique embryonnaire<sup>108</sup>. Elle n'est pas obligatoire que dans certains domaines<sup>109</sup>. Le principe qui caractérise la RSE est donc le volontariat.

Nombreuses sont les entreprises commerciales<sup>110</sup> qui se sont engagées dans une démarche de RSE, renforçant ainsi leur projet sociétal par une politique de mécénat<sup>111</sup>. Le mécénat peut être défini comme un soutien matériel ou financier apporté, sans contrepartie directe, de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activité présentant un caractère d'intérêt général. Ainsi, selon l'article 9 du code général des impôts du Sénégal, les dons faits par les entreprises devront être versés au profit d'organismes ou d'œuvres d'intérêt général à caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou familial désignés par arrêté du ministre chargés des finances. A travers le mécénat, l'entreprise commerciale doit poser un acte à titre gratuit désintéressé au profit des tiers concernés.

En définitive, il est sans conteste que la gratuité est bien présente en droit commercial et profite aussi bien à l'entreprise qu'aux tiers. Cette prise en compte de la gratuité en matière commerciale témoigne de l'évolution des finalités du droit commercial.

En marge de ces précisions, rappelons que le droit a toujours été méfiant de l'acte gratuit. Certainement, c'est son caractère suspect ou dangereux qui justifie son encadrement rigoureux en droit civil<sup>112</sup>. Dans le même sens, il est à préciser que la gratuité est aussi contrôlée de façon stricte en droit commercial.

## **II- L'admission strictement contrôlée de la gratuité en droit commercial**

---

<sup>107</sup> Sur la question, V. D. SENE, « La responsabilité sociale des entreprises comme outils de développement communautaire dans les pays en développement », in Actes de colloque sur le thème *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, p. 37.

<sup>108</sup> Mais précisons que c'est dans l'espace OHADA que c'est en gestation, mais dans certain sous-ensemble de l'OHADA à l'instar de la CEMAC et de l'UEMOA nous avons un cadre juridique de la RSE même si c'est de manière disparate. Il s'y ajoute des textes qui sont tantôt souples tantôt, contraignants. Pour ces derniers, le secteur extractif de certains Etats membres de l'OHADA est illustratif.

<sup>109</sup> V. P. S. A. BADJI, « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE : différence ou similarité d'approche ? », in Actes de colloque sur le thème *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés Sénégalais et Français*, op. cit., p. 107 ; Voir aussi la loi n° 2019-03 du 1<sup>re</sup> février 2019 portant code pétrolier au Sénégal ; Loi n° 2016-32 du 08 novembre 2016 portant code minier du Sénégal.

<sup>110</sup> L'on peut notamment citer certaines entreprises au Sénégal : La SOCIM de Rufisque, la SONATEL de Dakar, la CSS de Richard-Toll, la SAR de Sicap Diameguéne.

<sup>111</sup> V. Art. 9 de la loi n° 2012-31 du 31 décembre 2012 portant code général des impôts du Sénégal. Journal .Officiel. n° 6706 du 31-12-2012) ; O. BINDER, « Aspects juridiques et fiscaux du mécénat d'entreprise », *Gaz. Pal.* 1987. 2. Doctr. 744 ; G. DE BRÉBISSON, *Le mécénat*, 2<sup>e</sup> éd., 1993, coll. Que sais-je, PUF.

<sup>112</sup> V. Art. 654 et suivants de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille du Sénégal, JOS spécial n° 4243, du 12 Août 1972.



Le droit commercial n'étant pas un droit, *a priori*, sentimental, puisque caractérisé par l'esprit du lucre, la gratuité serait en effet suspecte. C'est cette méfiance qui l'entoure qui justifie qu'elle soit strictement encadrée en la matière (A). D'ailleurs, cet encadrement rigoureux se manifeste sous diverses formes (B).

### **A- Les fondements du strict encadrement de la gratuité**

Rappelons-le, l'acte à titre gratuit est un acte par lequel une personne accepte de se dépouiller d'un élément de son patrimoine pour le donner à une autre personne sans contrepartie aucune<sup>113</sup>. Il se caractérise par une intention libérale<sup>114</sup>. Or, l'activité commerciale est par essence une activité lucrative dominée par la recherche de profit. La gratuité lui est alors étrangère. Ainsi, le législateur lui accorde une attention toute particulière puisque pouvant être source de pratiques financières prohibées (1) ou de pratiques commerciales abusives (2).

#### **1- La gratuité, source de pratiques financières prohibées**

D'emblée faisons remarquer que nous mettons en exergue l'acte gratuit reçu par l'entreprise commerciale. Ainsi, les actes à titre gratuit reçus par les entreprises commerciales peuvent dans certains cas être analysés comme relevant de pratiques financières prohibées. En effet, ils peuvent être des moyens de blanchissement de capitaux ou de financement du terrorisme. Les entreprises commerciales peuvent recevoir des libéralités sans qu'une autorisation administrative ne soit nécessaire. Partant de là, ne pourrait-on pas établir un lien entre la capacité pour les entreprises commerciales de recevoir des libéralités et le développement du blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme ?

Au sens de la loi n° 2018-03 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>115</sup> et le financement du terrorisme<sup>116</sup>, le blanchiment de capitaux est défini comme l'infraction constituée par un ou plusieurs des agissements énumérés ci-après, commis intentionnellement, à savoir :

« a) la conversion ou le transfert de biens, par toute personne qui sait ou aurait dû savoir que ces biens proviennent d'un crime ou délit ou d'une participation à un crime ou délit, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens, ou d'aider toute personne impliquée dans cette activité à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;

---

<sup>113</sup> V. J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, L.G.D.J, N.E.A, 1981, n°59 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome I, Contrat et engagement*, 4<sup>e</sup> éd, Thémis, 2016.

<sup>114</sup> V. Art. 692 et suivants du Code de la famille du Sénégal.

<sup>115</sup> V. B. BOULOC, « Blanchiment-infraction générale. Crim., 16 janvier 2013, n° 11-83.689 », *RTD com.* 2013, p. 359. H. DIAZ, « Blanchiment : présomption simple d'illicéité des biens ou revenus », *Dalloz actualité*, 26 mars 2019.

<sup>116</sup> *Loi n°2018-03 du 23 février 2018 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement de terrorisme*. Cette loi est prise à la suite de la Directive de l'UEMOA : Directive n°07/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA.



b) la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou des droits y relatifs, par toute personne qui sait ou aurait dû savoir que ces biens proviennent d'un crime ou délit ou d'une participation à un crime ou délit ;

c) l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui s'y livre, sait ou aurait dû savoir, au moment où il les réceptionne que ces biens proviennent d'un crime ou délit ou d'une participation à un crime ou délit ;

d) la participation à l'un des actes visés aux points a), b) et c) du présent article, le fait de s'associer pour le commettre, de tenter de le commettre, d'aider ou d'inciter quelqu'un à le commettre ou de le conseiller, à cet effet, ou de faciliter l'exécution d'un tel acte.

Il y a blanchiment de capitaux, même si cet acte est commis par l'auteur de l'infraction ayant procuré les biens à blanchir.

Il y a également blanchiment de capitaux, même si les activités qui sont à l'origine des biens à blanchir sont exercées sur le territoire d'un autre Etat membre ou celui d'un Etat tiers<sup>117</sup> ».

Pour prévenir cette infraction, la loi a institué des mesures visant à faire respecter la réglementation en vigueur (politique de conformisme). C'est ainsi que l'article 16 de ladite loi dispose : « Les opérations de change, mouvements de capitaux et règlements de toute nature avec un Etat tiers doivent s'effectuer conformément aux dispositions de la réglementation des changes en vigueur ». Avant d'effectuer une quelconque opération, les organismes financiers doivent s'assurer de l'identité et de l'adresse de leurs clients avant de leur ouvrir un compte, prendre en garde, notamment des titres, valeurs ou bons, attribuer un coffre ou établir avec eux toutes autres relations d'affaires. Cette vérification concerne également les clients occasionnels. Dans le même sens, les entités traitant des questions économiques et financières au sens de la loi sur la lutte contre le blanchissement d'argent sont tenues d'une obligation de déclaration de certaines opérations suspectes notamment celles relatives au financement du terrorisme. L'article 26 de la loi prévoit que les personnes visées à l'article 5 et 6 de ladite loi doivent déclarer à la, CENTIF<sup>118</sup>, dans les conditions fixées par la présente loi et selon un modèle de déclaration fixé par arrêté du ministre chargé des Finances :

« • les sommes d'argent et tous autres biens qui sont en leur possession, lorsque ceux-ci pourraient provenir du blanchiment de capitaux ;

---

<sup>117</sup> V. Art. 7 de la loi n°2018-03 du 23 février 2018 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement de terrorisme.

<sup>118</sup> Cellule Nationale de Traitement des Informations Financières.



- les opérations qui portent sur des biens, lorsque celles-ci pourraient s'inscrire dans un processus de blanchiment de capitaux ;
- les sommes d'argent et tous autres biens qui sont en leur possession, lorsque ceux-ci, suspectés d'être destinés au financement du terrorisme, paraissent provenir de la réalisation d'opérations se rapportant au blanchiment de capitaux ».

Il résulte de ces développements que les techniques de blanchiment de capitaux sont nombreuses et variées ainsi que les moyens de préventions. Toutefois, des faiblesses sont notées car les sociétés commerciales, qui ne sont pas des institutions financières, ne figurent parmi les acteurs de la prévention. Ainsi, la personne animée d'une intention de blanchiment de capitaux peut par des techniques légales atteindre son objectif. Il lui suffit simplement de faire des libéralités aux entreprises commerciales du moment qu'il n'y a aucun obstacle à la capacité de recevoir des sociétés commerciales. Sous ce rapport, les actes à titre gratuit consentis aux entreprises commerciales telles que les sociétés commerciales peuvent être un moyen de blanchiment des capitaux. C'est pourquoi le législateur devrait se montrer méfiant face aux actes gratuits reçus par les sociétés commerciales. Il devrait y avoir une procédure de contrôle, de déclaration ou d'autorisation des libéralités reçues et ce, pour des questions de bonne gouvernance, de transparence et de sécurité juridique.

En marge du blanchiment de capitaux, l'on peut aussi s'interroger sur le lien entre l'acte gratuit et le financement du terrorisme.

Au sens de la loi de 2018-03 susvisée, « on entend par financement du terrorisme, tout acte commis par une personne physique ou morale qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, a délibérément fourni ou réuni des biens, fonds et autres ressources financières dans l'intention de les utiliser ou sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de la commission :

- a) d'un ou de plusieurs actes terroristes ;
- b) d'un ou de plusieurs actes terroristes par une organisation terroriste ;

c) d'un ou de plusieurs actes terroristes, par un terroriste ou un groupe de terroristes. La commission d'un ou de plusieurs de ces actes constitue une infraction. La tentative de commettre une infraction de financement du terrorisme ou le fait d'aider, d'inciter ou d'assister quelqu'un en vue de la commettre, ou le fait d'en faciliter l'exécution, constitue également une infraction de financement du terrorisme. L'infraction est commise, que l'acte visé au présent article se produise ou non, ou que les biens aient ou non été utilisés pour commettre cet acte. L'infraction est commise également par toute personne physique ou morale qui participe en tant que complice, organise ou incite d'autres à commettre les actes susvisés. La connaissance ou



l'intention, en tant qu'éléments des activités susmentionnées, peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives ».

Au sens de cette définition, l'on peut légitimement se poser la question de savoir si une libéralité consentie au profit d'une société commerciale ne peut-elle pas constituer un risque de financement du terrorisme<sup>119</sup>. A notre sens, nous sommes tentés de répondre par l'affirmative. En effet, à travers le mécanisme du financement participatif<sup>120</sup>, le risque du financement du terrorisme reste présent. Le financement participatif<sup>121</sup> ou *crowdfunding* est un mécanisme de financement novateur pour les entreprises<sup>122</sup>. Il permet de collecter des fonds auprès des internautes dans le but de financer un projet spécifique qui peut être soumis par un créateur d'entreprise, une entreprise bien établie, un particulier, des associations etc. Le *crowdfunding* permet à des porteurs de projet de trouver des financements directement auprès des utilisateurs finaux des produits ou des services qu'ils souhaitent développer<sup>123</sup>. Il se décline essentiellement en cinq modèles : « le don sans contrepartie (*donation-based crowdfunding*), le don avec récompense (*reward-based crowdfunding*), le prêt participatif (*crowdlending*), l'investissement en capital (*equity crowdfunding*), et le financement participatif en royalties (*royaltybased crowdfunding*) »<sup>124</sup>. En référence au modèle du don, il faut relever que les participants donnent de l'argent pour soutenir un projet, qui peut être à vocation caritative, sociale ou culturelle, par exemple. En principe, ils n'attendent pas de contrepartie, si ce n'est un éventuel avantage fiscal<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> C. PHILIP, « Rapport d'information sur l'union européenne et la lutte contre le terrorisme », *Vie du Droit, Les Annonces de la Seine*, Numéros 58, Jeudi 15 septembre 2005, p. 3.

<sup>120</sup> Sur ce financement, v. O. JOFFRE et D. TRABELSI, « Le crowdfunding, concepts, réalités et perspectives », *Revue française de gestion*, n° 273/2018, p. 70 ; V. BESSIERE et E. STEPHANY, « Le financement par crowdfunding. Quelles spécificités pour l'évaluation des entreprises ? », *Revue française de gestion*, 2014, vol. 40, n° 242, pp. 149-161.

<sup>121</sup> Le financement participatif (appelé *crowdfunding* (CF) dans le monde anglo-saxon, c'est-à-dire « financement par la foule ») peut se définir comme « un mécanisme de financement qui consiste pour un porteur de projet (quel que soit sa statut : particulier, organisation marchande ou non marchande) à avoir recours aux services d'une plateforme (généraliste ou spécialisée) de CF afin de proposer un projet ( finalisé ou non) auprès d'une communauté de financeurs (qualifiés de soutiens, ou *backers*) en échange éventuels de contreparties préalablement définies » : St. ONNEE et S. RENAULT, « Financement participatif : vers une compréhension du rôle joué par la foule », *in Annales des mines-Réalités industrielles*, février 2016, pp. 12 à 16.

<sup>122</sup> S. CIEPLY et A.-L.L. NADANT, « Le crowdfunding : modèle alternatif de financement ou généralisation du modèle de marché pour les start-up et les PME ? », *Revue d'économie financière*, 2016, n° 122, p. 255-272.

<sup>123</sup> Il s'agit en réalité de techniques de financement alternatives. V. Th. GRANIER et N. CHAPIER-GRANIER, « Le financement participatif (*crowdfunding*), révélateur des limites actuelles du système bancaire et financier », *in Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU, Dalloz, LGDJ, 2014, pp. 481 et s.

<sup>124</sup> V. O. JOFFRE et D. TRABELSI, *op. cit.*, p. 74.

<sup>125</sup> V. O. JOFFRE et D. TRABELSI, *op. cit.*, p. 74.



Les membres de la foule interagissent, votent, accompagnent et participent financièrement à un projet<sup>126</sup>. Les porteurs de projet reçoivent des sommes d'argent provenant des internautes, sans offrir aucune compensation en échange. Les entreprises commerciales y ont recours très souvent<sup>127</sup>.

Cette technique de financement présente beaucoup d'avantage. Mais, elle n'est pas sans risque. En effet, le financement d'activités terroristes a considérablement augmenté avec l'utilisation de cette technique de financement des projets. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au rapport du Groupe d'Action Financière (GAFI) publié le 27 février 2015. Il ressort de ce document que le financement du terrorisme se fait à travers les réseaux de communications modernes et l'utilisation de la technique du financement participatif.

Sans conteste, les actes à titre gratuit reçus par les entreprises commerciales peuvent être source de pratiques financières prohibées en témoigne l'attention que le législateur les porte.

Par ailleurs, ils peuvent aussi être source de pratiques commerciales abusives.

## **2- La gratuité, source de pratiques commerciales abusives**

Comme nous l'avons déjà relevé la gratuité marchande peut être une stratégie commerciale visant à appâter ou à fidéliser la clientèle. Sous ce prisme, elle peut, par fois, prendre la forme d'une pratique commerciale abusive<sup>128</sup>. C'est ainsi que le législateur<sup>129</sup>, dans le souci de protéger le consommateur, les petits commerçants et même le marché, lui accorde une attention particulière en prévoyant des interdictions et des sanctions éventuelles<sup>130</sup>. Pour s'en convaincre, nous mettrons en exergue quelques pratiques commerciales abusives en rapport avec la gratuité marchande.

D'abord, l'on peut citer les fausses annonces de gratuité en matière de promotion des ventes<sup>131</sup>. Ces pratiques sont prohibées sur le fondement de la publicité de nature à induire en

---

<sup>126</sup> St. ONNEE et S. RENAULT, «Financement participatif : vers une compréhension du rôle joué par la foule », in *Annales des mines-Réalités industrielles*, février 2016, p. 12 à 16.

<sup>127</sup> « Selon le baromètre du *crowdfunding* en France, 24 126 projets ont été financés en 2017 par 1 655 603 financeurs » : V. O. JOFFRE et D. TRABELSI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>128</sup> Voir notamment les articles 66 et suivants de la loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur déjà citée.

<sup>129</sup> Le droit de la concurrence est vu comme l'« ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle. V. J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 1989, p. 18.

<sup>130</sup> Sur la question, voir : la Loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur.

<sup>131</sup> L'article 40 de la loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur dispose : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption prix ou tarif et conditions de vente des biens ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la



erreur puisque visant à annoncer faussement qu'un produit ou un service sera vendu gratuitement. Elles s'analysent en des actes de concurrence déloyale<sup>132</sup>. L'institution de la notion de concurrence déloyale<sup>133</sup> a pour objet de moraliser la vie des affaires. Dans l'environnement d'affaires, les acteurs rédigent des codes de déontologie, des chartes et lignes de conduite<sup>134</sup>.

Ensuite, nous avons l'exemple de la prohibition de certains mécanismes de promotion de la vente contenant la gratuité. Il en est ainsi de la vente avec prime gratuite. Elle peut se définir comme une technique de promotion commerciale consistant à offrir gratuitement à un consommateur, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service, une prime sous la forme d'un produit, d'un bien ou d'un service. Cette technique de promotion des ventes est interdite pour deux raisons principalement<sup>135</sup>. *Primo*, elle crée une illusion de gratuité alors qu'il n'en est rien. Ce qui, en réalité, vise à tromper<sup>136</sup> le consommateur. D'ailleurs, « comme a pu le remarquer un auteur, la prime apparaît comme gratuite parce que le commerçant qui l'offre fait croire aux consommateurs qu'il offre l'objet principal de la vente au même prix que ses concurrents ou à son prix habituel, alors qu'il est parfaitement libre de fixer les prix, et de considérer, officieusement, que le prix de l'objet principal est inférieur au prix indiqué et que, par conséquent, la prime est onéreuse<sup>137</sup> ». *Secundo*, elle constitue un acte de concurrence

---

vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ».

<sup>132</sup> V. La loi n°94-63 du 22 Aout 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, publiée au J.O 27 Août 1994. Voir aussi : La Directive 2005/29 CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, annexe I, 20 : « décrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article » sera réputé déloyal en toutes circonstances. JOUE 11 juin 2005, L149/22 et s.

<sup>133</sup> Sur cette notion, V. R. HOUIN et M. PEDAMON, *Droit commercial, Actes de commerce et commerçants, Activité commerciale et concurrence*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1980, p. 417 ; Y. SERRA, « La validité de la clause de non concurrence », *D.*1987, chr., p.113 et s ; P. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec 1998, collection « Responsabilités », p. 10.

<sup>134</sup> Certains auteurs pensent que l'action en concurrence déloyale est une action en protection du fonds de commerce (G. RIPERT, *Les aspects du capitalisme moderne*, L.G.D.J, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n°86) tandis que d'autres estiment que c'est une action disciplinaire qui sanctionne le non-respect des usages de la profession (J. AZEMA, *Droit français de la concurrence*, Thémis, 1986, n°168).

<sup>135</sup> L'article 66 de la loi 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur dispose : « Il est interdit de vendre ou d'offrir à la vente des biens, d'assurer ou d'offrir une prestation de service aux consommateurs donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime comportant des biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation ».

<sup>136</sup> Les actes qui visent à tromper le public sont prohibés puisqu'ils constituent des actes de concurrence déloyale. Selon l'article 4 de l'annexe VIII de l'accord portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, induit ou est de nature à induire le public en erreur au sujet d'une entreprise ou de ses activités, en particulier des produits ou services offerts par cette entreprise, constitue un acte de concurrence déloyale.

<sup>137</sup> V. Ch. GOYET, « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal », *RTD Com.* 1975, p. 35 cité par St. BENILSI, *op. cit.*, p. 394, n° 658.



déloyale dans la mesure où, elle peut permettre aux grands commerçants d'attirer déloyalement la clientèle des petits commerçants.

Enfin, il y a la prohibition des ventes de produit ou de service à des prix abusivement bas puisqu'étant dérisoire. Le prix est dérisoire<sup>138</sup> lorsqu'il est sans proportion avec la valeur du bien vendu. Dans ce cas, le prix est tellement infime qu'il n'a aucune existence réelle et par conséquent l'obligation du vendeur est dépourvue de cause. Ainsi, la vente à un prix dérisoire pourrait s'analyser en une revente à perte qui fait l'objet d'une interdiction aussi. Cette dernière comme technique de promotion de la vente est prohibée<sup>139</sup> pour plusieurs raisons. Ainsi, comme a pu le relever un auteur la revente à perte présente divers inconvénients. Tout d'abord, elle trouble les relations commerciales car elle conduit un distributeur à pratiquer des prix non conformes aux usages du commerce pour se doter d'une image qui n'est pas toujours méritée d'enseigne à marge réduite. Ensuite, elle désorganise le réseau de distribution du fournisseur. Enfin, la revente à perte peut contribuer à banaliser une marque notoire<sup>140</sup>. La revente à perte est généralement le fait de distributeurs puissants qui vendent des articles en dessous du prix normal pour attirer la clientèle. C'est la traduction de la technique de marketing mise en lumière par Bernard TRUJILLO « un îlot de pertes dans un océan de profits ». Ce comportement peut être préjudiciable aux commerçants détaillants car la grande distribution est en mesure de pratiquer des prix très bas. Cela déprotège aussi le consommateur car le commerçant qui revend à perte peut être tenté de se rattraper sur d'autres produits.

A la lumière des développements qui précèdent, il est avéré que la gratuité marchande peut être source à la fois de pratiques financières abusives et de pratiques commerciales abusives justifiant ainsi leurs méfiances de la part du législateur. C'est sans doute la raison pour laquelle, l'encadrement rigoureux de la gratuité marchande se manifeste sous diverses formes.

### **B- Les manifestations de l'encadrement rigoureux de la gratuité en droit commercial**

Il est certes, noté une imbrication entre l'acte gratuit et le domaine commercial mais, à causes des effets négatifs de la gratuité, le législateur reste méfiant et cette méfiance se manifeste par le caractère restrictif de l'acte gratuit (1) et des interdictions en la matière dans certaines circonstances.

---

<sup>138</sup> V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, pp. 162 et s. Selon l'auteur, le prix « est dérisoire lorsqu'il est inexistant (zéro euro) ou ridiculement bas (un lingot d'or vendu à un euro)... ».

<sup>139</sup> L'article 70 de la loi 2021-25 dispose : « Il est interdit, pour tout commerçant, le fait de revendre ou d'annoncer la revente d'un bien en l'état à un prix inférieur à son prix de revient, ... ».

<sup>140</sup> P. ARHEL, *Les pratiques tarifaires*, Edition Formation Entreprise, Collection droit des affaires, 2<sup>e</sup> éd., 2001, cité par D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 14<sup>e</sup> édition, Armand Colin, 2001, p. 284.





## **1- Le caractère limitatif des actes gratuits recus par les entreprises commerciales : l'interdiction des aides d'Etat**

En cours de vie, les entreprises commerciales peuvent être confrontées à des difficultés économiques ou financières<sup>141</sup>. Au regard de leur importance sur toutes les facettes (politique, économique et sociale) de la société, l'on peut s'interroger sur la légalité des aides d'Etat.

Est-il possible pour les Etats de transférer gratuitement des ressources publiques à une entreprise en difficulté pour soutenir son activité ? La réponse est en principe négative. En effet, selon l'article 88 (c) du Traité de l'UEMOA, les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions sont interdites de plein droit un an après l'entrée en vigueur dudit Traité. C'est l'article premier b du Règlement n°04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etats à l'intérieur de l'Union EMOA et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité qui précise la notion d'aide publique. Il indique qu'il s'agit de toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes, pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide et qui confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou certaines productions.

Mais faisons remarquer que la notion (d'aide d'Etat) telle que définie par les textes communautaires n'est pas assez explicite. Elle n'indique pas au fond la nature des comportements prohibés. Au demeurant, elle s'intéresse non pas aux actes, mais à leurs effets. La jurisprudence européenne, appuyée en cela par la doctrine, a essayé de clarifier le concept d'aide d'Etat, en précisant au passage, les critères de distinction. Selon la CJCE « La notion d'aide est plus générale que celle de subvention. Elle comprend non seulement des prestations positives, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques<sup>142</sup>».

Par ailleurs, soulignons que toutes les aides ne sont pas sanctionnées. En tout cas, non seulement il y a des aides publiques interdites de plein droit notamment celles subordonnées,

---

<sup>141</sup> Sur la question, V. P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant*, n°838, Janvier-Mars 2002.

### **142**

**Dit Justin Wenyaoa Yaméogo, L'Etat, l'UEMOA et la souveraineté fiscale : la cession partielle de souveraineté, [www.memoireonline.com/.../in\\_l'Etat-IUEMOA-et-la-souv](http://www.memoireonline.com/.../in_l'Etat-IUEMOA-et-la-souv) consulté le 30 janvier 2022.**



en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation vers les autres Etats membres, les aides subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés des autres Etats membres, mais également il y a des aides publiques qui ne sont pas sanctionnées parce que compatibles avec le Marché commun. Il s'agit entre autres de celles qui ont un caractère social, destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles, des aides à des activités de recherche.

Faisons remarquer que l'interdiction des aides d'Etat s'inscrit dans une logique de favoriser une concurrence saine des entreprises au sein de l'Union et de veiller au respect des règles de transparence dans leurs rapports avec les entreprises publiques et organisations internationales ou étrangères. Dans la quasi-totalité des Etats membres de l'UEMOA, il existe des entreprises en situation de monopole. Ces Etats doivent veiller à ce que le marché soit ouvert et demeure concurrentiel. Le législateur communautaire est conscient de la complexité des relations financières des pouvoirs publics nationaux avec les entreprises ; ces entités sont plus souvent aidées par l'Etat ou ses ressources<sup>143</sup>. Il va falloir donc assurer une certaine transparence dans le cadre de leurs relations. C'est la raison d'être de la directive n°1/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières d'une part entre les Etats membres et les entreprises publiques et, d'autre part, entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères.

Outre le caractère limitatifs des actes gratuits au profit des entreprises commerciales, il existe par ailleurs des interdictions d'actes gratuits pouvant être consentis par les entreprises commerciales.

## **2- Les interdictions de faire des actes gratuits : Le cas des entreprises faisant l'objet de procédures collectives**

Il convient de relever que dans les rapports entre la gratuité et l'exercice de l'activité commerciale, les interventions législatives visent soit à encadrer soit à interdire l'acte gratuit. Les cas d'interdiction de l'acte gratuit sont présents dans plusieurs domaines de l'activité commerciale. Mais, nous mettrons l'accent sur le domaine des procédures collectives. En la matière, lorsque l'entreprise est en difficulté, le législateur communautaire accorde une attention particulière aux actes à titre gratuit et ce, pour des questions de protections des intérêts catégoriels notamment l'entreprise, les créanciers et les salariés. Ainsi, selon l'article 68 de

---

<sup>143</sup> Il peut arriver que l'Etat apporte son soutien aux entreprises nationales et sous diverses formes. Il en est ainsi des mesures d'allégement notamment les délais de paiement, des exonérations d'impôts ou de taxes ou de réduction des droits.



l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif sont déclarés inopposables de droit<sup>144</sup> à la masse des créanciers tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière accomplis par le débiteur en procédure pendant la période suspecte. Dans le même sens, l'article 69 du même texte, précise que les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière passés dans les six (6) mois précédent la période suspecte, peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice.

Ces actes à titre gratuit, doivent être déclarés inopposables à la masse des créanciers. Mais, encore faudrait-il, qu'ils soient accomplis pendant la période suspecte qui, est fixée selon l'Acte uniforme, à la période allant de la date de cessation des paiements<sup>145</sup> jusqu'au jugement d'ouverture des procédures collectives<sup>146</sup>. Il s'agit ainsi d'actes anormaux de gestion qui ne protègent pas les intérêts des créanciers.

Relevons que suivant la formule utilisée par l'article 68 de l'Acte uniforme, il semble que l'inopposabilité englobe tous les actes à titre gratuit. Elle concerne tous les actes qui ont pour objet de faire passer un droit ou un bien mobilier ou immobilier, d'un titulaire à un autre. En réalité, il est question de toutes les libéralités par lesquelles le débiteur a, par voie directe ou indirecte, donné sans recevoir en contrepartie une prestation équivalente. A titre d'exemple, l'on peut citer les donations. Pour ces dernières, une précision doit être apportée. En principe, la donation pour être valable, doit répondre à trois exigences à savoir l'absence de contrepartie, l'intention libérale et le lien de causalité<sup>147</sup>. Ces trois éléments sont cumulatifs. Toutefois, lorsqu'une entreprise est en cessation des paiements, ces trois critères ne sont plus pris en compte de la même manière. Le juge vérifie uniquement si la prestation effectuée pendant la période suspecte a ou non une contrepartie. Il semble ainsi qu'en droit des procédures collectives, le critère de l'absence de contrepartie prime sur les autres et ce, à juste titre car, la sanction ne frappe pas l'acte mais vise tout simplement à en neutraliser les effets.

Sans conteste, l'interdiction desdits actes à titre gratuit vise à éviter que le débiteur ne se dépouille de ses biens avant l'ouverture de la procédure collective afin que les créanciers puissent être payés. L'interdiction se justifie alors par une suspicion de fraude. Ainsi, comme

---

<sup>144</sup> L'inopposabilité de droit doit être distinguée de l'inopposabilité de plein droit. Ce dernier n'a pas besoin d'un jugement pour exister. Alors que ce jugement est nécessaire pour les inopposabilités de droit. Mais précisons que, pour les inopposabilités de droit, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation et est tenu de prononcer l'inopposabilité dès lors qu'il constate la réunion des conditions légales.

<sup>145</sup> V. art. 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire) ; J.O-OHADA, n° spécial du 25 septembre 2015.

<sup>146</sup> Voir article 67 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire) ; J.O-OHADA, n° spécial du 25 septembre 2015.

<sup>147</sup> Art. 692 du Code de la famille.



l'acte gratuit dessert l'intérêt des créanciers, il est normal qu'il leur soit inopposable car comme le dit l'adage « celui qui ne s'est pas encore libéré ne peut pas faire de libéralités ».

Finalement, c'est la méfiance qui entoure l'acte gratuit en droit commercial qui justifie les incapacités de recevoir et les incapacités de disposer gratuitement des entreprises commerciales dans certaines circonstances.

### **Conclusion**

En définitive, l'analyse révèle des imbrications entre l'acte gratuit et le domaine commercial. En effet, même si, *a priori*, l'acte gratuit semble étranger au domaine commercial, il faut noter qu'il y est bien présent. La gratuité est admise en droit commercial comme peuvent en témoigner la pléthore de textes communautaires comme nationaux l'ayant consacré ainsi que ses diverses manifestations et suivant des finalités différentes. La gratuité en droit commercial s'aperçoit sous deux angles. Elle peut se réaliser au profit des entreprises commerciales ou au profit des tiers. En ce sens, elle peut présenter des avantages à géométrie variable. En effet, si pour les entreprises commerciales, la gratuité s'analyse comme des moyens de management de l'entreprise visant à renforcer la culture ou la compétitivité de l'entreprise ou comme des techniques commerciales tendant à appâter ou à fidéliser la clientèle, du côté des tiers notamment des consommateurs, la gratuité présente moins d'avantages. C'est ainsi que la gratuité marchande est strictement encadrée en droit commercial. Le législateur accorde une attention particulière à la gratuité soit en l'encadrant soit en l'interdisant.

L'attention qui lui est réservée se justifie par des questions de protection aussi pour bien des entreprises que des consommateurs et des petits commerçants. Il est ainsi question de la promotion des règles de transparence et de bonne gouvernance.

Mais aux termes de l'analyse, il est sans conteste que des manquements dans l'encadrement sont à déplorer notamment avec l'absence de procédure particulière des libéralités reçues par les sociétés commerciales. Ainsi, pour un encadrement plus efficace, l'on devrait renforcer les règles de contrôle des actes gratuits dans les entreprises commerciales.

