



LE CUMUL DES RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLE ET EXTRAContractuelle EN DROIT BURKINABÈ

Par

SOMDA Nibéhen Isidore,

Assistant de droit privé
UFR/SJP, Université Thomas
SANKARA (Burkina Faso)

NOMBRE Grihobou Roland,

Assistant de droit privé
UFR/SJP, Université Thomas
SANKARA (Burkina Faso)



Résumé

L’article analyse le cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit positif burkinabè. En effet, la jurisprudence a consacré depuis fort longtemps le principe de non-cumul, mieux nommé de non option des responsabilités. Il se pose alors la question des éléments constitutifs du cumul et des sanctions applicables en cas de violation du principe ainsi posé. Il ressort que le cumul suppose un droit d’option du créancier en faveur des règles des articles 1382 et suivants du code civil pour bénéficier de la réparation des dommages issus de la violation, par le débiteur, de ses obligations contractuelles. De la jurisprudence des juridictions du fond, le cumul s’appréhende comme un mélange ou panachage des règles délictuelles et des règles contractuelles ou une concurrence des deux. Quant à la sanction applicable, elle se caractérise par une imprécision saisissante en ce qu’en cas de violation de la règle, les juridictions l’apprécient tantôt, comme une règle de procédure, tantôt comme une règle de fond.

Mots-clés : cumul-non-cumul- responsabilité contractuelle- responsabilité extracontractuelle-jurisprudence.

Abstract

This article analyzes double civil liability in contract and tort in burkinabe law. By precedent, liability in tort and contract are not cumulative, as a matter of principle. Cumulative liability presupposes that the creditor opted for compensatory damages in accordance with Article 1382 and subsequent provisions of the civil code in case of a breach of contract by the debtor. In lower-court rulings, double civil liability describes either competing liability rules in tort and contract or a mixture of such rules. The applicable sanction against violations of the non-cumulative liability rule remains unclear as the rule is both characterized by courts either as procedural or substantive.



INTRODUCTION

1. Un fait dommageable entraîne parfois plusieurs réactions. L'une d'elles, plus instinctive, est celle de vengeance. La victime, si elle en a la possibilité, cherche à effacer l'injustice subie et à rétablir l'égalité rompue à son égard en usant de la loi du talion. Cette forme de justice privée n'est pas toujours admise dans les systèmes juridiques où l'État est garant de la justice. Dans d'autres systèmes, jadis en vigueur¹, l'auteur du dommage pouvait aussi racheter le droit de vengeance en payant à la victime ou à sa famille le “*wergeld*”, une somme fixée en considération de la nature et de la condition de celui à qui le dommage est causé. Si le paiement est accepté, il met fin au litige. Dans le cas contraire, la victime est autorisée à poursuivre la vendetta. Si cette composition assure certes, une compensation pécuniaire, elle n'est, cependant, pas toujours conforme à l'esprit de justice en ce que son montant est fixé unilatéralement.
2. Outre ces réactions, une autre voie, pacifique et plus sûre, consiste à engager la responsabilité civile de l'auteur du dommage, mécanisme juridique permettant la réparation du préjudice subi par autrui. Cette responsabilité, suivant l'opinion publique dominante, est contractuelle ou délictuelle. La responsabilité civile est contractuelle lorsque l'inexécution du contrat, résultat d'une rencontre de volontés des parties, est source de dommage pour le créancier. Elle est extracontractuelle si le préjudice qu'il génère résulte d'un fait juridique, c'est-à-dire d'une situation dont les conséquences n'ont pas été nécessairement recherchées par son auteur. Il est admis, donc, l'existence de deux ordres de responsabilité. Néanmoins, il arrive, en dépit de la réunion des conditions d'exercice de l'action contractuelle, qu'un créancier décide d'invoquer le régime délictuel, notamment dans l'hypothèse où celui-ci lui paraît favorable, en ce que les articles 1382 et suivants du code civil visent une faute quelconque. C'est le problème du cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle².

¹ C'est le cas chez les romains et chez les français sous le règne de Charlemagne. En ce sens, voy. R. VILLIERS et A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien français* cité par G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, n°9, p. 22.

² W. D. KABRÉ, « Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle menacé de disparition en droit burkinabè ? », L'hebdomadaire juridique n°45, 18 décembre 2024, disponible sur https://web.facebook.com/dominique.kabre?locale=fr_FR, dernière consultation, 13 novembre 2025 ; « La confirmation du principe de non-cumul des responsabilités en droit burkinabè », L'hebdomadaire juridique n°27, 10 juillet 2024, disponible sur https://web.facebook.com/dominique.kabre?locale=fr_FR, dernière consultation, 13 novembre 2025 ; F. M. SAWADOGO et W. D. KABRÉ, *Théorie générale des obligations*, droit burkinabè et comparé, Ouagadougou, Nouvelle Édition Burkinabè, 2020, p. 148 ; Dans le même sens en droit comparé, voy. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T.1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n°183 à 187, pp. 237-242 ; P. WERY, « L'option des responsabilités entre



3. De prime abord, le cumul doit être distingué d'un autre concept voisin, celui de concours, qui n'est pas envisagé dans le cadre de cette étude en raison de l'existence d'une doctrine non moins abondante y relative³. Il y a concours lorsque, pour la réparation du même dommage, les règles de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ont toute vocation à s'appliquer. En revanche, le vocable de cumul, qui désigne, étymologiquement, le fait d'exercer plusieurs choses à la fois ou de réunir sur une même personne plusieurs qualités ou avantages⁴, met en évidence un possible choix de la victime d'une faute contractuelle en faveur des règles des articles 1382 et suivants du code civil pour la réparation des préjudices subis, alors que sont normalement applicables celles des articles 1147 et suivants du même code.

4. Sur la possibilité ou non d'un tel cumul, la réponse est donnée par la jurisprudence burkinabè dans son arrêt en date du 13 juin 2005⁵. Dans cette décision, la Cour de cassation consacre un principe de non-cumul, constamment accueilli par les juridictions du fond⁶. Certes, bien avant cette période, le principe était déjà appliqué par les juridictions de l'époque, conformément à l'extension aux colonies françaises de la jurisprudence en vigueur dans la métropole, où il y serait apparu, pour la première fois, expressément, dans un arrêt de 1890, repris dans des arrêts de 1922 et 1927⁷. Cependant, c'est en 1930 qu'il aurait été posé, selon J.

parties contractantes », in P. WÉRY, *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La charte, 2010, n°1-23, pp. 223-245 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2019, n°897, pp. 971-975 ; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°362-379, pp. 591-609 ; K. BELLIS, « Un pas de plus vers la chute du principe de non-cumul des responsabilités », *Defrénois*, 8 janv. 2021, pp. 1-14 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 20^e éd., Paris, LGDJ, 2023, n°s 515-519, pp. 423-426.

³ H. LAROCHE, *Les concours de responsabilités civiles*, thèse, université François – Rabelais de Tours, 2014, n°4, p. 12 ; D. PHILIPPE, « Concours de responsabilités en droit européen de la responsabilité civile », in P. WERY, « Les rapports entre responsabilités contractuelle et extracontractuelles », Bruxelles, La charte, 2010, pp. 271-284 ; K. BELLIS, « Pour la consécration d'un principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RLDC* 2019, pp. 1-19 ; F. GEORGE « Le concours de responsabilités et le sort de l'auxiliaire dans le nouveau livre 6 du Code civil » in T. MALENGREAU (dir.), *Le droit de la responsabilité civile extracontractuelle réformé*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 329-367, spéci. n°1, p. 331.

⁴ Du latin *cumulare* qui signifie, « entasser », « amasser » ou « accumuler ». voy. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cumul/21085#>, dernière consultation, 5 novembre 2025.

⁵ Cour de cassation, chambre commerciale, 13 juin 2005, arrêt n°08, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, n°002, 15 mai 2008, p. 27.

⁶ Voy par exemple, CA Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 11 du 18 janvier 2013 ; arrêt n° 08 du 07 février 2014 ; arrêt n° 026 du 16 février 2018 ; arrêt n°049 du 18/03/2022 ; également Cour d'appel de Bobo Dioulasso, chambre civile, arrêt n° 001/2024 du 02/01/2024, RG 120/2023 du 14/08/2023, inédit.

⁷ S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, pp.1-40, spéci. n°31, p. 15 ; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°361, p. 5901.



B. BORGHETTI, sous son aspect actuel, comme principe, avec l'arrêt *Jand'heur*⁸, qui avait admis une responsabilité de plein droit du fait des choses⁹.

5. Concrètement, la règle de non-cumul implique qu'en cas de violation des obligations contractuelles, la responsabilité du débiteur ne peut qu'être contractuelle. Mieux nommé de principe de non-option¹⁰, la règle interdit au créancier d'opter pour les règles de la responsabilité aquilienne, même si celles-ci paraissent plus avantageuses. Comme l'affirment F. M. SAWADOGO et W. D. KABRÉ, « la responsabilité contractuelle chasse la responsabilité aquilienne »¹¹. Ainsi, la victime ne saurait se prévaloir des dispositions de la responsabilité délictuelle pour la réparation d'un dommage purement contractuel, tout comme elle ne pourrait mélanger les règles des deux régimes. Il s'agit de deux régimes dichotomiques. En ce sens G. VINEY soutient : « S'il est un point qui semble avoir toujours été admis, pratiquement sans discussion, tant par la doctrine que la jurisprudence, c'est que toute responsabilité qui ne remplit pas les conditions nécessaires pour se voir appliquer le régime contractuel obéit nécessairement au régime délictuel »¹².

6. Conçue comme une *summa divisio* et fortement ancrée dans l'esprit de bon nombre de juristes, la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle ne fait, cependant, pas l'unanimité, et alimente une vive controverse doctrinale, soutenue par divers arguments. D'abord, la distinction a été mise en cause par les défenseurs de la thèse de l'unité des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, dont la figure de proue est J. GRANDMOULIN¹³. Pour ces auteurs, les deux responsabilités ont la même nature en ce que la loi tout comme le contrat et les obligations qu'il génère ont la même source, en l'occurrence les articles 1382 et suivants du code civil car, « qu'il s'agisse de l'obligation légale ou d'une obligation contractuelle, toute lésion causée au débiteur ou un tiers, est un délit. »¹⁴ Ils assimilent à l'inexécution contractuelle le délit de la responsabilité délictuelle et nient, avec

⁸ Cass. (fr.), ch. réun., 13 févr. 1930, *DP* 1930, 1, p. 57, note G. Ripert.

⁹ S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.* n°42, p. 23.

¹⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n°360, p. 588.

¹¹ F. M. SAWADOGO et W. Dominique KABRÉ, *Théorie générale des obligations, droit burkinabè et comparé*, *op. cit.*, p. 148

¹² G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, n°18, p. 490 .

¹³ J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892 ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préface E. LOQUIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2016.

¹⁴ J. GRANDMOULIN, *op. cit.*, p. 33-34, cité par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité civile*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 2019, n°228, p. 378.



vigueur, les critères traditionnels de différenciation des deux régimes. Ces critères sont classiquement fondés sur le fait génératrice, l'étendue de la réparation, la nécessité d'une mise en demeure ou encore les délais de prescription. Ainsi, il est admis que la violation d'une obligation non contractuelle suffit à fonder la responsabilité délictuelle, tandis que l'inexécution des obligations contractuelles est toujours l'une des exigences pour engager la responsabilité contractuelle. Relativement au *quantum* de la réparation, on avance que là où l'action contractuelle ne permet d'obtenir qu'une réparation partielle, l'action délictuelle assure à la victime une réparation intégrale. De même, la mise en demeure préalable nécessaire à la réclamation des dommages contractuels n'est pas exigée, dès lors que l'action est fondée sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Enfin, en règle générale, les délais de prescription de l'action contractuelle sont plus courts que ceux de l'action délictuelle. Toutefois, cette conception, aussi séduisante soit-elle, est loin de faire disparaître, comme le fait remarquer W. D. KABRÉ « les différences irréductibles entre ces deux types de responsabilité »¹⁵ qui ont été réglées à l'origine par le code civil à travers des dispositions séparées. Aussi la majorité de la doctrine se prononce-t-elle pour une thèse intermédiaire. En effet, tout en admettant la dualité des responsabilités, elle nuance considérablement les différences de régimes entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ainsi, excepté le Sénégal¹⁶, au Burkina Faso comme dans la plupart des États francophones qui ont hérité du code civil napoléonien, la thèse dualiste demeure la règle.

7. Ensuite, la contestation de la distinction découle des lois spéciales qui prévoient un régime hybride, imbriquant des règles des deux responsabilités. Dans l'espace des pays membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), cette solution se rencontre dans deux matières : d'une part, en matière d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation régi par le Code de la conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA), l'article 225 du dudit code prescrit que ses dispositions sont applicables, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident causé par un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques ; d'autre part, la

¹⁵ W. D. KABRÉ, « La vocation contractuelle de la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral de volonté » disponible sur <https://afrilex.u-bordeaux.fr/2022/12/07/la-vocation-contractuelle-de-la-responsabilite-du-fait-de-lengagement-unilateral-de-volonte/>, dernière consultation le 17 décembre 2025.

¹⁶ Cf. articles 118 et s. du Code des obligations civiles et commerciales. Pour plus de précision, voyez en ce sens, J.-P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Bibliothèque Africaine et Malgache, Paris, L.G.D.J., Abidjan Nouvelles éditions africaines, 1981, n°506, p. 180.



solution est consacrée en transports de personnes et de marchandises¹⁷. À titre de droit comparé, il convient d'évoquer, dans la même optique, certains régimes belge¹⁸ et français¹⁹ d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation routière. Il en va également ainsi de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité des fabricants et producteurs pour le fait des produits défectueux²⁰. Les dispositions que renferme l'ensemble de ces lois ne peuvent se rattacher exclusivement ni au régime de la responsabilité contractuelle, ni à celui de la responsabilité délictuelle. Même si ces textes restent cantonnés dans des domaines précis, il n'en demeure pas moins qu'ils défient la *summa divisio*, si bien qu'une partie de la doctrine a pu en déduire l'avènement, en droit positif, d'un troisième ordre de responsabilité²¹.

8. Enfin, une partie de la doctrine réfute l'idée d'une responsabilité contractuelle, en soutenant que les dommages et intérêts dus par l'auteur d'une obligation inexécutable à la victime auraient purement et simplement une fonction d'exécution forcée et non celle de réparation assignée exclusivement à la responsabilité extracontractuelle²². Ces auteurs s'insurgent contre l'expression même de « responsabilité contractuelle » qui serait un faux concept, lui préférant alors celle de « défaillance contractuelle »²³. Cette théorie contribue parfaitement à mettre en exergue la spécificité de la responsabilité contractuelle par rapport à celle extracontractuelle.

¹⁷ Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route (AUTCMR), adopté à Yaoundé le 22 mars 2002, notamment les articles 20 et 21 ; Règlement n° 02/2003/CM/UEMOA du 20 mars 2003 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accidents ; Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, dite règles de Hambourg, notamment article 7 ; Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, notamment articles 29 et 30.

¹⁸ L'article 29 bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *Moniteur belge*, 31 mars 1994.

¹⁹ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite loi Badinter, *Journal officiel de la République française*, 6 juillet 1985.

²⁰ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985L0374>, dernière consultation, 26 janvier 2026.

²¹ N. I SOMDA, *Responsabilité civile en droit des transports et en droit des assurances. Contribution à l'étude de l'unité des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit burkinabè*, Thèse, Université Thomas Sankara, 6 mai 2021 ; relativement au droit français, voy. G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°s 395 et s., p. 634 et s.

²² Voy. D. TALLON, « L'inexécution du contrat, pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223. L'auteur conteste la présentation actuelle, en droit français, du droit de l'inexécution contractuelle qui devrait être abandonnée pour s'inspirer de celle de la *common law* lequel distingue les *torts* des *contracts*, spéci., n°s 21 et s., pp. 230 et s. ; P. REMY, « “La responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, pp. 323-325, spéci., 323 ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle. Contribution à une théorie de l'inexécution contractuelle*, préf. P. REMY, LGDJ, 2001, n°4, p. 4.

²³ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, Régime d'indemnisation*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2017, spéci., n° 010.15, pp. 14 et 15.



9. Revenant sur le problème du cumul, aujourd’hui, la Cour de cassation l’a résolu en droit burkinabè, en adoptant clairement la règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Si le principe est ainsi consacré, l’examen des décisions rendues à ce sujet laisse constater des incertitudes saisissantes sur le régime juridique, en particulier sur les éléments constitutifs du principe et la sanction applicable aux cas de violation de ladite règle. Il convient alors de se demander ce que renferme exactement la notion du cumul et la sanction applicable en cas de violation de la règle de non-option. En d’autres termes, quels sont les éléments constitutifs du cumul et quelle est la sanction découlant de la méconnaissance du principe de non-cumul ? Il est vrai que la doctrine a consacré des études non moins importantes sur le régime juridique de la règle adoptée²⁴, mais ces réflexions n’épuisent guère totalement la question qui demeure un sujet d’intérêt à la fois théorique et pratique.

10. D’un point de vue théorique, du moment où le principe du non-cumul est adopté par la jurisprudence, il est logique de se préoccuper sur les conséquences qui doivent être tirées de l’application du principe. En effet, les défenseurs de la thèse du non-cumul refusent au créancier l’action contractuelle si ses conditions d’exercice sont pleinement réunies²⁵, tandis que les partisans du cumul²⁶ admettent une coexistence des deux régimes, de sorte que l’action délictuelle puisse être intentée, notamment au cas où la première paraît plus favorable à la victime.

11. Mais, davantage que les préoccupations théoriques, le sujet n’est pas sans intérêt pratique. Lorsqu’un plaideur, en vue d’obtenir la réparation d’un préjudice unique, invoque, à la fois, les règles de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité délictuelle, ou se prévaut des premières, alors que sont normalement applicables les secondes, les conditions du cumul sont réunies. Étant dans une situation manifeste de violation du principe-non cumul, il importe, cependant, de savoir si son action doit être systématiquement rejetée par le juge saisi ou être

²⁴ Voy. W. D. KABRÉ, « Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle menacé de disparition en droit burkinabè ? », *op. cit.* ; « La confirmation du principe de non-cumul des responsabilités en droit burkinabè », *op. cit.*

²⁵ C’est notamment la thèse défendue par F. M. SAWADOGO et W. Dominique KABRÉ, *Théorie générale des obligations, droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Nouvelles Éditions Burkinabè, 2020, p. 148.

²⁶ Voy par exemple, M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexion sur le dommage purement contractuel », note sous Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 344 ; J.-B. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, pp. 1-40 , spéc. n°43 ; J .-L. Fagnart, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », note sous Mons, 1^{er} décembre 2011, *Recueil de jurisprudence du Forum de l’assurance*, Limal, Anthemis, 2011, p. 99 ; A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants. L’article 6.3, § 1er, du Code civil » in T. MALENGREAU (dir.), *Le droit de la responsabilité civile extracontractuelle réformé*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 393-318.



requalifiée suivant le fondement approprié. Ces nombreuses préoccupations motivent, donc, à suffisance, la réflexion.

12. De ce qui précède, il ne fait guère de doute que la règle en vigueur dans la jurisprudence est la prohibition du cumul. Et comme la plupart des règles juridiques, sa violation entraîne des sanctions précises. Néanmoins, une analyse minutieuse des décisions rendues par les juridictions de fond, ces dernières années, laisse apercevoir que la notion de cumul est elle-même controversée (I) et que la sanction applicable en cas de violation de la règle du non-cumul est imprécise (II).

I. LA NOTION CONTROVERSÉE DU CUMUL

13. On sait que la jurisprudence a posé clairement un principe de non-option des responsabilités au terme duquel, la responsabilité du débiteur relève de la sphère contractuelle si l'inexécution de ses obligations résultant d'un contrat valablement formé a fait subir au créancier un préjudice et est extracontractuelle lorsque les dommages se réalisent en l'absence de toute relation contractuelle. Cette règle découle elle-même du caractère binaire du droit de la responsabilité civile. Touetois, la question principale à laquelle il faut véritablement répondre, de prime abord, est celle des conditions d'existence du cumul. Quand est-ce qu'il y a cumul des responsabilités ? L'examen des décisions rendues par les cours et tribunaux permet de se rendre compte que ceux-ci ont parfois des conceptions erronées de la notion (A). Il apparaît alors nécessaire de clarifier sérieusement ses contours réels en donnant la juste conception (B).

A) Les conceptions erronées

14. Sur la possibilité de savoir si on peut cumuler ou non les responsabilités contractuelle et extracontractuelle, la jurisprudence est aujourd'hui définitivement fixée en répondant par la négative. Mais la conception de la notion elle-même par les juridictions de fond reste toujours problématique pour celles-ci qui y voient un panachage des règles extracontractuelles et des règles contractuelles (1) ou une concurrence des deux (2).



1. *Le panachage des règles extracontractuelles et des règles contractuelles*

15. Le cumul est parfois appréhendé comme un mélange des règles des deux régimes de la responsabilité civile, c'est-à-dire un mixage des dispositions des articles 1382 et suivants du code civil avec celles des articles 1147 et suivants du même code. Cette conception trouve particulièrement écho dans la motivation de certains arrêts rendus par les juridictions de fond, notamment lorsqu'elles affirment « (...), que le cumul suppose l'application simultanée des deux régimes de responsabilité à l'occasion d'un même rapport de droit entre les mêmes personnes »²⁷, ou considèrent le non-cumul, la situation dans laquelle le créancier souhaite panacher les deux régimes en piochant partout les règles qui lui seraient plus favorables pour la réparation d'un même dommage²⁸. C'est aussi l'avis des juges de cette même chambre dans un arrêt du 18 janvier 2020²⁹, quand ils considèrent que « le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle prescrit qu'en présence d'un contrat, ces deux types de responsabilité ne peuvent être cumulativement invoqués de manière à ce que le demandeur, qui se prévaut de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle, ne peut pas porter l'action en responsabilité civile de son débiteur à la fois sur le terrain de la responsabilité contractuelle et sur celui de la responsabilité délictuelle. Cette conception du cumul, comme l'application simultanée ou cumulative des règles des deux branches de la responsabilité, est partagée par une partie de la doctrine. Ainsi, selon J.-B. BORGETTI, le cumul des responsabilités renvoie à cette hypothèse où le créancier combine des règles ayant des fondements différents, en vue d'obtenir la réparation d'un préjudice unique³⁰. Toutefois, cette compréhension nous paraît approximative.

16. Le mixage des règles, s'il a lieu, se produit dans deux hypothèses. La première, et la moins plausible, est celle où une personne, afin d'obtenir la réparation du même préjudice, se place à la fois sur les terrains contractuel et extracontractuel. Elle pourrait impliquer une double signification. D'abord, elle supposerait que, les conditions de la responsabilité étant différentes, celles des deux responsabilités soient cumulativement réunies pour que le préjudice soit réparé.

²⁷ Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre commerciale, arrêt n° 08 du 07/02/2014, RG n°45/2013 du 26/04/2013.

²⁸ Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 026 du 16 février 2018, RG n°101/2017 du 20/06/2017, dans cet arrêt la victime a subi deux dommages distincts, la rupture abusive d'un contrat et la désorganisation d'entreprise par suite de débauchage. La cour confirme le jugement en se fondant sur le moyen tiré du non-cumul. Toutefois, elle la conception de la notion de non-cumul paraît inappropriée.

²⁹ Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 049 du 18 mars 2022, RG : N° 026 du 12/02/2020, inédit.

³⁰ Voy. J.-B. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n°28, p. 15.



De toute évidence, la réparation serait subordonnée à des conditions plus sévères, ce qui ne serait pas dans l'intérêt de la victime. Il paraît difficile qu'une action repose à la fois sur les deux régimes. En outre, l'admission de telles actions pourrait s'entendre comme la possibilité d'octroyer une double réparation pour un même préjudice : une réparation contractuelle, d'une part, et une réparation extracontractuelle, d'autre part, octroyée pour le même préjudice. Cette solution est contraire au principe de la réparation intégrale, érigé depuis fort longtemps, en droit positif burkinabè, comme règle de réparation³¹. C'est pourquoi cette hypothèse de cumul est fort contestable. Il n'est, cependant, interdit qu'une seule demande en réparation soit fondée sur deux préjudices distincts, dont l'un découle de l'inexécution d'une obligation contractuelle, et l'autre de la violation d'un devoir général de prudence. Le demandeur va alors cumuler deux indemnités. C'est en ce sens que, dans son arrêt, la chambre commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou a décidé que l'intimé peut bénéficier d'une double réparation dès lors que les préjudices qu'il a subis ont deux fondements différents, en l'occurrence la rupture abusive d'un contrat qui est une faute contractuelle et la désorganisation d'entreprise par suite de débauchage qui s'analyse comme un fait délictuel³².

17. La deuxième hypothèse est celle d'une action dite hybride. La victime d'une faute contractuelle, sans vouloir réclamer une double réparation, intente contre son cocontractant une seule action en convoquant à la fois certaines dispositions issues du contrat et d'autres relevant des articles 1382 et suivants du code civil. Il pioche dans chaque régime les règles qui lui sont favorables. Par exemple, il invoque une dispense de preuve résultant souvent de l'action contractuelle, et une réparation du préjudice imprévisible propre à l'action délictuelle³³. À ce titre, on peut citer cet autre arrêt infirmatif, rendu par la chambre commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou pour violation de la règle de non-cumul. En l'espèce, l'appelant s'est appuyé sur l'article 1134 du code civil pour établir l'existence de sa relation contractuelle avec l'intimé, et sur l'article 1147 du même code pour faire la preuve de la violation du contrat par celui-ci. À l'étape de l'indemnisation, il invoque les dispositions des articles 1382 et suivants du même code pour soutenir son droit à réparation³⁴.

³¹ Voy. Cour suprême, ch. judic. 14 novembre 1969, inédit ; Cour suprême, ch. judic., 14 décembre 1973, inédit.

³² Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 026 du 16 février 2018, RG n°101/2017 du 20/06/2017, inédit.

³³ Voy. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T.1, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n°174, p. 227.

³⁴ Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 058 du 17 juillet 2020, inédit.



18. Tout comme la précédente, cette action delicto-contractuelle paraît inacceptable en droit positif burkinabè, car elle ruinerait à néant l'intérêt d'opérer une *summa divisio* du droit de la responsabilité qui suppose que l'action est soit contractuelle et est soumise aux articles 1147 et suivants du code civil, soit est extracontractuelle et obéit aux articles 1382 et suivants du même code. Il est impossible de faire une quelconque combinaison de régimes. Le cumul, n'est donc, un panachage des règles contractuelle et délictuelle, encore moins une concurrence des unes avec les autres.

2. *La concurrence des règles extracontractuelles et des règles contractuelles*

19. Par concurrence, il faut comprendre une mise en compétition des deux ordres de responsabilité. Contrairement à la situation précédente, il ne s'agit plus d'un mélange de deux catégories de règles mais plutôt d'une rivalité entre elles. En effet, en raison de l'existence d'un régime dual de responsabilité, les règles contractuelles sont aptes à s'appliquer à l'indemnisation des préjudices causés au créancier suite à une inexécution contractuelle et les règles délictuelles ont vocation à régir la réparation d'un dommage découlant d'un fait juridique qui, par essence, exclut toute relation contractuelle. La concurrence est caractérisée dès lors que les premières interviennent dans le champ d'application des secondes. Cette compréhension ressort d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou le 3 décembre 2010 dont les faits sont classiques³⁵. En effet, suite à l'obtention d'un marché, une société spécialisée dans la vente de produits informatiques a ouvert un crédit documentaire auprès d'une banque de la place pour payer ses créanciers à sa demande. Après avoir débité le compte de son client en exécution du crédit documentaire, la banque s'est abstenu de payer immédiatement le destinataire, faisant supporter à son client des pénalités de retard. Poursuivi par celui-ci en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution de ses obligations contractuelles, la juridiction d'appel reforma le jugement rendu en première instance. Cependant, pour apprécier la faute de l'appelante et, subséquemment, sa responsabilité, la Cour d'appel se fonda sur l'article 1382 du code civil qui vise un fait quelconque, alors que la faute, constituée en l'espèce de la violation par la banque de ses obligations contractuelles, commandait l'application pure et simple des règles de la responsabilité contractuelle. En statuant comme elle l'a fait, la juridiction d'appel a méconnu le principe de non-cumul en

³⁵ Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n°82 du 03 décembre 2010, consultable sur <https://juricaf.org/arret/BURKINAFASO-COURDAPPELOUAGADOUGOU-20101203-82>



faisant intervenir des règles délictuelles dans le domaine de prédilection de la responsabilité contractuelle.

20. Appréhender le cumul comme une situation de concurrence entre les règles de deux catégories de responsabilité interroge sur la faisabilité de l'hypothèse. Dit autrement, comment des règles ayant par essence des domaines de compétence distincte arrivent à se rivaliser ? On se souvient de l'existence de deux ordres de la responsabilité. Le premier se déploie pour la réparation des dommages dus à l'inexécution des obligations résultant d'un contrat, compris comme un accord de volonté entre les parties. Le second, en revanche, est apte à réparer un préjudice causé par le manquement à des obligations autres que contractuelles³⁶. Ayant des domaines distincts, ils ne peuvent, en principe, se faire concurrence.

21. Toutefois, certains systèmes juridiques admettent, sans difficulté, la « *contamination du régime contractuel par le régime délictuel* »³⁷, c'est-à-dire l'interférence des règles de la responsabilité délictuelle dans la sphère contractuelle. Il convient de citer certains États européens tels que l'Allemagne, la Suisse, la Grèce, l'Italie et, de façon générale, la *Common-law*³⁸. En Angleterre et aux États Unis, les victimes ont toujours la possibilité de choisir le régime qui leur donne satisfaction³⁹. Hormis le Sénégal⁴⁰, la plupart des États africains francophones⁴¹ ont adopté comme principe la non-option. Ainsi, même si la tendance des juridictions de fond est de comprendre le cumul comme non seulement une concurrence des règles délictuelles avec celles contractuelles ou encore un panachage des deux catégories de règles, cette appréhension paraît inexacte. Il convient dès lors de préciser le contenu réel que recouvre le cumul.

³⁶ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 513, p. 421.

³⁷ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n°361, p. 590.

³⁸ D. PHILIPPE, « Concours de responsabilités en droit européen de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 272.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cf. articles 118 et s. du code des obligations civiles et commerciales.

⁴¹ Voy. notamment, Cour suprême du Bénin, arrêt n°51/CJ-CM du 24 juin 2022, disponible sur <https://juricaf.org/arret/BENIN-COURSUPREME-20220624-51CJCM> ; Cour suprême du Mali, Section judiciaire, arrêt n°259 du 29 septembre 2003, disponible sur <https://juricaf.org/arret/MALI-COURSUPREME-20030929-259>; Cour suprême du Sénégal, arrêt n°35 du 01 avril 2015, <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20150401-35> ; Cour d'appel de commerce d'Abidjan, arrêt n°436/2019 du 10/01/2020, disponible sur <https://loidici.biz/2025/03/05/arret-contradictoire-n-436-2019-du-16-01-2020-cour-dappel-de-commerce-dabidjan/decisions-de-justice/68302/naty/>. Toutes ces décisions ont été consultées pour la dernière fois le 13 novembre 2025.



B) La conception juste du cumul

22. Le cumul n'est ni une situation de mise en concurrence des règles extracontractuelles avec celles qui sanctionnent la violation des obligations contractuelles, ni un panachage des deux. Le cumul renvoie, en réalité, à une possibilité de choix des règles extracontractuelles en présence d'une inexécution contractuelle (1). Cette possibilité de choix connaît néanmoins des limites tirées de la consécration par la jurisprudence du principe de non-cumul des responsabilités (2).

1. La possibilité de choix des règles extracontractuelles en présence d'une inexécution contractuelle

23. Le cumul s'appréhende comme la possibilité de recourir à la responsabilité délictuelle alors que les conditions de la responsabilité contractuelle sont pleinement réunies. Il s'analyse en un droit d'option du créancier en faveur des règles des articles 1382 et suivants du code civil pour bénéficier de la réparation des dommages issus de la violation par le débiteur de ses obligations contractuelles⁴². Contrairement à la tendance jurisprudentielle, le cumul n'est donc ni une quelconque concurrence des articles 1382 et suivants du code civil avec les articles 1147 et suivants du même code, ni même un panachage des règles de la responsabilité contractuelle avec celles délictuelles.

24. Cette possibilité de choix en faveur des règles délictuelles, en principe non admise, découle soit de la commission par le débiteur d'une faute dolosive ou susceptible de recevoir une qualification pénale, soit est consacrée par des textes légaux. Le dol dans l'exécution du contrat se singularise par la volonté d'un contractant de ne pas respecter son engagement sans raison⁴³. Il est de nature à permettre la réintroduction, dans le périmètre contractuel, les règles de la responsabilité délictuelle. En atteste un arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou du 18 janvier 2013⁴⁴, au terme duquel la chambre commerciale a affirmé que si les règles délictuelles ne peuvent interférer dans le champ contractuel, l'option est toutefois admise en présence d'une

⁴² G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°360, p. 588.

⁴³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 456, voy. « définition faute dolosive » ; G. VINEY, « Remarque sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.*, 1975, chron., pp. 263-270, spéc. p. 263.

⁴⁴ Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre commerciale, arrêt n° 11/2013 du 18/01/2013, RG n°98/11 du 27/10/2011, inédit.



inexécution due à une faute particulièrement grave. Dans le même sens, en droit français⁴⁵ et belge⁴⁶, un courant jurisprudentiel considère que la voie de la responsabilité aquilienne est ouverte au créancier, lorsque son cocontractant s'est rendu auteur d'une faute grave ou grossière.

25. Néanmoins, la faute dolosive comme explication de l'intervention des règles délictuelles dans la sphère contractuelle est contestée par certains auteurs⁴⁷. Pour eux, la nature de la responsabilité reste contractuelle et résulte de la transposition dans cette matière de la notion d'ordre public avec comme conséquence une aggravation de la sanction en cas de faute d'une particulière gravité. Dans cette optique, le débiteur auteur de dol ou de faute lourde est soumis à une responsabilité aggravée qui n'en demeure pas moins contractuelle⁴⁸.

26. En outre, si l'inexécution d'une obligation contractuelle est constitutive d'une infraction pénale, les juridictions répressives, appelées à se prononcer sur les intérêts civils de la victime, appliquent les principes de la responsabilité extracontractuelle. Ainsi, statuant sur les intérêts civils des victimes d'un accident de la circulation routière consécutivement à l'action publique du ministère public, la Cour d'appel de Ouagadougou s'est fondée, dans son arrêt du 26 janvier 1990⁴⁹, sur les dispositions de l'article 1382 et suivants du code civil. Pourtant, l'accident de la circulation étant caractéristique de l'inexécution par le transporteur de son obligation de transporter sain et sauf ces passagers à destination, il ne pouvait répondre que sur la base de l'article 1147 du code civil.

27. Par ailleurs, il arrive même que le législateur consacre le cumul à travers des lois spéciales qui bouleversent la distinction des deux branches de la responsabilité. C'est le cas notamment en matière d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation routière, régi par le code CIMA et dans le domaine de la responsabilité du transporteur. Il faut aussi évoquer le régime

⁴⁵ Voy. notamment, Cass. 3^e civ., 18 décembre 1972, *D.* 1973.272, note J. Mazeaud ; Cass. 3^e civ. 23 juillet 1986, *Bull. civ.*, III, n°129 ; 23 janvier 1991, *Bull. civ.* III, n°28 ; 17 mars 1993, *Bull. civ.*, III, n°38

⁴⁶ Par exemple, Cass., 28 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1277 ; Cass., 1er juin 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1202 ; Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 216 ; R.C.J.B., 1992, p. 497, note R. O. Dalcq

⁴⁷ Voy. notamment, G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit, n°367, p.597 ; J. FOSSEREAU, « Le clair-obscur de la responsabilité des constructeurs », *D.* 1977, chron., p. 28 ; G. CORNU, observation sous *RTD civ.* 1966, p. 829 ; MAZEAUD, note sous *D.* 1973, p. 272

⁴⁸ G. CORNU, *Rapport au colloque 6^e colloque international de droit comparé de Hambourg*, Bruxelles, Bruylant, 1962, II, 1.

⁴⁹ Cour d'appel de Ouagadougou, 26 janvier 1990, *Revue burkinabè de droit*, n°27, janvier 1996, pp.92-96, spé. p. 94.



de la responsabilité des fabricants et producteurs pour le fait des produits défectueux issu de la directive du 25 juillet 1985⁵⁰.

28. On s'interroge, cependant, sur les motivations du choix d'un créancier en faveur des règles délictuelles plutôt que celles contractuelles, d'autant plus qu'elles relèvent de deux catégories différentes. En effet, outre les raisons déjà évoquées⁵¹, l'option du cocontractant pour l'application des règles des articles 1382 et suivants tient également à la compétence juridictionnelle et aux règles du droit international privé. En matière de compétence territoriale, il peut être intéressant pour un créancier de prioriser l'action extracontractuelle, en attrayant l'auteur du dommage devant le tribunal du lieu de commission de l'acte fautif, dès lors qu'il coïncide avec celui de son domicile. Ce qu'il ne pourrait pas faire s'il choisit la voie contractuelle. Il en va de même en ce qui concerne la compétence d'attribution. Afin d'éviter, notamment, l'autorité de la chose jugée, le demandeur aurait parfois intérêt à fonder sa demande sur la responsabilité aquilienne. En droit international privé, suivant le fondement de la responsabilité, les règles de conflit de loi et de juridiction diffèrent.⁵² La loi d'autonomie est généralement applicable en cas d'inexécution du contrat, tandis que celle du lieu du fait dommageable régit la responsabilité extracontractuelle. En outre, conformément aux règles de compétence internationale prévues par le code des personnes et de la famille⁵³, la juridiction internationalement compétente, en matière contractuelle, est celle du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat. À l'inverse, le tribunal du lieu du fait dommageable reçoit compétence en matière délictuelle⁵⁴. Malgré ces différentes raisons, la possibilité de choix en faveur du régime délictuel rencontre des limites inhérentes à la consécration jurisprudentielle d'un principe de non-cumul.

⁵⁰ *Supra*, n°7.

⁵¹ *Supra*, n°6.

⁵² P. MEYER, *Droit international privé et comparé*, 2^e éd., Ouagadougou, Les éditions Maison du droit plus, 2017, n°807, p. 504 et 505 ; F. MONEGER, *Droit international privé*, 9^e éd., Paris, LexisNexis 2021, n°635, p. 231 ; n°664, p. 240 ; CACHARD et P. KLOTGEN, *Droit international privé*, 9^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, n°505, p. 317 ; n°532, p. 330

⁵³ Article 311-1.

⁵⁴ P. MEYER, *Droit international privé et comparé*, *op. cit.*, n°157, p. 105.



2. *Les limites au cumul tirées de la consécration du principe de non-cumul*

29. Le cumul des responsabilités se heurte à un obstacle découlant de la consécration, par la jurisprudence burkinabè⁵⁵ depuis fort longtemps, d'un principe de non-cumul, mieux nommé de non-option⁵⁶ des responsabilités, qui s'appréhende comme une prohibition faite à la victime d'un dommage causé dans un cadre contractuel de faire recours à la responsabilité contractuelle. Même si le créancier a parfois des intérêts certains à se placer sur le terrain délictuel, le principe de non-option signifie, selon A. BENABENT, que « l'article 1382 (...) du code civil est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un dommage contractuel »⁵⁷. Dit autrement, la victime est tenue de rester sur le terrain de la responsabilité contractuelles dès lors que ses conditions d'application sont remplies.

30. Quant aux motivations réelles à l'origine de l'adoption de ce principe, elles sont doubles : L'une d'elles tient, de l'avis d'une partie de la doctrine⁵⁸, au fait que les deux régimes de la responsabilité sont contenus dans deux titres différents du code civil. Le premier, à savoir le titre III, intitulé, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », aurait été réservé à la responsabilité contractuelle tandis que le second, en l'occurrence le TITRE IV, « Des engagements qui se forment sans convention », serait relatif à la responsabilité extracontractuelle. Il s'agit de deux ordres qui ne sont pas interchangeables, encore moins combinables. Une situation relève de l'ordre contractuel ou de l'ordre délictuel.

31. L'autre raison découle de la nécessité du respect du contrat et de sa force obligatoire en ce sens que les parties contractantes ont toujours voulu soumettre leur relation et les conséquences de ses manquements aux seules règles de la responsabilité contractuelle. Suivant cette opinion, le créancier et le débiteur auraient alors implicitement exclu de se soumettre aux dispositions des articles 1384 et suivants qui ont une vocation plus générale. Cette solution est partagée par une partie de la doctrine. Ainsi, selon J. B. BORGHETTI, les parties contractantes peuvent stipuler expressément pour une application exclusive aux cas de violation des obligations contractuelles des règles de la responsabilité contractuelle. Cette convention fait, donc, leur loi

⁵⁵ Cour de cassation, chambre commerciale, 13 juin 2005, arrêt n°08, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, n°002, 15 mai 2008, p. 27

⁵⁶ S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.* n°360, p. 588.

⁵⁷ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* n°515, p. 423.

⁵⁸ F. M. SAWADOGO et W. Dominique KABRÉ, *Théorie générale des obligations, droit burkinabè et comparé*, *op. cit.*, p. 148



et interdit implicitement le recours aux règles de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle dans leur rapport. Le contrat, et sa force obligatoire, serait violé si les parties décident de se soumettre à l'empire des règles des articles 1382 et suivants en cas d'inexécution contractuelle⁵⁹. Mais cette explication n'est pas toujours convaincante. À notre avis, il faut plutôt prendre en considération la nature des obligations méconnues. La violation des obligations purement contractuelles emporte naturellement l'application des règles de la responsabilité contractuelle. En revanche, s'agissant de celles qui ont une portée générale, leur méconnaissance n'exclut pas toujours le recours aux règles délictuelles.

32. Du reste, d'autres auteurs⁶⁰, dont notamment J.-L FAGNART, s'interrogent vraiment sur la pertinence du rejet des règles aquiliennes dans l'espace contractuel au nom d'une prétendue respect du contrat. Pour cet auteur, le contrat, source d'obligation, crée, pour les parties contractantes, des obligations nouvelles qui, *a priori*, devraient venir s'ajouter aux obligations découlant de la loi et des normes de conduite, sans les exclure⁶¹. Il se demande alors qu'« en vertu de quel mystérieux phénomène, le contrat aurait-il pour effet d'abolir, de gommer, de supprimer ou de suspendre, entre les parties contractantes, les obligations préexistantes qui étaient les leurs ? »⁶². La prétendue inapplicabilité des règles délictuelles dans le champ contractuel relèverait de la simple fiction, puisque, bien souvent « les parties n'ont même pas le moindre soupçon qu'en contractant elles renoncent [...] aux droits que leur confère le droit de la responsabilité extracontractuelle »⁶³.

33. Mais que davantage des fondements textuels, ce sont des justifications techniques qui soutiennent le principe du non-cumul en ce sens que les deux régimes de responsabilités ont chacune des principes qui ne sont pas applicables à l'une et l'autre⁶⁴. Ce point de vue paraît plus convaincant.

⁵⁹ Voy. J.-B. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n°44, p. 23

⁶⁰ M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexion sur le dommage purement contractuel », note sous Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 344 ; A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants. L'article 6.3, § 1er, du Code civil » *op. cit.*, n°15, p. 407.

⁶¹ J.-L. Fagnart, « La responsabilité du fait des choses dans les relations contractuelles », note sous Mons, 1er décembre 2011, *Recueil de jurisprudence du Forum de l'assurance*, Limal, Anthemis, 2011, p. 99.

⁶² *Ibid.*

⁶³ A. CATALDO, « Le concours des responsabilités entre cocontractants. L'article 6.3, § 1er, du Code civil » *op. cit.*, n°15, p. 407.

⁶⁴ F. M. SAWADOGO et W. Dominique KABRÉ, *Théorie générale des obligations, droit burkinabè et comparé*, *op. cit.*, p. 148



34. Au total, il ressort que les juridictions du fond n'ont pas toujours une perception claire et nette de la notion de cumul qu'elles appréhendent parfois comme un panachage des règles contractuelles et des règles délictuelles ou encore comme une concurrence des deux. Pourtant, elle consiste en la possibilité, pour la victime d'une inexécution, d'opter en faveur des règles des articles 1384 et suivants du code civil, quand bien même les conditions d'application des articles 1147 et suivants du même code seraient pleinement remplies. Ce choix est prohibé et découle de la consécration, par la jurisprudence burkinabè, d'un principe de non-option. En vertu de ce principe, les règles de la responsabilité extracontractuelle sont inapplicables pour la réparation d'un préjudice contractuel. Seules les règles contractuelles sont, en principe, compétentes. Toutefois, la voie de l'option est possible seulement en cas de faute grossière du débiteur ou si le manquement contractuel est constitutif d'une infraction pénale. En outre, certains textes législatifs prévoient des solutions entremêlant des éléments contractuels et extracontractuels. Ainsi, la non-option demeure, donc, la règle de principe dont la sanction de la violation se révèle parfois imprécise.

II. LA SANCTION IMPRÉCISE DU NON-CUMUL

35. Comme la majorité des normes, l'efficacité de la règle juridique découle généralement de la sanction qui l'accompagne, si elle n'est pas respectée par les particuliers. La prise de ces sanctions est l'œuvre des juridictions du fond sous le contrôle de la Cour de cassation. Cependant, après avoir consacré la non-option, et veillant à ce que ces conditions d'application soient scrupuleusement respectées, la haute juridiction n'a pas précisé la sanction qui l'assortit ainsi que son régime procédural, en tant que principe. La tâche qui se révèle hardie est donc revenue aux cours et tribunaux. Dans cette œuvre, les décisions rendues font montre d'imprécision relativement à la répression de la violation de la règle. Suivant les circonstances, le non-cumul est sanctionné tantôt comme une règle de procédure (A), tantôt comme une règle de fond (B).



A) Le non-cumul sanctionné comme une règle de procédure

36. La fin de non-recevoir, moyen de défense prévu par le code de procédure civile conduit, lorsqu'elle prospère, à déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond pour défaut du droit d'agir tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, l'expiration d'un délai prefix, la chose jugée⁶⁵. Les cours et tribunaux règlent la question du cumul sous l'angle des règles de fond en requalifiant, très souvent, le fondement de l'action en responsabilité. Appelées à se prononcer sur la recevabilité du moyen de défense tiré de la violation de la règle de non-cumul soulevé par un plaideur, les juridictions de fond le déclarent mal fondé. Elles rejettent ainsi l'irrecevabilité comme une sanction du non-cumul (1) et admettent, par la même occasion, une possibilité de régularisation de la demande en cours de procédure (2).

1. *Le rejet de l'irrecevabilité comme une sanction du non-cumul*

37. Une demande est irrecevable lorsqu'elle est introduite en violation de la procédure, branche du droit ayant pour objet la détermination des règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice rendues⁶⁶. L'irrecevabilité sanctionne, donc, la méconnaissance des règles procédurales qui sont aussi fondamentales que les règles substantielles⁶⁷. Parmi les causes d'irrecevabilité, figurent les fins de non-recevoir qui, invoquées avec succès, éteignent l'action en justice, voire l'obligation de réparer qui pèse sur le débiteur⁶⁸.

38. Cependant, en cas de violation du principe du non-cumul, l'irrecevabilité de la demande n'est pas admise comme une sanction. Cette affirmation prend appui sur des arrêts des cours d'appel. Dans le premier arrêt émanant de la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso et rendu le 2 janvier 2024⁶⁹, parmi les nombreuses questions soumises au juge, celle qui nous paraît digne

⁶⁵ Code de procédure civile, article 145.

⁶⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique op. cit.*, voy. « procédure », définition n°1, p. 819.

⁶⁷ L. CADIER et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°473, p. 439 ; L. JANDARD, « Réflexion sur la relation entre les notions de fin de non recevoir et d'irrecevabilité», *La semaine juridique*, n°24, 19 juin 2023, 850 ; V. BOLLARD, « La recevabilité des moyens de cassation en matière civile » *Revue des procédures*, n°7-8/2025, pp. 14-47.

⁶⁸ Sur les autres causes d'irrecevabilité voy, L. JANDARD, « Réflexion sur la relation entre les notions de fin de non recevoir et d'irrecevabilité » ; la semaine juridique, *op. cit.*, n°5.

⁶⁹ Arrêt n° 001/2024 du 02 janvier 2024, RG : 120/2023 du 14/08/2023, inédit. Pour l'essentiel, dans cette affaire, il faut retenir que des planteurs ont conclu un contrat avec un commerçant en vue de l'achat de leur récolte en fin de saison. La récolte livrée, le prix convenu dès le départ par les deux parties n'est pas intégralement payé. Assigné en paiement du reliquat et en réparation du préjudice subi, le premier juge condamne le débiteur qui fait appel de



d'intérêt est de savoir si le moyen de défense tiré du non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle soulevé par une partie au procès est-il vraiment recevable de nature à entraîner le rejet d'une demande ? Les juges d'appel répondent par la négative en se fondant sur l'article 29 du code de procédure qui permet au juge saisi de donner une qualification exacte à la demande à lui soumise. En conséquence, ils confirment en cette branche le jugement rendu par le tribunal de commerce de Bobo-Dioulasso.

39. Le second arrêt résulte d'une affaire tranchée par la Cour d'appel de Ouagadougou le 19 janvier 2024⁷⁰, dont les faits, très évocateurs, méritent une attention particulière. Il en découle qu'une banque, en vue d'externaliser la gestion d'une partie de son personnel, a signé le 17 septembre 2009 un contrat de fourniture de personnel temporaire avec une entreprise de travail temporaire. La rémunération du service se subdivisait en deux volets : les coûts salariaux et les honoraires. Des dispositions contractuelles, il ressort que seuls les honoraires supporteraient la Taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Toutefois, en 2016, l'administration fiscale a instruit toutes les entreprises de travail temporaire de percevoir désormais la TVA sur toutes les sommes versées par leurs clients utilisateurs des travailleurs qualifiés. L'entreprise a fait l'objet d'un redressement fiscal et d'une fermeture de ses portes suite au non-paiement de cette TVA. Elle impute la responsabilité de cette fermeture à la banque en ce qu'elle aurait refusé de payer la TVA facturée de 2018 à 2021 en vertu de l'instruction fiscale. En première instance, elle obtient du tribunal de commerce de Ouagadougou la condamnation de la banque à la réparation des préjudices économiques et moraux résultant du redressement fiscal et de la fermeture, outre le paiement des reliquats impayés. La banque releva appel du jugement en invoquant plusieurs moyens dont celui tiré de la violation du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Plus précisément, l'appelant souhaite l'affirmation du jugement en ce que dans l'acte introductif d'instance, l'intimée fonde son action à la fois sur les responsabilités contractuelle et délictuelle. En d'autres termes, la partie plaideait pour l'irrecevabilité de l'action. En réplique, l'intimée conteste ce moyen qu'elle juge sans fondement car elle a régularisé la situation en cours de procédure, comme l'autorise l'article 149 du code de procédure civile burkinabè, en s'en tenant à la responsabilité contractuelle. La question soumise à la cour d'appel est celle de savoir si un plaigneur est autorisé à faire le choix du type de responsabilité en cours de procédure afin d'éviter la sanction de la violation du

la décision. Parmi les divers moyens développés, il fait valoir le principe du non-cumul en considérant que l'action en paiement ne peut se fonder sur les dispositions contractuelles mais celles délictuelles.

⁷⁰ Arrêt n°07-1 du 19 janvier 2024, RG : n°069 du 10/05/2023, inédit.



principe de non-cumul. La cour répond par l'affirmative. Elle a décidé que le non-respect du principe de non-cumul est susceptible d'être régularisé en cours de procédure. Se fondant sur un moyen surabondant tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion du 15 septembre 2023, elle a relevé que « l'action ne pouvait plus être automatiquement déclaré[e] irrecevable pour ce motif mais qu'il appartenait aux juges de rechercher la qualification exacte à donner et de donner le régime de responsabilité applicable à l'espèce ». Ainsi, le moyen de la violation du principe de non-cumul de responsabilités est rejeté.

40. Enfin, dans une autre affaire tirée de la jurisprudence française et qui a inspiré la Cour d'appel de Ouagadougou dans l'arrêt ci-dessus énoncé, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion⁷¹ écarte la fin de non-recevoir fondée sur le non-cumul des actions en responsabilité décennale et en responsabilité contractuelle. En d'autres termes, selon la juridiction française, en cas d'assignation sur un double fondement, le juge ne peut fonder l'irrecevabilité de la demande sur le principe de non-cumul des régimes de responsabilité et doit déterminer le régime applicable au litige.

41. De toutes ces affaires, un double constat se dégage : d'une part, il ressort que la violation du principe de non-cumul n'est pas sanctionnée comme une fin de non-recevoir entraînant l'irrecevabilité de l'action. C'est la première fois, du moins en droit burkinabè et à notre connaissance, qu'un arrêt se prononce clairement en ce sens⁷². Jadis, les décisions rendues étaient indécises⁷³. D'autre part, le juge n'est pas obligé de déclarer l'irrecevabilité s'il est possible de rechercher la nature exacte de la responsabilité. En conséquence, si une partie invoque simultanément les règles de la responsabilité contractuelle et délictuelle ou s'abstient purement et simplement de préciser le fondement de sa demande, cela n'est pas suffisant pour prononcer une irrecevabilité. Bien au contraire, le juge à la latitude de requalifier la demande suivant l'article 29 du code de procédure civile qui lui prescrit de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Mais en se substituant aux parties dans la recherche véritable du fondement de l'action, la requalification pourrait faire perdre au principe tout son intérêt. Toutefois, elle a des avantages certains, dont la célérité de la procédure. En outre, il procède d'une bonne administration de la justice puisque la règle de non-cumul ne

⁷¹ Arrêt n°21/01969 disponible sur <https://www.courdecassation.fr/decision/650546a06461b105e6ed8d77>, dernière consultation, 2 janvier 2026.

⁷² W. D. KABRÉ, « Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle menacé de disparition en droit burkinabè ? », *op. cit.*, n° 7

⁷³ Par exemple, voy arrêt n°049 du 18/03/2022 RG n°026 du 12/002/2020 qui qualifie le moyen du non-cumul de mal fondé.



sera plus utilisée de façon abusive pour retarder l'issue d'un procès ; de ce fait, il permet, selon G. VINEY, « *d'éviter un excès de formalisme et de dogmatisme dans l'application de la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle* »⁷⁴. Puisque l'irrecevabilité tirée de la violation du non-cumul est désormais évitable, la partie contre laquelle elle est opposée pourrait régulariser sa demande en cours de procédure.

2. *La régularisation possible de la demande en cours de procédure*

42. En plus de l'évitement de l'irrecevabilité comme sanction de la violation du principe de non-cumul, il est également admis qu'un plaideur, en cours de procédure, puisse régulariser sa demande. La régulation s'entend comme le fait de rendre un acte ou une situation conforme à la règle⁷⁵. C'est la mise en conformité à la règle de procédure⁷⁶. Elle se fait dès lors que le fondement initialement retenu est erroné. Elle donne, alors, l'occasion à la partie concernée de se rattraper, si elle avait fondé, à tort, sa demande en réparation sur l'un des régimes, alors qu'il est normalement applicable l'autre ou l'avait assise à la fois sur les deux. Cela ressort de la jurisprudence des Cours d'appel. En effet, dans l'arrêt du 19 janvier 2024 de la Chambre commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou, déjà énoncé, les juges consacrent la possibilité pour l'intimé de régulariser sa demande en cours de procédure, en choisissant le régime adéquat. En l'espèce, un contrat liait les deux parties de sorte que les règles de la responsabilité contractuelle trouvaient naturellement à s'appliquer, alors que dans l'acte introductif d'instance, l'intimé avait mobilisé les deux responsabilités. Même si l'arrêt ne le dit pas, l'intimé fonde cette faculté de régularisation sur les dispositions de l'article 149 du code de procédure civile qui dispose que « [d]ans le cas où la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir, devient partie à l'instance ».

43. L'arrêt de la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso du 2 janvier 2024⁷⁷ est muet sur la question. Cela pourrait s'expliquer par le fait que les juges n'ont pas été sollicités à prendre position. Toutefois, la cour s'étant aussi prononcé en faveur du rejet de l'irrecevabilité comme sanction

⁷⁴ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°379, p. 609.

⁷⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique* op. cit., « régularisation », voy définition n°1, p. 895.

⁷⁶ V. BOLLARD, « La recevabilité des moyens de cassation en matière civile » op. cit., n°21, p. 42.

⁷⁷ Arrêt précité.



du non-cumul, il est fort probable qu'elle admette que le plaideur puisse également régulariser sa situation en choisissant le fondement approprié en cours d'instance.

44. L'irrecevabilité étant aussi admise comme sanction du non-respect du principe de non-option, en droit français, du moins suivant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion du 15 septembre 2023, il est aussi possible de penser que les juges autorisent le plaideur à revoir, en cours de procédure, le fondement de sa demande si celui initialement désigné est erroné. Toutefois, cette position pourrait heurter un principe directeur de la procédure civile française, en l'occurrence celui de la concentration des moyens, dégagé par la cour de cassation dans son arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006⁷⁸. Selon ce principe, les plaigneurs doivent mobiliser, dès leur première instance, tous les moyens propres à fonder leur demande. C'est une obligation qui pèse tant sur le demandeur que sur le défendeur⁷⁹. En conséquence, suivant cette jurisprudence, si une partie place son action sur le terrain d'un régime alors qu'est applicable l'autre régime ou invoque, à la fois, les deux, il serait difficile, voire impossible, en cours de procédure, qu'il puisse revenir sur son choix initial. C'est pourquoi ce principe présente des limites. Il participe indéniablement d'une bonne administration de la justice avec en ligne de mire la célérité de la procédure, mais peut se révéler défavorable aux justiciables⁸⁰, dont l'action, lorsqu'elle se fonde sur la violation du non-cumul, est aussi sanctionnée judiciairement comme une règle de fond.

B) Le non-cumul sanctionné comme une règle de fond

45. Une règle de fond est celle qui détermine le contenu, le mérite et les droits et obligations des parties dans un litige, par opposition aux règles de forme ou de procédure. Elle définit la solution applicable à une situation juridique plutôt que la manière d'intenter une action. En matière civile ou commerciale, le cumul des responsabilités demeure l'une des questions centrales dont sont fréquemment saisies les juridictions burkinabè appelées à connaître des litiges à eux soumis par les justiciables. Lorsque la question se pose, il ressort que les juges rejettent l'action comme infondée (1) ou la soumettent à une requalification (2).

⁷⁸ Cass, ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull civ.* 2006, ass. plén., n°8.

⁷⁹ A. POSEZ, « Le principe de concentration des moyens ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », *RTD civ.* 2015, pp. 283-309, spéc. n°6, p. 284 ; L. CADIER et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°736, pp. 697 et 698.

⁸⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n°377, p. 607.



1. Le rejet de l'action comme infondée

46. Une action non fondée en droit est une prétention en justice rejetée sur le fond par le tribunal, car elle n'est pas justifiée en droit ou n'est pas prouvée en fait. En pareille hypothèse, bien que la demande soit recevable, le juge considère que le demandeur n'a pas prouvé le droit qu'il invoque, entraînant le débouté de sa demande. Comme conséquence, le débouté met fin à l'instance, mais la partie déboutée peut généralement faire appel de la décision si elle n'est pas rendue, en dernier ressort, et si l'appel est toujours possible. S'agissant du non-cumul, lorsque ces conditions ne sont pas réunies, l'action du plaideur est rejetée par le juge comme infondée. En l'appui à cette affirmation, il faut évoquer l'arrêt rendu par la cour de cassation le 13 juin 2005⁸¹. Pour l'essentiel, dans cette affaire, après une condamnation confirmée en appel contre l'appelant, celui-ci s'est pourvu en cassation pour contester l'arrêt rendu. Au titre des moyens, le demandeur au pourvoi a invoqué, notamment, la violation du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Plus précisément, il soutient qu'il y a violation de ce principe en ce que la Cour d'appel a fait un cumul en se situant sur le terrain de la responsabilité contractuelle alors que le demandeur a fondé son action sur l'article 1382 du Code civil applicable au Burkina Faso. Certes, si le moyen soulevé ne met pas véritablement en cause un problème de non-cumul, mais plutôt celui de qualification, la juridiction suprême en a profité, cependant, pour se prononcer sur l'admission du principe du non-cumul de responsabilité en droit burkinabè. Ainsi, après avoir relevé que l'arrêt critiqué a retenu une faute de gestion, la Cour de cassation constate que « seule la responsabilité délictuelle du demandeur au pourvoi a été le fondement juridique de la décision ». Elle en conclut qu'il n'y a pas de cumul de responsabilités et rejette, donc, le pourvoi. L'arrêt admet, donc, le principe de non-cumul. Il ne l'affirme pas expressément. Toutefois, en accueillant le moyen tiré de la violation dudit principe et en cherchant à savoir si ses conditions d'application sont réunies, il convient d'admettre, avec W. D. KABRÉ, qu'il l'a implicitement et certainement admis comme une règle en droit burkinabè⁸². La cour de cassation burkinabè a, en effet, jugé qu'il n'y a pas de cumul parce que la Cour d'appel a appliqué le régime de la responsabilité délictuelle pour une faute de gestion. Il va sans dire que si les conditions d'application du principe du non-cumul étaient réunies, elle n'aurait pas hésité à prononcer la cassation de l'arrêt. Ainsi, la juridiction suprême

⁸¹ Arrêt n°08, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, n°002, 15 mai 2008, p. 27.

⁸² W. D. KABRÉ, « La confirmation du principe de non-cumul des responsabilités en droit burkinabè », *op. cit.*, n°4.



reconnaît le principe de non-option comme un principe général. En tant que règle de droit, sa violation est susceptible d'entraîner le rejet de l'action.

47. À l'instar de la cour de cassation, dans une autre affaire rendue par la cour d'appel de Ouagadougou⁸³, la juridiction de second degré semble accueillir également le principe de non-cumul comme une règle de fond, et dont la violation entraîne le rejet de l'action comme mal fondée. Des faits de l'espèce, il ressort que par contrat, une institution bancaire de la place a mis à la disposition de son client, exploitant d'un établissement hôtelier, un système de paiement par cartes bancaires. Pour l'exécution du contrat, le promoteur et ses agents vont bénéficier d'une formation sur les bonnes pratiques et les règles sécuritaires d'exploitation du terminal de paiement. Peu de temps après, la banque a constaté, à plusieurs reprises, des tentatives de paiement frauduleux dont certaines sont imputables à son client. Face à la récurrence de ces actes et à la violation des conditions d'utilisation du terminal de paiement, la banque a pris des mesures conservatoires en bloquant le compte de son cocontractant. Après avoir été débouté, par le Tribunal de Commerce de Ouagadougou, de sa demande en réparation du préjudice subi qu'il reproche à la banque, défenderesse, le client, demandeur, releva appel du jugement devant la chambre commerciale de la cour d'appel de la même ville. La banque, à son tour, interjeta incidemment appel contre la même décision. Devant la cour, l'appelant principal soutient le fait que sa demande ne pouvait être rejetée par le premier juge en ce qu'il a subi, à la fois, une faute délictuelle et contractuelle. En d'autres termes, pour lui, il revenait au juge de choisir le type de responsabilité approprié en ce que le comportement de la banque est susceptible d'engager, à la fois, sa responsabilité contractuelle et délictuelle. La question à laquelle devrait répondre la cour est de savoir s'il appartient au juge d'opter pour l'une ou l'autre responsabilité lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est aussi constitutive d'une faute délictuelle. La cour répond par la négative et rejette l'action de l'appelant car étant lié à la banque par un contrat, il ne peut, sans violer le principe de non-cumul, faire appel aux règles des articles 1382 et suivants du code civil. Dit autrement, il n'appartient pas au juge, comme le prétend l'appelant, d'opter pour l'une ou l'autre responsabilité, car cela porterait gravement atteinte à la règle de non-option des responsabilités. Le cumul serait possible, poursuit la juridiction d'appel, si la faute commise par l'intimé pouvait être détachée du contrat ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En conséquence, son action est infondée.

⁸³ Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 049 du 18 mars 2022 déjà cité.



48. Certes, la cour d'appel ne se prononce pas expressément sur le caractère fondamental du principe de non-cumul. Cependant, après avoir constaté que les conditions d'application du principe de non-cumul ne sont pas réunies pour déclarer finalement l'action de l'appelant mal fondée, elle l'admet tacitement. Ainsi, le non-cumul obéit strictement à des conditions dont la méconnaissance par le plaideur est susceptible d'entraîner judiciairement le rejet de son action. Mais en vertu de son pouvoir souverain, le juge pourrait aussi la soumettre à une requalification.

2. *L'action soumise à une requalification*

49. Le principe de non-option signifie que le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir, contre son débiteur, des règles de la responsabilité aquilienne, même s'il y a un intérêt. En cas de non-respect de cette prescription, le juge peut requalifier les faits, consistant en un passage de concepts factuels à des concepts juridiques⁸⁴. Ce pouvoir de qualification s'exerce, au moins, dans deux hypothèses : la première est celle où les parties invoquent des règles relevant de la responsabilité délictuelle, alors que le dommage subi par la victime résulte, manifestement, du manquement à des obligations contractuelles. Cela arrive fréquemment car un plaideur, voulant bénéficier des multiples avantages liés à l'invocation des règles issues des articles 1382 et suivants, cherche à se passer des dispositions du contrat normalement applicables à la réparation des préjudices subis. La seconde hypothèse renvoie à la situation dans laquelle le demandeur invoque simultanément les règles des deux régimes de responsabilité, ou ne donne aucune indication du fondement de sa demande. En effet, par ignorance ou par négligence, un plaideur pourrait s'abstenir, dans ses conclusions, de préciser le régime de la responsabilité sur lequel il fonde son action en réparation. Compte tenu de la complexité des règles juridiques, il arrive également que, par prudence, un justiciable convoque simultanément deux fondements pour soutenir sa prétention.

50. Dans l'une ou l'autre hypothèse, toutes les fois que le fondement retenu par les parties lui paraît erroné, le juge constate cette erreur et lui substitue, incontestablement, le fondement approprié. Il requalifie, *a priori*, le fondement de la demande, conformément aux dispositions de l'article 29 du code de procédure civile. Mais, demeure l'épineuse question de savoir si ce pouvoir de requalification tiré du non-respect de la règle de non-option est également un devoir pour le juge. À lire l'article 29, alinéa 2, qui affirme clairement que le juge « *doit donner ou*

⁸⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 4e éd., 2015, n°591, p. 263 ; B. NEBIE OUEDRAOGO, *Droit judiciaire privé*, tome II. *L'instance*, Coll. Précis de droit burkinabè, PADEG, Ouagadougou, 2008, n°145, p. 136 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 12^e éd., Paris, LexisNexis, 2023, n°532, p. 522



restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, nonobstant la dénomination que les parties en auraient proposée », une réponse affirmative semble s'imposer. Cette affirmation paraît se confirmer dans la jurisprudence burkinabè. La chambre commerciale de la Cour d'appel relève, justement, que le principe de non-cumul n'est pas nécessairement violé de sorte à entraîner le rejet de la prétention d'une partie, en l'occurrence l'intimé, lorsqu'elle ne précise pas le fondement sur lequel est assise l'action en réparation⁸⁵. En pareille circonstance, soutient-elle, il revient au juge, ou du moins s'impose à lui, de rechercher le fondement adéquat. Certes, en l'espèce, les conditions du non-cumul n'étaient pas manifestement remplies. Mais si tel avait été le cas, selon la Cour d'appel, la juridiction de premier degré ne pouvait se contenter simplement de rejeter la demande du seul fait que les parties ont omis de préciser le fondement de leur action ou en ont donné une qualification inappropriée. Elle se devait de rechercher le fondement exact.

51. Cependant, l'exercice du pouvoir de qualification du juge n'est pas toujours sans conséquences sur le cumul, dont l'une d'elle est la disparition du principe de non-cumul. En effet, lorsqu'une partie retient une responsabilité erronée comme fondement de son action en réparation, logiquement, le juge devrait la déclarer simplement mal fondée. Cela arrive, par exemple, si les conditions d'application des règles de la responsabilité contractuelle sont toutes réunies, alors que le créancier allègue plutôt les règles des articles 1382 et suivants du code civil parce qu'il espère en tirer un quelconque avantage.

52. Le pouvoir du juge burkinabè en matière de requalification connaît néanmoins certaines limites⁸⁶. En effet, son pouvoir de qualification ne peut s'exercer en violation de la chose demandée et le respect du contradictoire, comme le prescrit l'article 29, *in fine*, qui dispose qu'« *il [le juge]ne peut d'office relever les moyens de pur droit, sans avoir invité les parties à présenter leurs observations* ». S'il lui incombe alors de relever un moyen, fût-il d'ordre public, cela ne l'affranchit nullement de faire respecter le contradictoire. Ainsi, il ne peut appliquer d'office les règles contractuelles au cas où le demandeur se place sur le terrain délictuel sans avoir invité préalablement le défendeur à faire des observations. De même, l'accord de droit décidé par les parties est également susceptible de freiner le pouvoir de qualification. Un tel accord intervient lorsque les parties ont déjà retenu des qualifications et des points de droit sur lesquels elles entendent cantonner le débat. Le juge se trouve dans ce cas lié. Il en va ainsi de

⁸⁵ Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, arrêt n° 08 du 07 février 2014, RG n°45/2013 du 26/04/2013, inédit.

⁸⁶ L. CADIER et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°474, pp. 434 et 439



l'hypothèse où, dans leur convention, elles écartent expressément l'application des règles délictuelles. Comme le relèvent L. CADIET et E. JEULAND, « *[l'] immutabilité du juge s'étend alors au droit et le juge perd son pouvoir de requalification ainsi que son pouvoir de relever d'office des moyens de droit* »⁸⁷. Toutefois, cet accord ne lie véritablement le juge que si les parties ont la libre disposition des droits, objet de leur convention.

CONCLUSION

53. De la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle, la jurisprudence burkinabè a consacré le principe de non-cumul, mieux nommé de non-option. L'étude a permis de démontrer que la notion même du cumul n'est pas toujours bien cernée par les juridictions de fond, et que la sanction applicable, lorsque ce principe est violé, est imprécise. S'agissant de la notion, elle est comprise, d'une part, comme une situation de mélange ou de panachage des règles délictuelles avec les règles contractuelles, qui entraîne l'intervention des premières dans le domaine réservé aux secondes. D'autre part, le cumul est appréhendé comme une concurrence, c'est-à-dire une compétition des règles issues des deux ordres de la responsabilité. Pourtant, des développements qui précèdent, il apparaît clairement que la notion renvoie, en réalité, à l'hypothèse où un contractant invoque les règles de la responsabilité extracontractuelle pour régir la réparation des dommages résultant de l'inexécution par le cocontractant de son obligation contractuelle. Le créancier entend ainsi opter pour l'application des règles délictuelles. Cette option, qui présente quelque fois des avantages certains pour le créancier, est interdite par la jurisprudence qui a consacré un principe de non-cumul. Conformément à ce principe, les règles des articles 1382 et suivants du code civil ne peuvent être appliquées à la réparation de dommages se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel. Les règles des articles 1147 et suivants du même code sont exclusivement applicables. Cependant, il est parfois admis qu'une faute, extrêmement grave du cocontractant ou constitutive d'une infraction pénale, puisse permettre la réintroduction dans le cercle contractuel les règles de la responsabilité extracontractuelle. Dans la même optique, des législations spéciales relatives au régime d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation soumis au code CIMA ainsi

⁸⁷ *Ibid.*, n°538, p. 532.



que celui relatif à la responsabilité des transporteurs ont consacré des dispositions hybrides, qui entremêlent des éléments contractuels et extracontractuels.

54. Quant à la sanction, son imprécision résulte du fait que les cours et tribunaux apprécient, en cas de violation du principe de non-option, tantôt comme une règle de procédure, tantôt comme une règle de fond. Dans la première situation, cela entraîne deux conséquences majeures : d'une part, l'action du demandeur n'est pas systématiquement jugée irrecevable du fait du principe violé. D'autre part, le plaideur a la possibilité de régulariser son action en cours d'instance, en choisissant le fondement adéquat. Quant à la seconde situation, c'est-à-dire où la violation du principe s'analyse en une règle de fond, l'action est soit rejetée comme mal fondée, soit requalifiée. Elle est rejetée dès lors que les conditions du non-cumul ne sont pas manifestement réunies. Mais le juge pourrait aussi la requalifier suivant le fondement approprié conformément à son pouvoir qu'il tire des dispositions du code de procédure civil qui lui permet de restituer aux faits et actes litigieux, leur exacte qualification en dépit de la dénomination que les parties en auraient proposée.